JURISPRUDÊNCIA
CATARINENSE

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

Ano XXXVI – 4º trimestre de 2009 e 1º trimestre de 2010 – N. 120 – Florianópolis – SC – 2010

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

Publicação trimestral do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sob responsabilidade gerencial da Divisão de Documentação da Diretoria de Documentação e Informações, com circulação nacional. Os colaboradores da revista Jurisprudência Catarinense, conforme dispositivo constitucional, gozam de liberdade de opinião e de crítica, e somente a eles pode ser atribuída qualquer responsabilidade civil ou criminal pelo raciocínio 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 Permanente de Jurisprudência (Portaria n. 432/10-GP)

Diretor:
Des. José Trindade dos Santos

Des. José Gaspar Rubik – Presidente
Des. Jaime Ramos
Des. Sérgio Izidoro Heil

Diretor de Documentação e Informações
Almir Tadeu Peres

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

Trimestral
Repositório autorizado sob os n. 8/1985–STF e 18/1991–STJ
ISSN: 1981-402X

SUMÁRIO

9 COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DOUTRINA

27 Gestão judicial e democratização – Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva.

60 Sucumbência recíproca: Breves considerações sobre a Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da OAB) e a Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça – Jaime Luiz Vicari.

74 A penhora *on-line* como alternativa à prisão civil do devedor de alimentos– Mônani Menine Pereira.

NOTICIÁRIO

93 Discurso proferido pelo Desembargador Souza Varella na transmissão do cargo de Presidente do TJSC ao Des. Trindade dos Santos.

96 Discurso proferido pelo Desembargador Trindade dos Santos por ocasião de sua posse no cargo de Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

102 Discurso proferido pelo Desembargador Ricardo Fontes em saudação ao Desembargador empossado Rodrigo Antônio da Cunha.

104 Discurso de posse do Dr. Rodrigo Antônio da Cunha no cargo de Desembargador do TJSC.

109 Discurso proferido pelo Des. Edson Ubaldo, por acasião do 118º aniversário do TJSC.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

117 Ação Direta de Inconstitucionalidade

129 *Habeas Corpus*

144 Recursos Extraordinários

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

183 Conflito de Competência

190 *Habeas Corpus*

201 Recursos em Mandado de Segurança

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

TRIBUNAL PLENO
217 Ação Direta de Inconstitucionalidade
235 Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível em Mandado de Segurança
246 Inquérito

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL
277 Apelações Cíveis

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL
344 Apelações Cíveis

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL
418 Agravo de Instrumento
435 Apelações Cíveis

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL
512 Apelação Cível

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL
524 Apelações Cíveis

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL
549 Apelação Cível

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL
562 Agravo de Instrumento
571 Apelações Cíveis
596 *Habeas Corpus*

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
603 Apelações Cíveis

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
689 Apelação Cível
701 Apelação Cível em Mandado de Segurança

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
738 Apelação Cível

CÂMARA ESPECIAL DE CHAPECÓ
759 Apelações Cíveis

SEÇÃO CRIMINAL
787 Revisão Criminal

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL
792 Apelações Criminais

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL
824 Apelações Criminais

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
851 Apelação Criminal
865 *Habeas Corpus*

PRIMEIRA INSTÂNCIA

SENTENÇAS
883 Comarca de Blumenau
893 Comarca de Itapoá
924 Comarca de Joinville

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

957 **ÍNDICE NUMÉRICO**

963 **ÍNDICE POR ASSUNTO**

993 **ÍNDICE ONOMÁSTICO**

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(maio de 2011)

Presidente
Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Primeiro Vice-Presidente
Des. José GASPAR RUBIK

Segundo Vice-Presidente
Des. José MAZONI FERREIRA

Terceiro Vice-Presidente
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA

Corregedor-Geral da Justiça
Des. SOLON d'EÇA NEVES

Vice-Corregedor-Geral da Justiça
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

Des. CARLOS PRUDÊNCIO
Des. PEDRO MANOEL ABREU
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. SÉRGIO Torres PALADINO
Des. IRINEU JOÃO DA SILVA
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
Des. ELÁDIO Torret ROCHA
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. FERNANDO CARIONI
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN

Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. MARCUS TULIO SARTORATO
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Des. CID José GOULART Júnior
Des. HILTON CUNHA JÚNIOR
Des. JAIME RAMOS
Des. ALEXANDRE d'IVANENKO
Des. NEWTON JANKE
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desa. MARLI MOSIMANN Vargas
Des. SÉRGIO Izidoro HEIL
Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI
Des. JORGE LUIZ DE BORBA
Des. VICTOR José Sebem FERREIRA
Desa. REJANE ANDERSEN
Des. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR
Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN
Des. RODRIGO ANTÔNIO da Cunha
Des. JÂNIO de Souza MACHADO
Desa. SORAYA NUNES LINS
Desa. SÔNIA MARIA SCHMITZ
Des. PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA
Des. HENRY Goy PETRY JÚNIOR
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

Juiz de Direito de Segundo Grau TULIO José Moura PINHEIRO
Juiz de Direito de Segundo Grau RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
Juiz de Direito de Segundo Grau RICARDO José ROESLER
Juiz de Direito de Segundo Grau DOMINGOS PALUDO
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO ROBERTO SARTORATO
Juiz de Direito de Segundo Grau ROBSON Luz VARELLA
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA
Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Juiz de Direito de Segundo Grau 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 TRIDAPALLI
Juiz de Direito de Segundo Grau ODSON CARDOSO FILHO
Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ EVERALDO DA 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
Juiz de Direito de Segundo Grau JORGE LUIZ COSTA BEBER
Juiz de Direito de Segundo Grau GUILHERME NUNES BORN
Juiz de Direito de Segundo Grau EDUARDO MATTOS GALLO JÚNIOR
Juíza de Direito de Segundo Grau MARIA TEREZINHA MENDONÇA DE OLIVEIRA

ÓRGÃOS JULGADORES

TRIBUNAL PLENO

Presidente
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. CARLOS PRUDÊNCIO
Des. José GASPAR RUBIK
Des. PEDRO MANOEL ABREU
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. SÉRGIO Torres PALADINO
Des. SOLON d'EÇA NEVES
Des. José MAZONI FERREIRA
Des. IRINEU JOÃO DA SILVA
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
Des. ELÁDIO Torret ROCHA
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. MARCUS TULIO SARTORATO
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Des. CID José GOULART Júnior
Des. HILTON CUNHA JÚNIOR
Des. JAIME RAMOS

Des. ALEXANDRE d'IVANENKO
Des. NEWTON JANKE
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desa. MARLI MOSIMANN Vargas
Des. SÉRGIO Izidoro HEIL
Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI
Des. JORGE LUIZ DE BORBA
Des. VICTOR José Sebem FERREIRA
Desa. REJANE ANDERSEN
Des. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR
Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN
Des. RODRIGO ANTÔNIO da Cunha
Des. JÂNIO de Souza MACHADO
Desa. SORAYA NUNES LINS
Desa. SÔNIA MARIA SCHMITZ
Des. PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA
Des. HENRY Goy PETRY JÚNIOR
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

ÓRGÃO ESPECIAL

Des. José TRINDADE DOS SANTOS – Presidente
Des. CARLOS PRUDÊNCIO
Des. José GASPAR RUBIK
Des. PEDRO MANOEL ABREU
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. NEWTON TRISOTTO
Des. SÉRGIO Torres PALADINO
Des. SOLON d'EÇA NEVES
Des. José MAZONI FERREIRA
Des. IRINEU JOÃO DA SILVA
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. ELÁDIO Torret ROCHA
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. VANDERLEI ROMER)
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Des. JAIME RAMOS
Des. NEWTON JANKE
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Des. SÉRGIO Izidoro HEIL
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI

CONSELHO DA MAGISTRATURA

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

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Des. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente
Des. ELÁDIO Torret ROCHA
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. FERNANDO CARIONI
Des. MARCUS TULIO SARTORATO
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Des. SÉRGIO Izidoro HEIL
Des. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR
Des. HENRY Goy PETRY JUNIOR
Desa. SÔNIA MARIA SCHMITZ
Des. JAIRO FERNANDES GONÇALVES
Des. JAIME Luiz VICARI
Des. RONEI DANIELLI
Des. LUIZ FERNANDO BOLLER
Juiz de Direito de Segundo Grau RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA (substituindo o Des. VICTOR José Sebem FERREIRA)
Juiz de Direito de Segundo Grau GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA (substituindo o Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES – Presidente
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER
Des. JORGE LUIZ DE BORBA
Desa. REJANE ANDERSEN
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. JOSÉ INÁCIO SCHAEFER
Des. JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA

Juiz de Direito de Segundo Grau JÚLIO CÉSAR KNOLL (Substituindo o Des. RAULINO JACÓ BRUNING)
Juíza de Direito de Segundo Grau JANICE GOULART GARCIA UBIALLI (Substituindo o Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Des. PEDRO MANOEL ABREU – Presidente
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. CID José GOULART Júnior
Des. JAIME RAMOS
Des. NEWTON JANKE
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA (Substituindo o Des. VANDERLEI ROMER)
Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ADILSON SILVA (Substituindo o Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

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

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS – Presidente
Des. SÉRGIO Izidoro HEIL
Juiz de Direito de Segundo Grau GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA (Cooperador e Substituindo o Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN)

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. LUIZ FERNANDO BOLLER
Juiz de Direito de Segundo Grau RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA (Cooperador e substituindo o Des. VICTOR José Sebem FERREIRA)

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. HENRY Goy PETRY JÚNIOR – Presidente
Desa. SÔNIA MARIA SCHMITZ
Des. JAIRO FERNANDES GONÇALVES
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 (Cooperadora)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES – Presidente
Des. RODRIGO ANTÔNIO da Cunha
Juíza de Direito de Segundo Grau JANICE GOULART GARCIA UBIALLI substituindo o Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS)
Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. Des. JORGE LUIZ DE BORBA – Presidente
Desa. REJANE ANDERSEN

Des. JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Juiz de Direito de Segundo Grau ROBSON Luz VARELLA (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI – Presidente
Des. PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA
Juiz de Direito de Segundo Grau JÚLIO CÉSAR KNOLL (Cooperador e substituindo o Des. RAULINO JACÓ BRÜNING)

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 VOLNEI CELSO TOMAZINI (Cooperador)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. NEWTON TRISOTTO – Presidente
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA (Cooperador e substituindo o Des. VANDERLEI ROMER)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. NEWTON JANKE– Presidente
Des. CID José GOULART Júnior
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI
Juiz de Direito de Segundo Grau RICARDO José ROESLER (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS – Presidente
Des. PEDRO MANOEL ABREU
Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ADILSON SILVA (Substituindo o Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU)
Juiz de Direito de Segundo Grau FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO (Cooperador)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA – Presidente
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. JAIME RAMOS
Juiz de Direito de Segundo Grau RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO (Cooperador)

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA – Presidente
Juiz de Direito de Segundo Grau DOMINGOS PALUDO
Juiz de Direito de Segundo Grau RODOLFO CEZAR RIBEIRO TRIDAPALLI
Juíza de Direito de Segundo Grau CLÁUDIA LAMBERT DE FARIA

SEÇÃO CRIMINAL

Des. SÉRGIO Torres PALADINO– Presidente
Des. IRINEU JOÃO DA SILVA
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Des. ALEXANDRE d'IVANENKO
Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Desa. MARLI MOSIMANN VARGAS
Des. ROBERTO LUCAS PACHECO
Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Juiz de Direito de Segundo Grau NEWTON VARELLA JÚNIOR (Substituindo o Des. HILTON CUNHA JÚNIOR)

Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ EVERALDO DA SILVA (Substituindo o Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS)

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Des. RUI Francisco Barreiros FORTES – Presidente
Desa. MARLI MOSIMANN VARGAS
Juiz de Direito de Segundo Grau NEWTON VARELLA JÚNIOR (Cooperador e substituindo o Des. HILTON CUNHA JÚNIOR)

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Des. SÉRGIO Torres PALADINO– Presidente
Des. IRINEU JOÃO DA SILVA
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Juiz de Direito de Segundo Grau TULIO José Moura PINHEIRO (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Des. José Antônio TORRES MARQUES – Presidente
Des. ALEXANDRE d'IVANENKO
Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Juiz de Direito de Segundo Grau LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN (Cooperador)

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

Des. ROBERTO LUCAS PACHECO – Presidente
Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ EVERALDO DA SILVA (Cooperador e substituindo o Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS)

JUÍZES CORREGEDORES

Juiz de Direito ALEXANDRE KARAZAWA TAKASCHIMA
Juiz de Direito DINART FRANCISCO MACHADO
Juiz de Direito LUIZ CESAR SCHWEITZER
Juiz de Direito OSMAR MOHR

Juiz de Direito VITORALDO BRIDI

COORDENADORIA DE MAGISTRADOS
Juiz LUIZ FELIPE SIEGERT SCHUCH

CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA
RIZA QUARESMA BUTTER

DIREÇÃO-GERAL ADMINISTRATIVA
ARI DORVALINO SCHÜRHAUS

DIREÇÃO-GERAL JUDICIÁRIA
CLEVERSON OLIVEIRA

DOUTRINA

GESTÃO JUDICIAL E DEMOCRATIZAÇÃO

Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva *

"Tudo mudou." (Warat)

1 INTRODUÇÃO

Muitos trabalhos destacam a urgente necessidade de repensar a Administração Pública no Brasil, mais especificamente o Poder Judiciário, sob a nova realidade sociológica cujo centro ele se vê ocupando[1].

Qualquer que seja a orientação político-econômica ou mesmo ideológica, todos reconhecem que a estrutura judicial, cujas raízes ainda estão solidamente fincadas no século XIX, carece de novos conceitos e novos princípios adequados à dinâmica da sociedade da informação. É comum ouvir que o Judiciário "não estava preparado" para o papel que viria a assumir com a Constituição da República promulgada em outubro de 1988, a qual enumerou toda uma ordem de direitos individuais, sociais, coletivos e difusos.

Na verdade, a transformação ocorrida nos últimos anos do século XX transbordou fronteiras e afetou toda a sociedade, mudando comportamentos, culturas e costumes. "O ordenamento jurídico foi surpreendido com a dinâmica estimulada pelas novas tecnologias, cuja capacidade de gerar fatos novos imobiliza o legislador, incapaz de acompanhá-la" (WACHOWICZ,

* Juiz de Direito em Santa Catarina; doutorando e mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor de Direito Administrativo e Diretor Pedagógico da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. Endereço eletrônico: cerf7996@tjsc.jus.br.

1 "O protagonismo do Judiciário, assim, é menos o resultado desejado por esse Poder, e sim um efeito inesperado da transição para a democracia, sob a circunstância geral – e não apenas brasileira – de uma restauração das relações entre o Estado e a Sociedade, em consequência das grandes transformações produzidas por mais um surto de modernização do capitalismo. As novas demandas, contudo, chegam a um Judiciário ainda sob forte influência do princípio da separação dos Poderes e de uma adesão ao direito sob a forma de códigos" (VIANNA, 1997, p. 12).

2006, p. 75), e, como resultado disso, em todo o mundo viu-se a superação do Estado nacional e da forma burocrática de administração.

Hoje está arraigada no senso comum a concepção de que o sistema judiciário brasileiro é lento e caro, e isso representa um gargalo ao desenvolvimento do País (BARRAL, 2006, p. 29), que demanda instituições jurídicas com credibilidade, capazes de proporcionar regras claras e tratamento equitativo aos cidadãos: "Não é possível um país chegar ao desenvolvimento sem que a sociedade resolva prontamente, ou pelo menos num espaço razoável de tempo, os seus conflitos" (PIMENTEL, 2006, p. 574).

São inegáveis os altíssimos índices de congestionamento (relação entre o número de processos pendentes de julgamento no início do ano, o ingresso de novas demandas e o número de decisões proferidas no exercício), o que se traduz em anos e anos à espera de uma sentença e da concretização dessa decisão. Pesquisas de opinião pública confirmam essa percepção de que "há evidente descompasso entre o Poder Judiciário e as necessidades e exigências da sociedade contemporânea" (DALLARI, 2008, p. 8), a ponto de ter sido criado em setembro de 2009, pela Fundação Getúlio Vargas, o Índice de Confiança no Poder Judiciário (DIREITO..., 2009).

Essa evidente fragilidade abre espaço para um amplo debate social acerca da forma de administração do Poder Judiciário, o que indica o amadurecimento do espaço democrático e a proximidade com a população pelo reconhecimento da importância da sua opinião. Algum tempo atrás esse tipo de crítica seria impensável [2].

2 "Não se desconhece a existência de significativo distanciamento entre o padrão de qualidade exigível e aquele oferecido pelo serviço judiciário brasileiro, problema esse que ultrapassa a compreensível angústia dos jurisdicionados e de seus representantes para afetar, direta e acentuadamente, o espírito dos órgãos responsáveis pela jurisdição: os juízes" (DIAS, 2004, p. 7).
"Apesar de se poder criticar os critérios metodológicos, os dados fornecidos pelo Banco Mundial implicam numa visibilidade da situação atual. Desde o critério da AED os dados apontam uma ineficiência do modelo Brasileiro e Português em face da elevada burocracia, custos orçamentários, excesso de recursos e instâncias, os quais geram custo e tempo demasiados" (ROSA, 2009, p. 74).

Tamanha transformação é consequência das reformas constitucionais iniciadas na década de 1990, durante os oito anos do governo Fernando Henrique Cardoso, com continuidade na gestão Lula da Silva, período que coincide com a explosão das demandas e o "agigantamento" do Judiciário brasileiro, o que se convencionou chamar *judicialização da política* (VIANNA et al., 1999, p. 51).

Para fazer uma leitura do atual estágio das reformas que nos últimos anos vêm transformando a administração da Justiça no Brasil, deve-se observar o contexto de consolidação da democracia e amadurecimento das instituições, o que, passados 21 anos, marca a maturidade da atual ordem constitucional.

Cabe ressalvar desde logo que esse é um processo em curso, longe de uma conclusão. Por essa razão, a presente abordagem não possui caráter conclusivo; pelo contrário, marca o início de uma pesquisa com desdobramentos necessários. Como se trata de um fenômeno muito recente, por força dos princípios inerentes à atividade política, ainda não se pode precisar quais serão suas consequências no cenário republicano (ARENDT, 2009, p. 165).

2 A REFORMA DO JUDICIÁRIO

A reforma administrativa foi implantada no Brasil com o Plano Diretor de Reforma do Estado de 1995 e com a Emenda Constitucional n. 19, de 4-6-1998, juntamente com inúmeras normas infraconstitucionais que introduziram conceitos e princípios como eficiência, controle de resultados, razoabilidade, agências executivas, organizações sociais, privatizações e desregulamentação, já estudados em outra oportunidade (SILVA, 2008).

Junto com a chamada Reforma do Estado, a Reforma do Judiciário, iniciada em 2004, completa as grandes reformas do espaço público

brasileiro. As reformas política e fiscal nunca aconteceram na prática. Também a Reforma Previdenciária, iniciada com a Emenda Constitucional n. 20/1998, não ficou completa, e os altos déficits que a Previdência tem apresentado, somados ao envelhecimento da população por conta do aumento da expectativa de vida, indicam que, muito em breve, ela demandará complementação.

Fruto do debate nacional travado em torno da necessidade de controle externo do Poder Judiciário, a Reforma do Judiciário foi implantada pela Emenda Constitucional n. 45, de 8-12-2004, e começou a ser colocada em prática com a instalação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), previsto no art. 103-B da Constituição, criado em 31 de dezembro de 2004 e instalado em 14 de junho de 2005. Pontua Nallini (2006, p. 161) que, "se a Reforma do Judiciário não representou a profunda transformação estrutural da Justiça brasileira, ao menos sinalizou a urgência das aspirações populares".

Falar em CNJ é falar em Reforma do Judiciário. Nas palavras de Falcão (2009, p. 64), ex-integrante do Conselho: só a reforma da Justiça o legitima. Porém, em razão do pouco tempo de funcionamento, o Conselho ainda não tem um lugar bem definido no cenário político-democrático brasileiro, e suas ações variam de acordo com o ocupante da presidência do Supremo Tribunal Federal. Dispõe o Conselho sobre matérias diversificadas, como organização judiciária (atribuições da corregedoria, preenchimento de serventias judiciais e extrajudiciais), punições administrativas, mobilidade funcional (promoções e remoções), controle da função jurisdicional (prisão processual, busca e apreensão e interceptação telefônica), remuneração (vencimentos e adicionais), uso de veículos oficiais, licenças, férias e plantão judicial[3].

3 A respeito, ver Fragale Filho (2009c).

O primeiro presidente do CNJ foi o Ministro Nelson Jobim (2004-2006). Dono de uma extensa carreira política e um dos grandes idealizadores da Emenda 45, Jobim iniciou o programa "Justiça em Números", com um levantamento de dados da realidade nacional até então desconhecida, preocupado com a transparência do serviço judiciário perante a população. Com a Lei n. 11.143/2005, regulamentou o teto salarial do funcionalismo, dando efetividade à determinação contida na Reforma Administrativa desde 1998. Atendendo à forte pressão da sociedade (e da própria magistratura, através da Associação dos Magistrados Brasileiros), o CNJ, sob sua presidência, atacou o nepotismo no Judiciário na Resolução n. 7 (que seria atualizada pelas Resoluções n. 9 e 21), com o que deu o passo inicial para vedá-lo em toda a administração pública pela Súmula Vinculante n. 13, de 21 de agosto de 2008[4].

Sucedeu-lhe a Ministra Ellen Gracie Northfleet (2006-2008), primeira mulher a integrar a Suprema Corte, indicada por Fernando Henrique Cardoso e oriunda da Justiça Federal. Ellen Gracie deu continuidade ao amplo levantamento de informações com o programa "Justiça em Números", fortalecendo a estatística e a informatização do Judiciário. Atenta às vantagens das formas alternativas de solução de conflitos como meio de pacificação social e de entrega rápida da prestação jurisdicional, promoveu uma mobilização nacional em prol da conciliação.

Empossado na presidência em 2008, com mandato até abril de 2010, o Ministro Gilmar Mendes deu início à fase do planejamento e da gestão estratégica, obrigatórios nos tribunais (FALCÃO, 2009). Homem de opiniões fortes e muitas vezes controvertidas, dono de uma sólida formação acadêmica, e com marcante atuação na Advocacia-Geral da União,

4 Súmula Vinculante n. 13: "A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta, em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal".

Gilmar Mendes, em sua gestão, mostrou grande disposição para falar com a imprensa, e percorreu o País promovendo as políticas públicas e metas estabelecidas pelo CNJ para o Poder Judiciário.

Eleito em 11 de março de 2010 para suceder a presidência do mais alto tribunal do País, o Ministro Cézar Peluso é o único integrante do Supremo Tribunal Federal oriundo da magistratura de carreira, e promete mudanças na forma de atuação do CNJ.

3 A POLÍTICA DE METAS

Alguns tribunais já trabalhavam com planejamento estratégico havia algum tempo. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por exemplo, já no ano 2000 iniciou o seu programa com o emprego da metodologia *Balanced Scorecard* (SANTA CATARINA), desenvolvida pela Harvard Business School. Isso, contudo, ainda é muito pouco, em se considerando o atual estágio da ciência da administração, e tardio, levando-se em conta que o movimento mundial de modernização das administrações públicas na busca de maior eficiência (*efficiency*) e racionalidade nos gastos públicos iniciou-se na década de 1980[5].

O Poder Judiciário brasileiro, apesar de ser considerado um poder único, com abrangência nacional, nunca tinha promovido um programa de planejamento administrativo que integrasse todos os 97 tribunais do País. Para Nallini (2006, p. 284), "a inexistência de um órgão diretivo único do Judiciário impediu a elaboração de uma teoria brasileira da Justiça". Já Dallari (2008, p. 79) afirma que, a partir de 1988, as cúpulas dos tribunais ficaram sem nenhuma coordenação administrativa, o que ensejou justamente a criação do órgão de controle da atuação administrativa e financeira pela Emenda n. 45/2004.

5 A respeito, ver Silva (2009).

Cumpre salientar as importantes diferenças regionais resultantes da extensão quase continental do País. Dentre todos os 11.108 integrantes dos 27 tribunais estaduais, o Tribunal de Justiça de São Paulo, no centro econômico do Brasil, possui 2.291 magistrados e movimenta quase 1/3 dos processos do País, razão pela qual pleiteia tratamento diferenciado, já que concentra a maior carga de trabalho entre os juízes de primeiro grau. Enquanto isso, outros Estados nem sequer contam com banda larga de acesso à internet, de modo que demandam de fato uma atenção especial, como, por exemplo, Rondônia, que possui apenas 35 magistrados, dos quais 24 são juízes de primeiro grau (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2008).

Não bastasse a dificuldade para administrar tamanhas desigualdades sem uma política nacional de planejamento, os tribunais, ao longo dos anos, adotaram uma política de total ausência de comunicação e de troca de experiências. Na feliz expressão de Brandão (2006), são "ilhas cercadas de tubarões", onde os investimentos e projetos não são compartilhados, e chegam a ser mantidos em segredo para assegurar sua "novidade".

Buscando superar esse problema, foram editados em 2009 os dois "Pactos de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano", firmados conjuntamente pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, pelo Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, e pelo Presidente do Congresso Nacional, José Sarney, em que foram enumerados pontos considerados essenciais para um sistema judicial mais acessível, ágil e efetivo.

Nesse contexto também foram fixadas, em 16 de fevereiro de 2009 – durante o 2º Encontro Nacional do Judiciário, realizado em Belo Horizonte, com a presença dos presidentes dos 91 tribunais do País –, as

"10 metas nacionais de nivelamento" a serem alcançadas pelos órgãos do Poder Judiciário.[6]

Completando essa regulamentação, a Resolução n. 70 do CNJ, de 18 de março de 2009, instituiu em seu art. 1º o Planejamento Estratégico do Poder Judiciário, no qual consta, como missão, "realizar justiça" e, como visão de futuro, ser "reconhecido pela sociedade como efetivo instrumento de justiça, equidade e promoção da paz social".

Dando-se continuidade à política de planejamento estratégico, durante o 3º Encontro Nacional do Judiciário, realizado em São Paulo em 26 de fevereiro de 2010, após um balanço das metas de 2009, foram divulgadas mais 10 metas prioritárias para 2010, boa parte delas de caráter estatístico e econômico:

> **Meta Prioritária 1:** Julgar quantidade igual à de processos de conhecimento distribuídos em 2010 e parcela do estoque, com acompanhamento mensal;
>
> **Meta Prioritária 2**: Julgar todos os processos de conhecimento distribuídos (em 1º grau, 2º grau e tribunais superiores) até 31/12/2006 e, quanto aos processos trabalhistas, eleitorais, militares e da competência do tribunal do Júri, até 31/12/2007;
>
> **Meta Prioritária 3**: Reduzir em pelo menos 10% o acervo de processos na fase de cumprimento ou de execução e, em 20%, o acervo de execuções fiscais (referência: acervo em 31/12/2009);

6 São as metas de 2009: "1. Desenvolver e/ou alinhar planejamento estratégico plurianual (mínimo de 05 anos) aos objetivos estratégicos do Poder Judiciário, com aprovação no Tribunal Pleno ou Órgão Especial. 2. Identificar os processos judiciais mais antigos e adotar medidas concretas para o julgamento de todos os distribuídos até 31/12/2005 (em 1º, 2º grau ou tribunais superiores). 3. Informatizar todas as unidades judiciárias e interligá-las ao respectivo tribunal e à rede mundial de computadores (internet). 4. Informatizar e automatizar a distribuição de todos os processos e recursos. 5. Implantar sistema de gestão eletrônica da execução penal e mecanismo de acompanhamento eletrônico das prisões provisórias. 6. Capacitar o administrador de cada unidade judiciária em gestão de pessoas e de processos de trabalho, para imediata implantação de métodos de gerenciamento de rotinas. 7. Tornar acessíveis as informações processuais nos portais da rede mundial de computadores (internet), com andamento atualizado e conteúdo das decisões de todos os processos, respeitado o segredo de justiça. 8. Cadastrar todos os magistrados como usuários dos sistemas eletrônicos de acesso a informações sobre pessoas e bens e de comunicação de ordens judiciais (Bacenjud, Infojud, Renajud). 9. Implantar núcleo de controle interno. 10. Implantar o processo eletrônico em parcela de suas unidades judiciárias" (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2009).

> **Meta Prioritária 4**: Lavrar e publicar todos os acórdãos em até 10 dias após a sessão de julgamento;
>
> **Meta Prioritária 5**: Implantar método de gerenciamento de rotinas (gestão de processos de trabalho) em pelo menos 50% das unidades judiciárias de 1º grau;
>
> **Meta Prioritária 6**: Reduzir em pelo menos 2% o consumo per capita (magistrados, servidores, terceirizados e estagiários) com energia, telefone, papel, água e combustível (ano de referência: 2009);
>
> **Meta Prioritária 7:** Disponibilizar mensalmente a produtividade dos magistrados no portal do tribunal, em especial a quantidade de julgamentos com e sem resolução de mérito e homologatórios de acordos, subdivididos por competência;
>
> **Meta Prioritária 8**: Promover cursos de capacitação em administração judiciária, com no mínimo 40 horas, para 50% dos magistrados, priorizando-se o ensino à distância;
>
> **Meta Prioritária 9**: Ampliar para 2 Mbps a velocidade dos links entre o Tribunal e 100% das unidades judiciárias instaladas na capital e, no mínimo, 20% das unidades do interior;
>
> **Meta Prioritária 10**: Realizar, por meio eletrônico, 90% das comunicações oficiais entre os órgãos do Poder Judiciário, inclusive cartas precatórias e de ordem (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

Pretendeu-se, assim, pela primeira vez na história da República, estabelecer políticas públicas de âmbito nacional para o Poder Judiciário: "A escolha das diretrizes da política, os objetivos de determinado programa não são simples princípios de ação, mas são os vetores para a implementação concreta de certas formas de agir do Poder Público, que levarão a resultados desejados" (BUCCI, 2002, p. 259).

Cabe aqui lembrar que a Emenda Constitucional n. 45/2004 acrescentou ao artigo 5º da Constituição o inciso LXXVIII, que assegura a todos,

no âmbito judicial e administrativo, "a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação"[7].

É inegável a necessidade de organização e planejamento no Judiciário como única maneira de combater a imagem de lentidão e ineficiência identificada nas pesquisas, imagem que afeta a credibilidade e a confiança no sistema. Por isso, é da maior importância a fixação de metas, pois qualquer caminho serve para quem não sabe aonde quer chegar, ou, como dizia Sêneca, "não existe vento favorável para o marinheiro que não sabe aonde ir".

O grande problema é o modo centralizado e até mesmo autoritário como têm sido escolhidas essas prioridades e estabelecidos os objetivos, sem consulta à magistratura de primeiro grau, ao funcionalismo, à Ordem dos Advogados do Brasil, ou mesmo aos principais interessados: os usuários. Em vez de promover o engajamento e a participação dos envolvidos, as metas nacionais estabelecidas unilateralmente nivelam realidades desiguais, e têm provocado reações contrárias, como se viu em 2009 nas cobranças com relação à Meta 2[8].

Quando se fala em políticas públicas, deve-se levar em conta o risco histórico das generalizações, que não atentam às complexidades

7 Buscando uma conceituação de prazos razoáveis para a tramitação, Dias (2004, p. 5-6) informa que "a Corte Europeia dos Direitos do Homem estabeleceu três critérios que, segundo as circunstâncias de cada caso concreto, devem ser considerados para seu estabelecimento, quais sejam: a complexidade do problema; o comportamento das partes e de seus procuradores, no processo civil, ou da acusação e da defesa no processo penal; e a atuação do órgão judicante".

8 "Por estas razões, nos preocupa a eventual transformação da Meta 2 em um instrumento punitivo para os magistrados. Com efeito, em 16 de fevereiro de 2009, em Belo Horizonte, no II Encontro Nacional do Poder Judiciário, os presidentes dos tribunais brasileiros se comprometeram a cumprir dez metas necessárias à melhoria da prestação jurisdicional, dentre elas a capacitação de servidores, a informatização dos serviços judiciais e o fornecimento de condições materiais para o adequado funcionamento das unidades judiciais. O pressuposto, portanto, para o cumprimento da Meta 2 foi a prévia adoção das medidas essenciais para que os juízes brasileiros pudessem dar conta do denominado "estoque" de processos iniciados até o ano de 2005. Finalmente, deve-se considerar que a duração razoável dos processos não elimina a busca de soluções justas e adequadas dos conflitos de interesses. Portanto, sinalizar para que os juízes cumpram a Meta 2 sob a ameaça de alguma sanção disciplinar, contraria todo o compromisso assumido pelos tribunais no Encontro de Belo Horizonte" (PIRES, 2009).

características do Brasil, como alerta Barral (2006, p. 33) de forma muito pertinente:

> O formulador de políticas públicas deve estar consciente de que todo imperialismo cultural é negativo; este imperialismo pode ocorrer não apenas em relação a consultores estrangeiros que propõem modelos irrealizáveis, mas também em relação ao burocrata tupiniquim que, refestelado em sua poltrona em Brasília, fica a imaginar soluções mirabolantes para rincões do País cuja cultura ignora. A presunção de universalidade, em consequência, deve ser absolutamente refutada.

Nas diversas pesquisas com enfoque na magistratura publicadas recentemente[9], verifica-se que, apesar das imensas diferenças regionais, os problemas, angústias e preocupações se parecem: um volume de trabalho "inadministrável"; a chamada "síndrome da pilha", traduzida na angústia em resolver uma pilha de processos, no lugar de julgar um de cada vez; o "medo de errar", com inevitável perda de qualidade, em função da quantidade enorme de processos; e principalmente o paradoxo de ter de trabalhar na era digital, na qual a informação flui com velocidade espantosa, utilizando referências do século XIX tanto no direito material como no direito processual.

A lógica processual arcaica reflete diretamente na produtividade dos juízes e tribunais, que, apesar de trabalharem muito, produzem pouco diante da necessidade de ter de repetir milhares de vezes uma decisão (que nunca é cumprida) em ações de massa, mesmo com jurisprudência já pacificada sobre o tema; ou da quase infinita possibilidade de as partes recorrerem das decisões dentro de uma mesma causa. Para Dallari (2008, p. 109), "os benefícios que poderão resultar da possibilidade de ter uma decisão revista por um tribunal acabam sendo, em grande parte, anulados

9 Entre outros, ver Ribeiro (2005, 2009); Fragale Filho (2009c); Vianna (1997); Associação dos Magistrados Brasileiros (2005, 2006).

pelos prejuízos que daí decorrem, sobretudo para quem tem menor possibilidade de sustentar uma longa pendência judicial".

Além disso, existe uma forte resistência diante do novo, com significativa inadaptação às novas ferramentas como processo virtual, audiências gravadas, chaves eletrônicas, bancos de dados, bloqueios de bens e valores pela internet, alvarás virtuais e outras inovações que não param de surgir. Porém, a informatização, que está presente hoje em todas as atividades humanas, chegou definitivamente ao Poder Judiciário não só para facilitar-lhe o trabalho mas para transformá-lo profunda e irreversivelmente.

Por outro lado, conhecem-se muito bem as causas dos conflitos, mas por muito tempo procurou-se aumentar a oferta de serviços judiciários, ao invés de reduzir a demanda[10], o que judicializou o déficit público e produziu uma inflação de processos que compromete o resultado de qualquer medida que busque ampliar o acesso à Justiça.

4 ACESSO À JUSTIÇA E EFICIÊNCIA

Nos últimos anos, muitas inovações têm apresentado bons resultados em política jurídica, principalmente no que toca ao acesso à Justiça. Dentre tantas outras, leis como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei n. 9.099/1995 e Lei n. 10.259/2001), a Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996), a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) criaram novas formas para a solução de antigos conflitos.

Contudo, a preocupação exclusiva com a questão do acesso à Justiça, sem o correspondente cuidado com a efetiva resolução dos processos,

10 Para Falcão (2009d, p. 10), "de cada 100 casos, cerca de 70 são de interesse direto do Poder Executivo. Interesses inicialmente constitucionalizados e, depois, judicializados. Sem mudar a natureza desta demanda geneticamente estatizada, pouco pode ser feito".

acabou gerando um fenômeno de inflação jurisdicional que cria um novo paradoxo denunciado por Rosa (2009, p. 82):

> De qualquer forma, uma extrema facilitação de acesso à Justiça pode implicar na explosão de litigância, com enormes custos para os envolvidos e principalmente para o Estado. Uma efetiva, rápida e barata entrega da prestação jurisdicional, paradoxalmente, pode fomentar o recurso à Jurisdição e retirar os incentivos de acordos, prejudicando o desempenho do Sistema Judicial. A instauração da instância não deve ser fomentada para toda e qualquer situação. Deve haver filtros sociais, a saber, meios de resolução de conflitos que evitem a corrida jurisdicional. Neste pensar, as formas alternativas de resolução de conflitos ganham corpo, justamente por diminuírem os "custos de transação", mantendo-a, de regra, na esfera privada dos concernidos.

Essa inflação judicial acaba por gerar burocratização, além de ineficiência, e reforçar o autoritarismo, em razão da impessoalidade, pois se deixa de lidar com pessoas para tratar apenas com papel, ou, pior, apenas com números: "o governo burocrático, o governo anônimo do burocrata, não é menos despótico porque 'ninguém' o exerce. Ao contrário, é ainda mais assustador porque não se pode dirigir a palavra a esse 'ninguém' nem reivindicar o que quer que seja" (ARENDT, 2009, p. 149).

Um bom exemplo disso são os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Tidos como o grande êxito na simplificação e agilização dos processos, por causa da explosão de demandas provocada pela sua eficiência acabaram sendo engessados pelo formalismo e pela burocratização — "o fracasso do sucesso", nas palavras do Ministro Mendes (2009) —, e precisam ser recuperados.

Nallini (2006, p. 174) lembra que o caótico fluxo de papéis é incompreensível para quem não está habituado aos trabalhos do Judiciário: "A lógica da burocracia judiciária nunca subsistiria numa empresa submetida a programas de qualidade total, ou mesmo à tradicional organização e

método. O Judiciário brasileiro não resiste a uma análise da relação custo/benefício".

É preciso criar uma mudança de mentalidade e abandonar velhas práticas. Ainda existe no Brasil "a convicção de que as leis não precisam ser obedecidas sempre nem devem ser aplicadas com muito rigor, o que contrasta com algumas atitudes de exagerado legalismo" (DALLARI, 2008, p. 3). O País precisa desenvolver instituições jurídicas que tenham credibilidade, que assegurem tratamento equitativo aos cidadãos, dando-lhes segurança e excluindo privilégios.

Entra em cena, então, o debate que busca a eficiência no Judiciário. Entende-se como tal a necessidade de alocar os recursos da melhor maneira para a consecução dos fins estabelecidos, numa visão nitidamente pragmática. Tornou-se pacífico o entendimento de que os juízes, como agentes públicos que são, submetem-se ao princípio da eficiência previsto no *caput* do art. 37 da Constituição da República e, por isso, devem apresentar resultados compatíveis com os meios que lhes são disponibilizados:

> A expressão *resultado*, embora oriunda das ciências administrativas, não deve ser tomada como mera transposição de um conceito econômico, mas, com muito maior amplitude, ser *coerentemente adaptada em referência aos imperativos de efetiva realização das diretrizes constitucionais que orientam e balizam os Poderes Públicos*. Assim é que, não obstante *legítimo* o planejamento e *legítima* a execução de uma política pública, deve ser também *legítimo* o resultado, o que vale dizer: o bem ou o serviço entregue à sociedade deve necessariamente garantir uma utilização *eficiente* por parte de seus destinatários, tal como *razoavelmente estaria nas expectativas* de todos os que para tanto contribuíram com seus recursos (MOREIRA NETO, 2008, p. 136-137, grifos no original).

Já Moraes (2007, p. 215) identifica a existência de duas facetas distintas dentro do princípio da eficiência administrativa, a economicidade e a proporcionalidade:

> Assim, a eficiência como postulado significa o dever de escolher o meio menos custoso, ou seja, o que implique menos dispêndio financeiro. Neste aspecto, eficiência confunde-se com economicidade. Por outro lado, a eficiência significa o dever de promover de modos satisfatórios os fins atribuídos à Administração pública. Quanto a essa segunda faceta da eficiência, ela pode se confundir com o postulado da proporcionalidade, uma vez que este exige também que "a administração escolha para a realização de fins, meios adequados, necessários e proporcionais".

Nesse contexto, conforme o art. 103-A da Constituição, incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, surge a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por dois terços de seus membros, editar súmulas com efeito vinculante, a serem obrigatoriamente cumpridas não só pelos juízes e tribunais inferiores como por toda a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, com o que se evitará relevante multiplicação de processos e a grave "insegurança jurídica".

Também foi criada a Lei n. 11.672/2008, dos Recursos Repetitivos, que permite o julgamento, em uma única decisão, de todos os recursos que envolvam a mesma matéria, o que possibilita a pacificação da jurisprudência e o tratamento uniforme aos litígios de massa, tais como matérias previdenciárias e de direito público, contratos bancários, Sistema Financeiro da Habitação, assinatura básica na telefonia, multas e honorários advocatícios. Segundo o Superior Tribunal de Justiça (2009), apenas no primeiro ano de vigência referida lei reduziu em 34% o número de recursos, com um ganho significativo de celeridade e eficiência.

É evidente que um Judiciário rápido e eficiente favorece o aporte de investimentos no País, já que o custo das operações financeiras leva em conta obrigatoriamente o tempo de tramitação dos processos. Ademais, nenhuma grande empresa ou governo irá investir recursos de monta num lugar onde os direitos de propriedade não são respeitados, ou não há previsibilidade dos julgamentos judiciais. Isso permite a análise de perspectivas

antagônicas sobre como interpretar o princípio da eficiência, que, como adverte Rosa (2009, p. 78), tende sempre a fazer prevalecer uma visão econômica sobre o aspecto social:

> Assim é que quanto menor for o custo (das partes e social), o tempo do processo, bem assim for potencializada a visibilidade das sanções (prevenção geral e especial, positiva e negativa), para efeito do cumprimento das normas jurídicas, mais eficiente será, do ponto de vista econômico, o Sistema Judicial.

O grande risco da predominância dos direitos econômicos advém da enorme dívida do Estado brasileiro com a implantação dos direitos sociais, prometidos na Carta de 1988 e até hoje não aplicados. Há no senso comum dos juristas a ideia de que os direitos fundamentais muitas vezes não têm correspondência com a realidade, e estão em contraste com o cotidiano de boa parte da população. Quando não valem apenas para aqueles que podem pagar pela sua defesa (e são aplicados de forma desigual), simplesmente são sonegados com base em argumentos orçamentários:

> Com a utilização de conceitos como o da Reserva do Possível, ainda que cada qual ao seu modo, alguns membros de tribunais superiores têm assumido, com o apoio de parte da doutrina dita especializada, uma postura de consideração dos Direitos Fundamentais em relação aos seus custos frente ao erário, utilizando o argumento de "limitações orçamentárias do Estado" para sonegar alguns direitos à sociedade – especialmente diante de casos de concessão de direitos sociais (ROSA; MARCELLINO JÚNIOR, 2009, p. 177).

Outras ressalvas ainda podem ser feitas. Marcellino Júnior (2009, p. 197) lembra que o discurso da eficiência, da forma como é apresentado pelo taylorismo, acaba por traduzir-se na *via única* defendida pelo pensamento neoliberal: "a eficiência hoje é exigida, quase que como uma fé, para a educação dos filhos, para as relações conjugais, para o ensino de formação, para obter sucesso e prosperidade na vida pessoal, enfim, para (quase) tudo!".

Assim, apesar da pressão hegemônica do mercado por eficiência e efetividade da atividade judicial, certamente almejadas por todos, não se pode perder de vista que os julgamentos envolvem pessoas, e não apenas números, e que a função maior do Poder Judiciário é fazer justiça.

5 O DÉFICIT DEMOCRÁTICO

Como se viu, a atuação eficaz do Poder Judiciário está diretamente relacionada ao crescimento econômico e ao desenvolvimento social. Por isso, a reforma administrativa e a do Judiciário devem andar juntas. Não obstante, é preciso reconhecer que, no Brasil, o Legislativo e o Executivo nunca deram a devida atenção aos problemas do Judiciário. A adoção de políticas públicas para o Poder Judiciário só começou a acontecer depois que o fenômeno de "judicialização da política" fez com que o Direito Público passasse a ser considerado mais importante que o individual, com o avanço do Judiciário sobre temas que até então sempre estiveram na seara do Executivo e do Legislativo.

O recente fenômeno denominado "protagonismo do vértice" por Vianna (1997, p. 47) verifica-se especialmente no contexto da reforma constitucional que ampliou o papel do Supremo Tribunal Federal e o levou a ditar as diretrizes interpretativas e jurisprudenciais, concedendo efeitos vinculantes às súmulas dos tribunais superiores, o que acaba por converter o restante da magistratura nacional em uma vasta burocracia sob um comando centralizado.

Na esfera administrativa, o Conselho Nacional de Justiça produz resultados ambíguos. Se, por um lado, sua atuação é pedagógica e moralizadora ao corrigir velhas práticas e impedir o controle do Judiciário pelas oligarquias regionais (como ao determinar o preenchimento por concurso das vagas nos cartórios extrajudiciais, ao proibir o nepotismo nos tribunais ou ao limitar as interceptações telefônicas), por outro lado, é excessivamente

centralizadora, o que engessa a estrutura e sufoca a extensa capilaridade e a renovação constante, que são justamente a maior riqueza do Judiciário.

A excessiva centralização e a valorização dos tribunais superiores em detrimento da Justiça de primeiro grau é um aspecto constantemente criticado por aqueles que estudam a Reforma do Judiciário. Os tribunais, principalmente os superiores, possuem amplo acesso à informação e conhecem muito bem as crônicas deficiências da Justiça de primeiro grau. Isso, porém, não se tem traduzido em mudanças significativas, ao menos até agora:

> Uma análise ampla da Reforma permite observar, ainda, que foi dada maior atenção para a cúpula e não para a base do Poder Judiciário, ou seja, para a primeira instância, que sofre a maior cobrança da população pela morosidade processual, ponto principal da reclamação contra o Judiciário. Os mecanismos de concentração de poder na cúpula, tais como a súmula vinculante, foram privilegiados, tirando a força das decisões judiciais de primeira instância, geralmente mais independentes, pois proferidas por magistrados recrutados por concurso público (SOUZA, 2005, p. 52).

Autores envolvidos diretamente na atividade judicial, como Nallini (2006, p. 163), reconhecem a necessidade de modernizar a estrutura de primeiro grau e de trabalhar a nova administração pública nos cartórios e serventias, introduzindo ferramentas que venham a melhorar a eficiência do sistema, enfim, "dotar a Justiça de mecanismos de agilidade, convertê-la em serviço estatal com eficiência comparável à de qualquer atividade reconhecidamente prestigiada pelo êxito de seu funcionamento".

Para que isso aconteça, os juízes precisam buscar constantemente um melhor aproveitamento do aparato criado pelo sistema, convertendo-se em engenheiros sociais e coordenadores de equipes multidisciplinares, os "guardiões de promessas", mencionados por Garapon (2001, p. 45)

quando descreve a emigração do espaço simbólico da democracia do Estado para a Justiça.

Acontece que grande parte dos juízes ainda considera que sua função é apenas julgar e que qualquer atividade administrativa estaria além das suas obrigações. Urge uma mudança de mentalidade, de atitude e de comportamento. Na atual ordem constitucional, os juízes são considerados agentes políticos, da mesma forma que os representantes do Executivo e do Legislativo, o que o art. 2º da Constituição deixa claro ao prever três poderes "independentes e harmônicos entre si". Cademartori (1999, p. 168) descreve essa mudança na legitimação da atuação do atual Estado constitucional de direito:

> O modelo garantista de legitimidade, que avalia o poder de acordo com critérios postulados por valores superiores e externos ao Estado, assegura a manutenção da tarefa do poder como estrutura voltada à satisfação dos interesses da sociedade, e, nesta medida, é uma teoria mais apta ao julgamento da instância política.

A teoria garantista, na forma concebida por Ferrajoli (1997, p. 101), atribui aos juízes a efetivação dos direitos fundamentais, e não mais a simples sujeição à lei. Por isso, o magistrado contemporâneo precisa estar consciente de seu papel na efetiva prestação da justiça e de que não pode se limitar a uma mera atuação burocrática:

> É nesta sujeição do juiz à constituição, e portanto no seu papel de garantir os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, que reside o principal fundamento da atual legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário frente aos Poderes Legislativo e Executivo, embora estes sejam – e até porque o são – poderes assentes na maioria. Precisamente porque os direitos fundamentais em que se baseia a democracia substancial são garantidos incondicionalmente a todos e a cada um, mesmo contra a maioria, eles constituem o fundamento, bem mais do que o velho dogma juspositivista da sujeição à lei, da independência do Poder Judiciário, que para a sua garantia está especificamente vocacionado (FERRAJOLI, 1997, p. 101).

Dallari (2008, p. 28) afirma que essa mudança de mentalidade implica a "difícil simbiose de agente político, técnico do direito e conciliador de conflitos humanos e sociais". Apresenta-se aqui um conflito entre a cômoda reprodução do modelo já esgotado e a democratização com o protagonismo dos juízes responsáveis pelas políticas públicas do Judiciário perante a sociedade.

Para que essa mudança aconteça, há necessidade de que se deposite confiança na Justiça de primeiro grau, acelerando as transformações com novas ideias, nascidas como respostas inovadoras, como métodos de informatização ou de conciliação através de formas não adversariais de resolução de conflitos:

> Enquanto os juristas dedicam importante parcela de seu conhecimento científico à teorização de pretensas soluções ao problema da ineficiência do sistema judicial, contribui-se grandemente para o fortalecimento de uma atitude mental no sentido de que isso faria parte de sua própria natureza, como se fosse impossível exigir presteza na condução dos negócios dos tribunais como se exige em outros setores públicos (DIAS, 2004, p. 78).

A centralização e a falta de confiança são reforçadas pela dificuldade de comunicação entre as camadas hierárquicas. É importante lembrar que a cúpula do Judiciário conhece dos problemas das serventias, até mesmo com minúcias, mas muitas vezes deixa de atendê-las em tempo hábil.

Em contrapartida, na maioria das vezes, os juízes deixam de agir e se calam numa atitude de autossuficiência, ainda que tenham condições de diagnosticar suas carências como gestores da unidade e de buscar soluções, e o tribunal baixa resoluções e provimentos "de cima para baixo", protagonizando aquilo que se denomina "o impossível diálogo entre o cego e o mudo":

> Os serviços centrais de concepção (os cegos) ausentes dos espaços da produção, não conhecem os imprevistos que aí surgem e, portanto, não podem levá-los em consideração na concepção.

> Aqueles que estão no espaço da produção (os mudos) conhecem as incertezas, mas não têm a possibilidade de se fazer ouvir e, menos ainda, de intervir na concepção dos processos (LOJKINE, 2002, p. 119-120).

Analisando os confrontos de poder e as relações de trabalho na era da informação, Lojkine (2002) identifica quatro fatores causadores de "círculos viciosos", com base no estudo do "fenômeno burocrático" de Michel Crozier:

> 1) IMPESSOALIDADE DAS REGRAS, que prescrevem minuciosamente as tarefas de todos os envolvidos na produção, como acontece nos códigos processuais com pretensão universalizante e leis de organização judiciária;
>
> 2) CENTRALIZAÇÃO DE TODAS AS DECISÕES numa só categoria, que tem o poder tanto de ditar quanto de interpretar as regras, ao mesmo tempo em que as decisões operacionais são descentralizadas, gerando conflito e tratamento desigual;
>
> 3) ISOLAMENTO e FALTA DE COMUNICAÇÃO ENTRE CADA CATEGORIA HIERÁRQUICA, formando estamentos e opondo aqueles que deveriam cooperar entre si, como juízes x desembargadores, juízes x funcionários, novos x velhos, interior x capital, oficiais de justiça x escrivães, escrivães x técnicos, efetivos x terceirizados, e assim por diante;
>
> 4) DESENVOLVIMENTO DE PODERES PARALELOS em torno de áreas de incerteza, o que é exacerbado pela concorrência decorrente das avaliações individuais subjetivas.

E ainda conclui o raciocínio com uma importante advertência: "toda tentativa de modificação das regras pelo alto provoca o reforço do bloqueio comunicacional" (LOJKINE, 2002, p. 151). As tensões no processo de informatização do trabalho são agravadas pelas pressões acumuladas pela eficiência, em detrimento da consciência profissional. Assim, os trabalhadores (do Judiciário) veem o computador, que deveria ajudá-los, com desconfiança, porque ele os tira da zona de competência, inovando suas tarefas e facilitando o controle da produção pela cúpula.

A única forma de quebrar esses círculos viciosos é implantar a democratização interna do Judiciário, com a participação de todos os juízes no processo de escolha dos dirigentes dos tribunais, e também externa, com ampla publicidade não apenas dos julgamentos mas também das deficiências e propostas de modernização, de modo a aproximá-lo, cada vez mais, da sociedade, que é sua razão de existir:

> O controle do Poder Judiciário pela sociedade e pelos próprios juízes é um requisito da democracia e, além disso, será a garantia de eliminação das ações e omissões que, ocultadas ou protegidas pelo pretexto da preservação da independência, impedem o Judiciário de ser um verdadeiro Poder democrático (DALLARI, 2008, p. 80).

Ganha nova força, então, uma antiga aspiração de toda a magistratura, que é participar nesse processo de escolha dos órgãos diretivos:

> Trata-se do princípio da democracia, que precisa refletir no âmbito interno do Poder, uma alternativa é a eleição direta, por todos os integrantes da magistratura respectiva, dos dirigentes dos órgãos judiciários, ou seja, dos tribunais, ainda que restrita a elegibilidade a metade mais antiga, integrantes do mesmo tribunal, a semelhança do que acontece no Poder Legislativo (JUCÁ, 2005, p. 21).

Em artigo premiado no último congresso da Associação dos Magistrados Brasileiros, Fragale Filho (2009, p. 16) aponta muitas propostas que buscam dar maior democratização e transparência aos tribunais, como forma de prestar a *accountability* exigida pela sociedade: eleições diretas para direção dos tribunais e dos representantes da magistratura de primeiro e segundo graus no CNJ; comitê de orçamento com orçamento participativo; ampla transparência na execução orçamentária, com criação de observatório da Justiça no âmbito de cada tribunal. Citando a pesquisa coordenada por Maria Teresa Sadek em 2006, lembra que quase três quartos dos magistrados (72,3%) foram favoráveis à participação de juízes do primeiro grau na elaboração do orçamento dos tribunais, e quase quatro

quintos (77,5%) foram favoráveis à realização de eleições diretas para os órgãos dirigentes.

Considerada a necessidade de maior participação dos magistrados na gestão dos recursos, verifica-se que eles desconhecem totalmente os orçamentos dos tribunais os repasses e financeiros para as unidades onde trabalham, como responderam 99% dos 1.288 entrevistados na 1ª Pesquisa sobre Condições de Trabalho dos Juízes, feita pela Associação dos Magistrados Brasileiros em dezembro de 2008 e fevereiro de 2009, o que demonstra falta de transparência e desinformação.

As próprias associações de juízes despertaram tardiamente para o papel importante da magistratura no debate para a construção de políticas públicas para o Judiciário. Hoje, o assunto tem destaque, o que se evidencia no tema do Congresso Nacional da Associação dos Magistrados Brasileiros realizado em São Paulo em outubro de 2009, "Gestão Democrática do Judiciário", em pesquisas e em campanhas institucionais[11]:

> Quando as associações falam "para dentro", elas produzem um discurso profundamente endógeno, auto-referenciado e pautado pela defesa da democracia e da renovação nos tribunais. É um discurso construído e consumido entre pares, ainda que eventualmente sejam mobilizadas referências externas à profissão. Já quando elas falam "para fora", elas protagonizam um diálogo com a sociedade civil marcado pela busca de uma maior visibilidade social para as diferentes dimensões da profissão, bem como caracterizado pela defesa de valores profissionais, porquanto eles se traduzem em garantias para a sociedade (FRAGALE FILHO, 2009, p. 4).

Esse papel ainda não é aceito no espaço político e encontra resistência dentro da própria magistratura, mas tende a ser acolhido pela sociedade. Veja-se, nas eleições de 2008, toda a repercussão da campanha "contra a corrupção e a favor da ética na política", que deu origem à lista "suja" dos

11 Ver mais a respeito em www.amb.com.br/gestaodemocratica.

candidatos que possuíam processos contra si na Justiça. A medida recebeu fortes críticas do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF n. 144, que ressalvou "a exigência da coisa julgada". Já a sociedade brasileira não aceita mais o uso abusivo desse princípio para proteger criminosos condenados, tanto que o projeto de lei de iniciativa popular denominado "Ficha Limpa" (PLP n. 518, de 2009) está tendo célere andamento no Congresso Nacional.

Muito embora a democratização seja "lenta e tardia no judiciário", nas palavras de Rodrigo Collaço (apud RIBEIRO, 2009, p. 28), ou até mesmo "homeopática" (NALLINI, 2006, p. 167), deve-se reconhecer que houve avanços significativos: hoje, as sessões administrativas são públicas e transmitidas *on-line*, com voto aberto e motivado, em cumprimento à Resolução n. 32 do CNJ, de 10 de abril de 2007, que "dispõe sobre as remoções a pedido e permuta de magistrados de igual entrância", e à Recomendação n. 13, de 6 de novembro de 2007, que recomenda seja regulamentada a formação da lista tríplice do quinto constitucional em sessão pública, mediante votos abertos, nominais e fundamentados.

Outra grande dificuldade para a prática da democracia nos tribunais é que os juízes e desembargadores, muito embora ajam politicamente, tomem decisões políticas e pratiquem política interna nos tribunais, nunca assumem posições políticas abertamente e apenas fundamentam suas decisões juridicamente, como lembra Rosalen (apud RIBEIRO, 2009, p. 232). O espaço adequado para esse debate político, como se viu, é o associativismo.

Para poder construir políticas públicas de forma democrática, será preciso quebrar a barreira dos "círculos viciosos" e dialogar com servidores, advogados e jurisdicionados, nem que para isso se tenha de "tirar a toga" (RIBEIRO, 2005, p. 29). Acima de tudo, é preciso que o juiz se reconheça como interlocutor privilegiado, atualmente o grande personagem das de-

mocracias em todo o mundo; que saiba que reflexividade (CARVALHO, 1985) é a grande característica do profissional intelectual contemporâneo, e que o associativismo é a maneira adequada para canalizar esse potencial transformador.

6 CONCLUSÃO

Para encerrar, é preciso deixar claro que a busca por uma maior eficácia da Justiça não trata de defender a ordem econômica, mas reconhecer que ela não pode ser ignorada. O grande risco da análise econômica, porém, é que ela prevaleça sobre os direitos sociais.

A principal novidade é a sociedade ter a percepção do Judiciário como serviço público essencial que necessita de qualidade, economicidade e eficiência, da mesma forma que a saúde, a educação e a segurança.

Para que isso aconteça, o juiz é o "maestro" que irá dizer o ritmo dos trabalhos, e precisa ser qualificado como gestor de pessoas e de produção, como já determinou o Conselho Nacional de Justiça na Meta 6 de 2009 e na Meta Prioritária 8 de 2010. Os resultados dependem desse profissional, que, por isso, é insubstituível.

A importância, para a ordem econômica e o desenvolvimento social, de um Judiciário forte e independente significa, junto com a consolidação da democracia, a coprodução do bem comum por toda a sociedade. O atual papel do Brasil na ordem mundial não só permite mas exige a realização das reformas iniciadas na Emenda Constitucional n. 45, que, além de estabelecer como direito e garantia fundamental uma prestação jurisdicional célere, cria critérios objetivos de produtividade e presteza para ascensão na carreira e, assim, prevê a avaliação da atividade jurisdicional.

Daí a importância do debate democrático dentro da magistratura. É possível um processo judicial célere e eficaz que assegure os direitos do cidadão. Mas isso só será atingido com o empenho e a efetiva participação de todos os envolvidos. Afinal, há um objetivo em comum: um serviço judiciário melhor para toda a sociedade, do qual ela possa orgulhar-se. Cabe à democracia indicar às instituições o melhor caminho para atingi-lo.

7 REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. *A promessa da política*. Tradução de Pedro Jorgensen Jr. 2. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2009.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *AMB Informa,* Brasília, edição 114, 15 fev. a 15 mar. 2009.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. Magistrados brasileiros: caracterização e opiniões. Disponível em: <www.amb.com.br/docs/noticias/2005/PesquisaAMB2005.pdf>.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. Pesquisa AMB 2006: a palavra está com você: resultados. Disponível em: <www.amb.com.br/docs/pesquisa2006.pdf>.

BARRAL, Welber. Desenvolvimento e sistema jurídico: a busca de um modelo teórico. In: _____; PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *Teoria jurídica e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 11-35.

BRANDÃO, Cláudio. Processo judicial eletrônico: como e quando fazer: implementação e seus aspectos técnicos. Disponível em:<http://ww2.conip.com.br/judiciario2006/palestras/palestra_claudio_brandao.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade*: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. Controle da administração e legitimação judicial garantista. In: CARLIN, Volnei Ivo. (Org.). *Grandes temas de direito administrativo*. Florianópolis: Conceito editorial/Millennium, 2008. v. 1, p. 827-844.

CAPELETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CARVALHO, Maria Alice Rezende de. Temas sobre a organização dos intelectuais no Brasil. *Cadernos Cedes*, n. 9, 1985. Rio de Janeiro: Cedes/Iuperj. Disponível em:<http://cedes.iuperj.br/PDF/cadernos/cadernos%209%20-%20organizacaointelectuais9.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2008: variáveis e indicadores do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www. cnj.jus.br/images/imprensa/justica_em_numeros_2008.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Poder Judiciário nacional terá que cumprir 10 metas até o final do ano. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=6601:poder-judiciario-nacional-tera-que-cumprir-10-metas-ate-o-final-do-ano&catid=1:notas&ltemid=675>. Acesso em: 2 set. 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Veja as metas prioritárias para 2010. 26 fev. 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/estrategia/index.php/definidas-as-metas-prioritarias-para-2010/?utm_content=metas2010&utm_source=menu&utm_medium=link&utm&campaign=Menu >. Acesso em: 3 mar. 2010.

DAL BOSCO , Maria Goretti. *Discricionariedade em políticas públicas*. Curitiba: Juruá, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIAS, Rogério A. Correia. *Administração da justiça*: a gestão pela qualidade total. Campinas: Millenium, 2004.

DIREITO GV lança Índice de Confiança na Justiça terça-feira, dia 01. *Fundação Getúlio Vargas.* Disponível em: <http://www.fgv.br/fgvportal/principal/idx_materia.asp?str_chave=14949&sessao=2>. Acesso em: 2 set. 2009.

FALCÃO, Joaquim. O brasileiro e o judiciário. *Revista Conjuntura Econômica*, Rio de Janeiro, v. 63, n. 4, FGV, abr. 2009, p. 43-49.

_____. *O futuro é plural*: administração de justiça no Brasil. Rio de Janeiro: texto policopiado, 2009.

_____. O judiciário segundo os brasileiros. In: GUERRA, Sérgio (Org.). *Transformações do Estado e do Direito*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

_____. *Uma reforma muito além do judiciário*. Rio de Janeiro: texto policopiado, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FRAGALE FILHO, Roberto. A construção e consolidação do Estado Social de Direito: o papel das associações de magistrados. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de et al. (Org.). *Constituição e Estado Social*: os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Ativismo social e sujeitos coletivos*: a ação das associações de magistrados. Rio de Janeiro: texto policopiado, 2009.

_____. *Democratização dos tribunais*: eu quero votar pra Presidente (e outras coisas mais)! Rio de Janeiro: texto policopiado, 2009.

_____. Reconfigurações profissionais da magistratura: um exercício preliminar a partir da jurisprudência do Conselho Nacional de Justiça. In: CUNHA, José Ricardo (Org.). *Poder judiciário – gestão e jurisdição*: novos olhares. Rio de Janeiro: texto policopiado, 2009.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*: o guardião de promessas. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____; PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França*: cultura jurídica francesa e *common law* em uma perspectiva comparada. Tradução de Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JUCÁ, Francisco Pedro. Reforma do judiciário: algumas reflexões. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 13-22.

LOJKINE, Jean. *A Revolução informacional*. Tradução de José Paulo Netto. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

MARCELLINO JÚNIOR, Julio Cesar. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*: (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus, 2009.

MENDES, Gilmar.Sou alvo de um movimento organizado: presidente do STF diz que está no meio de um tiroteio ideológico por contrariar interesses. *Istoé* independente, São Paulo, edição 2066, 17 jun. 2009. Entrevista concedida a Octávio Costa e Hugo Marques. Disponível em:<http://www.istoe.com.br/assuntos/entrevista/detalhePrint.htm?idEntrevista=19281&txPrint=completo>. Acesso em: 2 jan. 2010.

MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Legalidade, eficiência e controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NALLINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Campinas: Millenium, 2006.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise económica da litigância*. Lisboa: Almedina, 2005.

PIMENTEL, Luiz Otávio. Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento. In: BARRAL, Welber (Org.). *Direito e desenvolvimento*: um modelo de análise. São Paulo: Singular, 2005.

_____. Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento: considerações sobre o comércio internacional. In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. *Temas atuais de direito do comércio internacional*. Florianópolis: OAB-SC, 2005. v. 2, p. 555-578.

_____; BARRAL, Welber. Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento. In: *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 11-34.

_____. *Teoria jurídica e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

PIRES, Mozart Valadares. Meta 2 — Para onde caminhamos? AMB —Associação dos Magistrados Brasileiros. Disponível em: <www. amb. com.br> . Acesso em: 20 out. 2009.

RIBEIRO, Herval Pina. *O juiz sem a toga*. Florianópolis: Lagoa, 2005.

_____. *Os operários do direito*. Florianópolis: Lagoa, 2009. 2 v.

ROSA, Alexandre Morais da. Crítica ao discurso da Law and Economics: a exceção econômica do direito. In: ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 3-140.

ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO JÚNIOR., Julio Cesar. Law and Economics, neoliberalismo e eficiência: desvelando conexões. *Direitos humanos e democracia na era global:* Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Belo Horizonte, n. 7, 2009, p. 173-189.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Assessoria de Planejamento. Disponível em: <www.tj.sc.gov.br/institucional/assessorias/asplan/planejamento_estrategico/index.html>. Acesso em: 2 set. 2009.

SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e. *Administração gerencial e a reforma administrativa no Brasil*. 1. ed. 7. tiragem. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. Gestão pública no poder judiciário. *Revista da Esmesc – Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis, v. 16, n. 22, 2009, p. 35-51.

_____. Gestão pública: poder judiciário e desenvolvimento. In: MARCELLINO JR., Julio Cesar; VALLE, Juliano Keller do; AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de (Org.). *Direitos fundamentais, economia e estado*: reflexões em tempos de crise. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 87-93.

SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Efetividade do processo e acesso à justiça à luz da reforma. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 49-63.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Mais de 260 temas destacados como recursos repetitivos no STJ. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=94064>. Acesso em: 4 out. 2009.

TAYLOR, Matthew M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Dados Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007, p. 229-257.

TROSA, Sylvie. *Gestão pública por resultados*: quando o estado se compromete. Tradução de Maria Luíza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan; Brasília: ENAP, 2001.

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

_____. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 337-408.

WACHOWICZ, Marcos. Desenvolvimento econômico e tecnologia da informação. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; BARRAL, Welber (Org.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 71-101.

WARAT, Luis Alberto. *A rua grita dionísio!*: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia. Tradução de Vívian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcellino Jr. e Alexandre Morais da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI N. 8.906/1994 (ESTATUTO DA OAB) E A SÚMULA 306 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Jaime Luiz Vicari *

O tema *honorários advocatícios* é relevante e frequenta o quotidiano forense, mas, paradoxalmente, não é objeto de maiores estudos entre os doutos.

A edição da Súmula 306 pelo Superior Tribunal de Justiça, disciplinando a imposição da verba honorária nos casos de sucumbência recíproca, no entanto, acabou por despertar alguma celeuma jurisprudencial, além de evidente preocupação nos advogados, de modo que é oportuna uma abordagem, ainda que sucinta, sobre esse assunto, como forma de contribuição ao debate, despida de qualquer pretensão de esgotá-lo.

De início é interessante lembrar que, nos primórdios do Direito, a atuação dos advogados tinha outra conotação e a legislação existente proibia de maneira expressa a cobrança de honorários — serve como exemplo a Lei Cincia, de 250 a.C.

As Ordenações do Reino eram igualmente rigorosas nesse ponto. Vale assinalar que o Alvará datado de 1º de agosto de 1774 agravou as penas aos profissionais que não respeitassem essa proibição.

O Código de Processo Civil de 1939 determinava no artigo 59 que "a parte vencedora terá direito ao reembolso das despesas do processo"; não mencionava diretamente *verba honorária*, mas ela estava inequivocamente compreendida nessas "despesas".

* Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

O mesmo artigo previa: "quando a condenação for parcial [sucumbência recíproca, assinale-se] as despesas se distribuirão proporcionalmente entre os litigantes".

E os artigos 63 e 64 davam a essas "despesas" nítido caráter de pena imposta ao vencido porque associavam a condenação à existência de dolo ou culpa.

A Lei n. 4.632, de 18 de maio de 1965, alterou o mencionado artigo 64, suprimindo a exigência de dolo ou culpa para a condenação.

Finalmente, o atual Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973) disciplinou o cabimento das verbas sucumbenciais a partir do artigo 19, ordenando, no artigo 20, que "a sentença condenará o *vencido* a pagar ao *vencedor* as despesas que antecipou e os honorários advocatícios" (os destaques, obviamente, não são do original).

Dispôs, ainda, que "essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria", vale dizer, será devida se o advogado for *parte* no processo.

O artigo 21 normatizou a imposição desse ônus na hipótese de ocorrer sucumbência recíproca, *verbis*: "se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas".

É importante salientar que, pela vez primeira em nossa legislação, fez-se nítida distinção entre os termos genéricos *despesas* ou *custas* e a específica verba honorária, dando a esta disciplinamento inovador e próprio.

Essa construção de Alfredo Buzaid foi certamente inspirada nas lições de seu mestre Enrico Tullio Liebman, que, por sua vez, tomou-a emprestada de Chiovenda (1965), para quem a condenação ao pagamento das despesas processuais estava ligada *alla socombenza, pura e semplice*.

Na Exposição de Motivos do anteprojeto do Código de 1973, Buzaid escreveu:

> O projeto adota o princípio do sucumbimento, pelo qual o vencido responde por custas e honorários advocatícios em benefício do vencedor. "O fundamento desta condenação", como escreveu Chiovenda, "é o fato objetivo da derrota; e a justificação desse instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva; por ser interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão e por ser, de outro turno, que os direitos tenham um valor tanto quanto possível nítido e constante".

Salta aos olhos, em simples exegese literal, que os titulares do direito aos honorários, seja no crédito, seja no débito, *por ocasião da entrada em vigor do Código,* não eram os profissionais do Direito, os advogados, e sim as próprias partes.

Em tal quadro normativo, era perfeitamente adequado entender que, sendo os litigantes vencidos e vencedores, ou seja, reciprocamente credores e devedores, fosse aplicado à hipótese o instituto da compensação, previsto no artigo 1.009 do Código Civil de 1916 e repetido no artigo 368 do Código Civil de 2002, com a mesma redação.

Consoante essa legislação, "se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem".

Não é outro o entendimento que viceja na doutrina sobre o instituto da reciprocidade, como se pode aferir da ensinança de Rodrigues (2002, p. 215):

> é o requisito fundamental da compensação, pois trata-se de um meio da extinção das obrigações pelo encontro de direitos opostos. Como vimos, a compensação compõe-se de pagamentos recíprocos, efetuados com créditos também recíprocos. Assim,

> para que haja compensação, mister se faça a presença de obrigações e créditos recíprocos, entre as mesmas partes.

A compensação, verdadeiro "encontro de contas", é instituto que remonta ao Direito Romano, pois há passagens sobre o tema em Gaio e Justiniano, conforme leciona Monteiro (p. 329), traslada-se para o Direito Canônico e encontra guarida em todos os ordenamentos jurídicos do mundo ocidental, seja na *common law*, seja na *civil law*.

O *Codice Civile Italiano* (p. 216), por exemplo, define a compensação no artigo 1.241 como a situação em que, "quando *due persone sono obbligate l'una verso l'altra, i due debiti si estinguono per le qualità corrispondenti, secondo le norme degli articoli che seguono"*, ou seja, para o direito peninsular, a compensação é a situação em que, se duas pessoas são obrigadas uma para com a outra, os dois débitos se extinguem pelas quantias correspondentes, segundo as normas dos artigos seguintes.

Não pairam dúvidas de que o legislador de 1973 separou, nitidamente, a pessoa do litigante (parte) da pessoa do procurador (advogado), como se pode ver claramente no Título II do Código Buzaid: "das partes e dos procuradores".

Tinha-se, até então, consoante o Código de Processo na versão original, uma situação em que as custas e os honorários pertenciam ou deveriam ser pagos às partes, pois os titulares do crédito ou os devedores da obrigação eram os litigantes.

Veio a lume, em 4 de julho de 1994, após vinte e um anos de vigência do Código de Processo Civil, a Lei n. 8.906 — Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, inovando substancialmente essa matéria.

Com efeito, o artigo 23 da mencionada norma diz, textualmente, que "os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sen-

tença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido a seu favor".

E o § 3º do artigo 24 do mesmo estatuto fulminou qualquer tentativa de afastamento da regra dantes mencionada ao explicitar que "é nula qualquer disposição, cláusula, regulamento ou convenção individual ou coletiva que retire do advogado o direito ao recebimento dos honorários de sucumbência".

Exatos quatro meses após essa alteração substancial, o colendo Superior Tribunal de Justiça entendeu de sumular a matéria pertinente à sucumbência recíproca, fazendo-o, contudo, *datissima venia*, em sentido claramente oposto ao texto legal.

Com efeito, ao editar a Súmula 306, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que "os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte".

Ousa-se divergir e faz-se isso tendo presente a lição de Descartes (1979, p. 25): "a diversidade das nossas opiniões não provém do fato de serem uns mais racionais do que os outros, mas somente de conduzirmos nossos pensamentos por vias diversas e não considerarmos as mesmas coisas".

Inicialmente, é de assinalar que o colendo Superior Tribunal de Justiça, em sua função de intérprete máximo da lei federal, tem, dentre suas relevantes atribuições, a de editar súmulas para a uniformização da jurisprudência em todo o País, e, com isso, acelerar a prestação jurisdicional, objetivo de irretorquível validade e que constitui o desejo de todos os operadores do Direito.

Essas súmulas, conquanto gozem de natural autoridade, e nem poderia ser diferente, já que advindas de corte superior, não ostentam, contudo, caráter vinculante.

É de reconhecer, e nem poderia ser de outra forma, a força e a autoridade emanadas de súmula do Superior Tribunal de Justiça, mas é necessário, igualmente, reconhecer que tal enunciado não possui caráter vinculativo, como, por exemplo, aquele ostentado pela chamada *súmula vinculante*, oriunda do Supremo Tribunal Federal, conforme determina, expressamente, o artigo 103-A da Constituição Federal, *verbis*:

> O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei [no caso a Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006].

A Lei n. 8.906, *lex posterior,* pois, alterou, sim, a titularidade da verba honorária que a redação original do Código de Processo Civil carregava às partes, passando a atribuí-la aos advogados, como direito pessoal.

Observa-se que o § 1º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil é de clareza meridiana ao enunciar que "a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior".

Ora, se o Código de Processo Civil, em sua versão original, atribuía a titularidade da verba honorária às partes, aos litigantes, e a Lei n. 8.906, *posterior*, diz que os titulares agora são os advogados, impossível se afigura sustentar que a segunda não revogou a primeira, nesse particular.

Ademais, é de considerar que tanto o Código de Processo Civil quanto o Estatuto da OAB são leis especiais, e em tal caso a antinomia se resolve em favor da lei posterior.

Alterada a titularidade, inadmissível se afigura, repita-se, aplicar à sucumbência recíproca o instituto da compensação no tocante aos honorários dos advogados, pois esses profissionais não são, simultaneamente, *devedores e credores,* e sim apenas *credores* dessa verba.

Como lembrado com inegável sabedoria,

> no exercício gratificante da arte de interpretar, descabe "inserir na regra de direito o próprio juízo – por mais sensato que seja – sobre a finalidade que 'conviria' fosse por ela perseguida" (Celso Antonio Bandeira de Mello – em parecer inédito). Sendo o Direito uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este àquele [...]. O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de escorreita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam conceito estabelecido com a passagem do tempo, quer por força de estudos acadêmicos quer, no caso do Direito, pela atuação dos Pretórios (BRASIL, 1994, p. 1).

No mesmo norte, outra lição que nos ministra o judicioso Lacerda (1983, p. 8), *verbis*:

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

O excelso Supremo Tribunal Federal, em sua condição de intérprete da *Lex Maxima*, por duas vezes assentou que os honorários de advogado têm caráter de verba alimentar. A primeira, ao examinar o RE n. 170.220-6-SP, do qual foi relator o culto Ministro Carlos Velloso, e a segunda, mais recentemente, em 14 de maio de 2008, por ocasião do julgamento do RE n. 470.407-DF, do qual foi relator o eminente Ministro Marco Aurélio de Mello.

Diz a ementa desse último julgado, *verbis*:

> CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTÍCIA – ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A definição contida no § 1º-A do artigo 100 Constituição Federal, de crédito de natureza alimentícia, não é exaustiva. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – NATUREZA – EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA. Conforme o disposto nos artigos 22 e 23 da Lei n. 8.906/94, os honorários advocatícios incluídos na condenação pertencem ao advogado, consubstanciando prestação alimentícia cuja satisfação pela Fazenda ocorre via precatório, observada ordem especial restrita aos créditos de natureza alimentícia, ficando afastado o parcelamento previsto no artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, presente a Emenda Constitucional nº 30, de 2000. Precedentes: Recurso Extraordinário nº 146.318-0-SP, Segunda Turma, relator Ministro Carlos Velloso, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 4 de abril de 1997, e Recurso Extraordinário nº 170.220-6-SP, Segunda Turma, por mim relatado, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 7 de agosto de 1998.

Assinale-se que o próprio Superior Tribunal de Justiça, por sua Corte Especial, curvou-se a esse entendimento *contrário* à aplicação da Súmula ao decidir os Embargos de Divergência em REsp. n. 724.158; o mesmo ocorreu no julgamento dos Embargos de Divergência n. 647.283, em 14 de maio de 2008.

É elucidativa, a respeito, a ementa do EREsp. n. 724158/PR, da relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 20 de fevereiro de 2008, *verbis*:

> Os honorários advocatícios, tanto os contratuais quanto os sucumbenciais, têm natureza alimentar. Precedentes do STJ e de ambas as turmas do STF. Por isso mesmo, são bens insuscetíveis de medidas constritivas (penhora ou indisponibilidade) de sujeição patrimonial por dívidas de seu titular. A dúvida a respeito acabou dirimida com a nova redação do artigo 649, IV, do CPC (dada pela Lei n. 11.382/2006), que considera impenhoráveis, entre outros bens, "os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal".

Firma-se pois que os honorários de advogado são verba alimentar até por interpretação de mandamento constitucional. Regra maior não há. Porém, é importante lembrar de outra determinação aplicável ao caso, extraída do artigo 373 do Código Civil de 2002, *verbis*:

> A diferença de causa nas dívidas não impede a compensação, *exceto*:
>
> I — se provier de esbulho, furto ou roubo;
>
> II — se uma se originar de comodato, depósito ou *alimentos*;
>
> III — *se uma for de coisa não suscetível de penhora* (grifo nosso).

Mais explícito é o comando emergente do artigo 1.707 do Código de 2002, *verbis*: "Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora".

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, com ressalva de respeitável corrente em sentido oposto, tem-se inclinado pelo descabimento da compensação da verba honorária em caso de sucumbência recíproca, como se verifica pelos seguintes arestos: Ap. Cív. n. 2009.024798-0, rel. Des. Cesar Abreu; Ap. Cív. n. 2008.069278-0, rel. Des. Edson Ubaldo; Ap. Cív. n. 2007.057663-4, rel. Des. Carstens Köhler; Ap. Cív. n. 2009.042104-3,

rel. Des. Subst. Stanley da Silva Braga; Ap. Cív. n. 2007.051119-5, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento; Ap. Cív. n. 2009.043006-6, rel. Des. Jorge Schaefer Martins; Ap. Cív. n. 2000.012807-4, rel. Des. Subst. Robson Luz Varella; Ap. Cív. n. 2009.050621-7, rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein; Ap. Cív. n. 2009.025042-0, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz; Ap. Cív. n. 2006.010487-0, rel. Des. Sérgio Heil; Ap. Cív. n. 2002.008974-0, rel. Des. Fernando Carioni; Ap. Cív. n. 2004.002871-7, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato; Ap. Cív. n. 2009.043405-7, rel. Des. Lédio Rosa de Andrade; Ap. Cív. n. 2009.015117-7, rel. Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva; e Ap. Cív. n. 2008.017413-4, rela. Desa. Rejane Andersen.

Essa mesma posição foi adotada pela colenda Quarta Câmara de Direito Comercial na Apelação Cível n. 2004.000825-2, da comarca de Lages, em reexame ditado por força do artigo 543-C do Código de Processo Civil.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, igualmente encontram-se vários julgados que decidiram pela inaplicabilidade da compensação da verba honorária nos casos de sucumbência recíproca: Ap. Cív. n. 70034761221, Des. Claudir Fidelis Faccenda; Ap. Cív. n. 70029873858, Des. Rui Portanova; Ap. Cív. n. 70030098495, Des. José Ataídes Siqueira Trindade; dentre outros.

O anteprojeto do novo Código de Processo Civil foi elaborado por uma plêiade de notáveis juristas sob a coordenação do Ministro Luiz Fux, nome dos mais representativos do Superior Tribunal de Justiça, e foi entregue há poucos dias ao Congresso Nacional, para a devida apreciação.

Trata-se de lei mais consentânea com a realidade institucional vigente e que por certo melhor se afeiçoa aos dias em que vivemos, com ênfase na celeridade e na efetividade da jurisdição. E o anteprojeto prevê, de

maneira expressa, descaber qualquer espécie de compensação no tocante a honorários, dado terem caráter alimentar.

Com efeito, o § 11 do artigo 73 do anteprojeto assim preceitua, *verbis*: "Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, tendo os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial".

Diante do entendimento do Supremo Tribunal Federal, do projeto do novo CPC e de tudo o mais que foi dito, ousa-se assentar que mesmo a angusta via do artigo 543-C do Código de Processo Civil não elide a possibilidade da reafirmação, em novo julgamento, da posição contrária à aplicação de dita súmula.

Esse é o entendimento, *verbi gratia*, a que chegou a colenda Câmara Especial Regional de Chapecó ao reexaminar os autos da Ap. Cív. n. 2008.069278-0, em voto da lavra do eminente Desembargador Edson Ubaldo, acompanhado, *nemine discrepantur,* pelos eminentes Desembargador Cesar Abreu e Desembargador Substituto Saul Steil, mantendo a decisão anterior pela inaplicabilidade da súmula mencionada.

Acerca da jurisprudência e sua mutabilidade, oportuna a lição de Calamandrei (1976, p. 74, tradução livre):

> Seria absurdo desejar que a jurisprudência, que por sua mutabilidade no tempo é a mais sensível e a mais preciosa registradora das oscilações mesmo leves da consciência jurídica nacional, fosse cristalizada e contida em sua liberdade de movimento e de expansão.

Não se desconhece, por evidente, a existência de corrente doutrinária respeitável, com alguma receptividade na jurisprudência e também

no Direito comparado[1], que sustenta ser mais adequada na fixação dos honorários a aplicação do princípio da causalidade.

Entretanto, *legem habemus* e nela se acolheu como critério para a fixação de honorários não o princípio da causalidade, mas, sim, o da sucumbência.

Ademais, ainda que adotado, *de lege ferenda*, por certo, o princípio da causalidade para a imposição da verba honorária, essa adoção, por si só, não alteraria a titularidade desses valores, vale dizer, os honorários continuariam a ser direito pessoal do advogado, dotados de natureza alimentar, insuscetíveis de compensação.

E surge a inevitável pergunta: o que se poderia fazer a respeito da compensação de honorários com o advento da Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça, que só aparentemente pacificou a questão?

Entende-se que se deveria proceder da mesma maneira como se procedeu, em outro episódio, com a Súmula 263 do STJ, de 8 de maio de 2002, que dispunha sobre a descaracterização do contrato de arrendamento mercantil em caso de cobrança antecipada do chamado Valor Residual Garantido – VRG. Aquele enunciado foi cancelado pela edição da Súmula 293. Após dois anos de recursos contrários à anterior, os eminentes ministros, em gesto de admirável grandeza, reviram seu pensamento e editaram nova ementa.

Se a Súmula 263 foi cancelada pela 293, certamente com bons argumentos, o mesmo, espera-se, irá acontecer com a Súmula 306, com o que se estará a fazer justiça, *suum cuique tribuere*.

Ao arremate: a Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça, rogada a indispensável vênia, incide em vários equívocos: a) ignora a existência de lei posterior e especial, que revogou lei anterior e geral, acerca da titularidade

1 *Zivilprocessordung*, §§ 91 e 92, e *Code de Procédure Civile*, artigos 130 e 131.

da verba honorária; b) aplica compensação à verba alimentar, que não a admite; c) suprime dos advogados o direito à percepção dos valores que a lei lhes assegura, e que têm caráter alimentar, repita-se; d) concede às partes, aos litigantes do processo, uma isenção de verba de sucumbência não prevista em lei.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 166.772-9, do Rio Grande do Sul, relator Ministro Marco Aurélio, Brasília, DF, 12 de maio de 1994, DJ 16-12-1994, p. 1.

CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile.* Nápoles: Opere Giuridiche, 1976. v. 2 e 3.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil.* Tradução de J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 3.

DESCARTES, René. *O discurso do método*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os pensadores).

ITÁLIA. *Codice civile e leggi complementari*. Roma: Stamparia Nazionale.

LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. *Ajuris,* Porto Alegre, ano X, n. 28, p. 8-14, jul. 1983.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva. t. 1.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*: parte geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.

A PENHORA *ON-LINE* COMO ALTERNATIVA À PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS

Mônani Menine Pereira*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Tutela jurisdicional executiva da obrigação alimentar. 3 Penhora *on-line* como alternativa à prisão. 4 Considerações finais. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Nas execuções de alimentos é corriqueiro perceber devedores que, embora em condições de adimplir a prestação alimentícia, furtam-se à ordem de segregação exarada valendo-se das conhecidas dificuldades da polícia em cumprir inúmeros mandados de prisão.

Aliás, mesmo a prisão não garante a efetividade da tutela jurisdicional, já que constitui apenas medida de coerção indireta à entrega da prestação pecuniária, de sorte que também não é incomum devedores que aquiescem em permanecer segregados em vez de pagar a dívida.

Na procura de meios alternativos, busca-se medida executiva que garanta ao credor a celeridade da tramitação da execução e assegure o contraditório e a ampla defesa do executado. A medida ainda deve alcançar a entrega da prestação pecuniária e prescindir, quando possível, da ordem de prisão do devedor.

* Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Cesusc, e Juiz de Direito em Santa Catarina.

É nesse cenário que se desenha o presente artigo, o qual, inspirado no princípio da efetividade da jurisdição, pretende estimular a discussão sobre o assunto e demonstrar que o sistema Bacen Jud pode ser utilizado como instrumento de medida executiva alternativa à prisão civil do devedor de alimentos.

2 TUTELA JURISDICIONAL EXECUTIVA DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Considerada a tutela jurisdicional como resultado a ser buscado, é possível uma análise das técnicas processuais colocadas à disposição pelo legislador. A ideia é compreender o tipo de tutela perseguida para que se possa definir, entre as técnicas oferecidas, a que irá conferir maior proteção ao direito material vindicado no processo.

No ponto, sobreleva a prestação de pagar verba alimentar, determinada em uma decisão condenatória que reconhece a existência da obrigação/dever e autoriza o credor a promover a execução para a satisfação do crédito.

É necessária uma breve retrospectiva histórica sobre esse tipo de decisão.

As sentenças condenatórias estavam atreladas ao direito das obrigações, no rol das prestações de dar, fazer e não fazer. "Inerte o réu, mesmo depois de eficaz a sentença, haveria ação de execução de sentença, obedecendo-se ao rito dos arts. 621 a 631 (obrigação de dar), ou 632 a 643 (obrigações de fazer e não fazer)" (PEREIRA, 2007, p. 677).

Com o advento da Lei n. 8.952/1994, que alterou o art. 461 do Código de Processo Civil (CPC), as sentenças que reconheciam a existência das obrigações de fazer e não fazer passaram a prescindir de um processo autônomo de execução para serem efetivadas. A Lei n. 10.444/2002, que

inseriu o art. 461-A no CPC, estendeu a disposição às obrigações de dar coisa distinta de dinheiro.

> Com isso, apenas as decisões que impunham a obrigação de pagar quantia permaneceram sujeitas ao regime de efetivação sine intervalo, isto é, passaram a exigir o ajuizamento de ação autônoma, de cunho executivo/satisfativo, para que pudessem ser efetivadas (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 335).

Finalmente, a Lei n. 11.232/2005 criou a fase de cumprimento da sentença (arts. 475-I a 475-R, todos do CPC) no mesmo procedimento, eliminando o processo autônomo de execução. Então, mesmo as sentenças condenatórias remanescentes (limitadas à obrigação de pagar quantia) passaram a dispensar a instauração de processo de execução de sentença.

Como sumariam Didier Júnior, Braga e Oliveira (2007, p. 335),

> atualmente, todas as decisões que impõem prestação (seja ela um fazer, não fazer, dar coisa ou pagar quantia) podem ser efetivadas sine intervalo, é dizer, podem ser executadas no mesmo processo em que foram proferidas, mediante a tomada de providências executivas numa fase complementar à fase de certificação do direito. Como já se viu no capítulo relativo à teoria da decisão judicial, isso fez ruir, no nosso sentir, a distinção que se fazia quanto ao conteúdo das decisões condenatória, mandamental, e executiva, podendo-se dizer que hoje são elas todas decisões condenatórias (em sentido amplo), na medida em que impõem uma prestação e autorizam a tomada de providências executivas em caso de inadimplemento do devedor. Permanece, contudo, o interesse prático em manter a divisão das decisões condenatórias em duas espécies, quais sejam, as decisões mandamentais e as decisões executivas, que guardam diferença quanto aos seus efeitos, tendo em vista que, nestas últimas, a providência prevista para a execução da obrigação imposta não conta com a participação do devedor, enquanto que naquelas ainda se conta com a sua participação.

É claro que as alterações acima referidas alcançam a obrigação alimentar fixada em sentença ou em decisão interlocutória, já que é indu-

vidoso o conteúdo condenatório da decisão que determina o pagamento da prestação pecuniária.

Sem embargo, considerando a natureza singular dos alimentos, é forçoso reconhecer que o legislador conferiu uma tutela executiva diferenciada à efetivação do crédito alimentar, quer na ótica da decisão que atende à pretensão da parte, quer no que diz respeito ao próprio procedimento.

Com efeito, se é necessária a adequação dos meios de obtenção da tutela jurisdicional às várias situações jurídicas substanciais possíveis, na questão dos alimentos percebe-se que o legislador foi generoso.

Além da execução que adota a medida de coação pessoal (art. 733 do CPC), permitem-se também o desconto em folha de pagamento (art. 734 e parágrafo único do CPC, e art. 16 da Lei n. 5.478/1968) e a via da expropriação (de bens — art. 732 do CPC, ou de aluguéis — art. 17 da Lei n. 5.478/1968).

Sedimentou-se, aliás, construção doutrinária e jurisprudencial que delimita a oportunidade de cada medida executiva.

Prestigia-se inicialmente a execução direta, que prescinde da colaboração do executado para a efetivação da prestação devida. O desconto em folha (art. 734 e parágrafo único do CPC, e art. 16 da Lei n. 5.478/1968) e a expropriação de aluguéis (art. 17 da Lei n. 5.478/1968) promovem uma substituição da conduta do devedor (entrega da verba alimentar) pela conduta de um terceiro.

Quando for inviável a satisfação do crédito pelas medidas de execução direta referidas, poderá o exequente optar pela coerção indireta (art. 733 do CPC) ou insistir em nova medida de execução direta (art. 732 do CPC – expropriação de bens).

No rito do art. 733 do CPC o legislador outorga meio coercitivo para a concretização da decisão que determinou a prestação alimentar pelo

devedor. Não se trata de providência satisfativa, mas executiva tipicamente mandamental, característica da execução indireta ou por coerção indireta, a qual tende apenas a pressionar psicologicamente o devedor a fim de que satisfaça a obrigação.

Se optar pela via da coação pessoal, o credor deve observar que o período de inadimplência segue tarifado pela jurisprudência. A sustentação está, em resumo, na urgência da prestação alimentícia inerente apenas à dívida presente e na excepcionalidade da segregação. Enfim, segundo a Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça, "o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo".

Finalmente, como as medidas coercitivas estão sujeitas ao insucesso na efetivação da decisão caso o devedor não se vergue à coerção, o ordenamento jurídico, reconhecendo que a coação pessoal pode revelar-se insuficiente (art. 733, § 2º, CPC), disponibiliza ao credor derradeira medida executória, adotando novamente a técnica de execução direta com a expropriação de bens do devedor (art. 732 do CPC), a qual enseja o uso da penhora *on-line*.

Assim, embora a prestação alimentar seja tipicamente pecuniária e determinada em uma decisão condenatória, na efetivação do crédito abre-se espaço para providências executivas alternativas com efeitos distintos, ora adotando-se as técnicas de execução direta ora de execução indireta.

Vale clarear a afirmativa.

Na sentença (ou decisão) que fixa os alimentos é possível determinar desde logo o desconto em folha. A mesma providência pode ser tomada na fase do cumprimento da sentença. E na impossibilidade do desconto, abre-se ao credor a via da expropriação. Em todos esses casos impõe-se ao réu/executado uma prestação acompanhada de uma medida coercitiva

direta, que será adotada caso ele não cumpra voluntariamente o que lhe foi imposto.

A decisão que determina a prisão do devedor de alimentos, por outro lado, é típica medida coercitiva indireta, porquanto a ordem de segregação atua na vontade do devedor de forma a compeli-lo a cumprir a decisão que determinou a entrega da prestação alimentar.

Assim, o sistema jurídico disponibiliza providências executivas distintas para a efetivação da obrigação alimentar determinada em uma mesma decisão condenatória. Mas não só. Permite também que se tomem as diferentes medidas executivas em um mesmo processo executivo.

É que, no rito do art. 733 do CPC, caso a justificativa seja acolhida ou o executado opte por cumprir os 60 (sessenta) dias da segregação e não pagar a dívida, o credor é instado a requerer o prosseguimento da execução na forma do art. 732 do CPC. Se for infrutífera a via da coerção indireta, prossegue a execução pela forma da coerção direta. Isso se dá não apenas em homenagem ao princípio da economia processual, mas por se reconhecer que a execução de alimentos é única, apenas se alternam as medidas executivas aplicáveis.

À vista dessa realidade, o que se defende agora é a adoção de medida coercitiva direta, a penhora *on-line*, imediatamente antes da coerção indireta.

Enfim, pretende-se, em determinada fase e circunstância do rito do art. 733 do CPC, que o juiz, mesmo por iniciativa própria, possa adotar medida coercitiva direta em antecipação e como alternativa à ordem de prisão do devedor (medida coercitiva indireta), ou seja, consultando o sistema Bacen Jud imediatamente antes de determinar a prisão civil do devedor de alimentos.

Reitere-se: a penhora *on-line* é defendida exclusivamente como medida alternativa à segregação. Só se dará nas hipóteses em que a decretação da prisão do devedor é inevitável, diga-se, quando o devedor não efetuar o pagamento integral da dívida e o julgador não acolher a justificativa, caso apresentada.

3 PENHORA *ON-LINE* COMO ALTERNATIVA À PRISÃO

Com a medida de utilizar a penhora *on-line* como alternativa à segregação, pensa-se em assegurar (quando possível) tanto que o credor receba a prestação pecuniária quanto que o devedor pague a dívida e não opte por cumprir a (ou fugir da) segregação, providência que só protela a entrega da prestação jurisdicional.

É certo que por muito tempo se entendeu que o juiz só poderia fazer uso dos meios executivos estritamente previstos na lei. O princípio da tipicidade, a par de controlar a atividade jurisdicional, conforme Marinoni (2004, p. 43), evitava que o julgador agisse arbitrariamente e garantia a liberdade ou a segurança psicológica do cidadão.

Contudo, o vetusto princípio, com viés nos valores do Estado Liberal, paulatinamente perdeu espaço para o princípio da concentração dos poderes de execução do juiz (MARINONI, 2006, p. 229) e atualmente, conforme lição de Didier Júnior, Braga e Oliveira (2007, p. 338), percebe-se

> uma tendência de ampliação dos poderes executivos do magistrado, criando-se uma espécie de poder geral de efetivação, que permite ao julgador valer-se dos meios executivos que considerar mais adequados ao caso concreto, sejam eles de coerção direta, sejam de coerção indireta.

O § 5º do art. 461 do CPC, pelo menos quanto às obrigações de fazer, não fazer e dar coisa distinta de dinheiro, já consagra o poder geral de efetivação, mercê de uma cláusula geral executiva (MARINONI, 2006, p. 231). Segundo Didier Júnior, Braga e Oliveira (2007, p. 339), "ao lançar

mão dessa cláusula geral executiva, o objetivo do legislador infraconstitucional foi o de municiar o magistrado para que possa dar efetividade às suas decisões".

Sobre o princípio da efetividade da jurisdição, Martins (2004, p. 91), inspirado na teoria dos princípios estruturantes fundamentais de Canotilho, afirma que

> se constitui como "princípio constitucional especial" densificador dos seguintes "princípios constitucionais gerais" da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: de inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Tais "princípios constitucionais gerais" estão relacionados com os princípios estruturantes da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Em complemento, e com vênias para seguir-se a lição, pode-se afirmar que o princípio da efetividade da jurisdição é concretizado pela regra constitucional que assegura o direito à celeridade no julgamento dos processos, sem indevidas dilações (art. 5º, inc. LXXVIII, da CF/88), a qual, por seu turno, obtém um maior grau de concretização e densidade, no ponto, pela cláusula geral executiva (art. 461, § 5º, do CPC), que assegura ao magistrado a adoção das medidas executivas necessárias à pronta efetivação da decisão judicial.

Com vistas na (re)aproximação das providências executivas adotadas nas decisões condenatórias, bem como na tutela diferenciada do processo executivo alimentar, que prevê as técnicas de execução direta e de execução indireta, é que se pode afirmar a aplicabilidade da cláusula geral de efetivação também na execução de alimentos.

Guerra (2003, p. 102) salienta o direito fundamental à tutela executiva, consubstanciado "na exigência de um sistema completo de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de

tutela executiva". Esse direito fundamental, segundo Didier Júnior, Braga e Oliveira (2007, p. 340),

> repercute na atuação judicial na medida em que o magistrado: (i) deve interpretar esse direito como se interpretam os direitos fundamentais, ou seja, de modo a dar-lhe o máximo de eficácia; (ii) poderá afastar, aplicado o princípio da proporcionalidade, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável/desproporcional à efetivação de todo direito fundamental; (iii) e tem o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral da tutela executiva, ainda que não previstos em lei ou com ela expressamente vedados.

A atividade jurisdicional, no que toca à utilização dos meios executivos adequados, não está imune de controle e de censura. Com efeito, se ao tempo em que era aplicado o princípio da tipicidade dos meios executivos o controle decorria do princípio da legalidade, o poder geral de efetivação é governado pelo princípio da proporcionalidade, "que tanto vai servir de controle para a escolha, pelo magistrado, da providência material destinada a tutelar o bem da vida, como para a escolha do meio executivo que objetiva implementá-la" (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 344).

É com substrato nesse poder geral de efetivação que se sugere a adoção de medida coercitiva direta em antecipação e como alternativa à medida coercitiva indireta, no caso a consulta ao sistema Bacen Jud imediatamente antes de se determinar a prisão civil do devedor de alimentos.

É impossível não referir que, se o princípio do resultado aponta que "é tão bem sucedida uma execução quanto entregue o objeto da prestação ou o direito reconhecido no provimento judicial" (ASSIS, 2007, p. 181), na busca do crédito alimentar o que interessa para o credor é a entrega da prestação pecuniária, não a prisão do devedor, que, como já dito, não é medida satisfativa.

Outrossim, a natureza singular dos alimentos e o objetivo da medida proposta justificam que o juiz efetive a penhora *on-line* ex officio.

É indiscutível que o crédito alimentar goza de um rol de prerrogativas próprias. Pode ensejar a prisão civil do devedor (art. 5º, inc. LXVII, CF/88), não se sujeita à ordem cronológica dos precatórios decorrentes de condenações de outra natureza (Súmula 655 do Supremo Tribunal Federal), é incessível, irrenunciável, imprescritível, impenhorável, incompensável, intransacionável e irrestituível.

De outro lado, com a penhora *on-line* não se busca apenas a garantia do juízo. Não. Pretende-se o uso de um meio executivo possivelmente mais adequado à solução da lide, porquanto a constrição de dinheiro (coerção direta) constitui medida satisfativa que garante a entrega do bem da vida perseguido pelo credor, ao passo que a prisão do devedor (coerção indireta) não assegura, plenamente, a satisfação do crédito alimentar, isso diante de uma possível renitência do executado, mesmo com o cumprimento da ordem de segregação.

No mais, adverte Martins (2004, p. 88) que "a idéia de paz social como escopo social do processo e da jurisdição exige do agente estatal encarregado de exercer a função jurisdicional atitudes que afastem a inércia e o conformismo".

Então, dispondo o julgador de meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação do crédito alimentar, que ainda podem ser manejados à vista do poder geral de efetivação, é injustificável não fazer uso de um instrumento que assegura ao credor o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Segundo Marinoni (2006, p. 231), "o direito à tutela jurisdicional efetiva exige que o juiz tenha poder para determinar a medida executiva adequada, afastando o princípio da tipicidade e consagrando o princípio da concentração dos poderes de execução do juiz".

Conforme lição de Zavascki (1999, p. 51), o Estado deve propiciar aos litigantes em particular e à sociedade em geral meios eficazes de exame da demanda, assim entendidos aqueles dotados da aptidão necessária a propiciar e garantir ao vitorioso a utilidade da sentença e a concretização prática e fática da tutela.

Considere-se ainda a proporcionalidade da penhora *on-line* como alternativa à decretação da prisão civil do devedor de alimentos.

O princípio da proporcionalidade é o exame da adequação da medida a ser adotada (se alcança a realização do objetivo pretendido ou conduz a ele), da necessidade dessa medida (só é necessária se não puder ser realizada outra medida que limite em menor intensidade o direito fundamental atingido) e da proporcionalidade em sentido estrito (é desproporcional quando os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido).

Uma medida (meio executivo) é considerada adequada (adequação) quando com ela se pode alcançar ou simplesmente fomentar a realização de um objetivo. No caso, o objetivo da consulta ao sistema Bacen Jud é a requisição de informações e o bloqueio de dinheiro em depósito ou aplicação financeira do executado para satisfação da execução alimentar.

A penhora *on-line*, efetivada pelo juiz em gabinete e com respostas no prazo aproximado de 48 horas, possibilita o expedito bloqueio e transferência de numerário existente na conta do devedor para satisfação do crédito. Conclui-se, portanto, pela adequação da medida nos termos exigidos pelo princípio da proporcionalidade.

Prosseguindo, tem-se que a adoção do meio executivo somente é necessária (necessidade) se não puder ser utilizado outro que restrinja em menor intensidade o direito do devedor.

O exame da necessidade é invariavelmente comparativo, uma vez que se devem cotejar medidas alternativas que, sendo também adequadas, poderiam ser adotadas, mas com uma restrição menor ao devedor. No caso, parece não demandar muito esforço deduzir que o meio executivo pretendido (coerção direta pela constrição do dinheiro com a penhora *on-line*) é claramente necessário, já que o outro, ou seja, a prisão do devedor (coerção indireta), a par de não entregar o bem da vida perseguido pelo credor, indiscutivelmente restringe em uma intensidade muito maior um direito fundamental do devedor, qual seja, a liberdade.

Por fim, deve ser considerada a proporcionalidade do meio executivo (proporcionalidade em sentido estrito), sopesando-se a intensidade da restrição do direito atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a medida.

É evidente que sobre os interesses financeiros do devedor prevalece o direito do credor de ver assegurada a satisfação de necessidades vitais, considerando-se, para tanto, que os alimentos relacionam-se ao direito à vida, à integridade física da pessoa e à realização da dignidade humana, de modo que proporcionam ao necessitado condições materiais de manter sua existência.

Aliás, o próprio ordenamento jurídico, por disposição constitucional (art. 5º, inc. LXVII, da CF/88), já outorga à prestação alimentar uma carga de preponderância sobre o direito à liberdade do devedor de alimentos, admitindo a prisão como medida coercitiva.

Conclui-se que a aplicação do meio executivo da expropriação pelo uso do sistema Bacen Jud, como alternativa à decretação da prisão civil do devedor de alimentos, é medida que rende homenagem ao princípio da proporcionalidade.

E como se pretende a aplicação da penhora *on-line* no bojo do rito do art. 733 do CPC, mais precisamente antes de se determinar a segre-

gação civil do devedor de alimentos, reconhece-se indispensável alguma adequação.

No ponto, após colhido o parecer do Ministério Público e sendo o entendimento do julgador a decretação da prisão do devedor de alimentos (art. 733, § 1º, do CPC), o processo é encaminhado ao contador para atualização do cálculo da dívida, a fim de lastrear-se a ordem de bloqueio a ser emitida pelo sistema Bacen Jud.

Com a conta, adota-se a rotina de gabinete referente às providências da penhora *on-line*, observadas algumas complementares conforme a resposta à ordem emitida com o protocolo no sistema.

Se a resposta é no sentido da inexistência de contas ou, caso existam, da inexistência de saldos para bloqueio, determina-se a prisão do devedor com a remessa dos autos ao cartório para expedição do mandado.

Sendo a resposta positiva de bloqueio integral, é efetivado o protocolo da ordem complementar, para transferência do valor à conta judicial e eventual desbloqueio do excesso. O processo então será encaminhado ao cartório tanto para que seja lavrado termo de penhora por ocasião do recebimento da comunicação da abertura de conta judicial (do depósito na subconta) como para que dele sejam intimadas as partes.

Já para a resposta positiva de bloqueio parcial, após o protocolo da ordem complementar para transferência, sustenta-se que o juiz deve determinar a prisão do devedor pelo remanescente. O processo então segue para o cartório tanto para lavratura do termo de penhora do valor parcial, com intimação das partes, quanto para expedição do mandado de prisão sobre o saldo remanescente da dívida.

A intimação das partes do termo de penhora possibilita a expedição de alvará para liberação do valor ao exequente ou ao executado, mas sem

prejuízo do cumprimento da ordem de prisão para a hipótese de penhora parcial.

De fato, prudente que a expedição de alvará ao credor seja feita somente após decurso de prazo (que poderá ser de 5 dias, forte no art. 185 do CPC) para manifestação do devedor, mesmo que não soe injustificada providência diversa (liberação do dinheiro ao exequente) à luz do parágrafo único do art. 732 do CPC.

É que se mostra factível que o bloqueio do numerário em depósito possa recair sobre conta salário do devedor, diga-se, sobre seus vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios ou montepios (art. 649, inc. IV, do CPC). Embora o disposto no § 2º do art. 649 do CPC seja explícito no sentido de que a regra da impenhorabilidade do salário não se aplica às dívidas alimentares, não se pode deixar de referir que a descoberta de conta salário pode ensejar a adoção das providências previstas no parágrafo único do art. 734 do CPC e no art. 16 da Lei n. 5.478/1968, ou seja, a imediata expedição de ofício ao empregador para o desconto em folha das prestações vincendas, sem prejuízo do prosseguimento da execução pelo rito do art. 733 do CPC em relação às prestações vencidas.

Outro ponto. A conta bancária objeto da ordem de bloqueio pode ser do tipo "conta conjunta" com terceira pessoa, o que até pode ensejar embargos de terceiro (art. 1.046, CPC), pelo que é viável admitir a resolução desse problema eventual por simples provocação do executado, franqueando-lhe a manifestação antes da liberação do dinheiro penhorado.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prisão civil do devedor de alimentos não é providência satisfativa, mas meio coercitivo para a concretização da prestação alimentar. Constitui importante medida que pressiona psicologicamente o executado para

que satisfaça a obrigação, mas não está imune às conhecidas dificuldades de cumprimento e à possibilidade de o devedor optar por permanecer preso em vez de pagar a dívida, o que inviabiliza a efetivação da tutela alimentar.

A relevância e a premência de efetivar sem atropelos o crédito alimentar autorizam uma análise crítica das técnicas processuais disponíveis. Percebe-se então que a tutela executiva dos alimentos é diferenciada, pois outorga ao credor, no mesmo processo executivo, o uso de medidas coercitivas diretas e indiretas para a entrega da prestação pecuniária. No rito do art. 733 do CPC, quando for infrutífera a via da coerção indireta, prossegue a execução pela forma da coerção direta prevista no art. 732 do CPC.

Pelo princípio do resultado, a execução alcança o desiderato proposto quando entrega ao credor o objeto da prestação ou o direito reconhecido no provimento judicial, que, no caso do crédito alimentar, representa a prestação pecuniária.

O poder geral de efetivação, por seu turno, garante ao juiz tomar as medidas executivas necessárias à pronta efetivação da decisão judicial, o que pode ser reconhecido ao se perceber que o sistema jurídico disponibiliza no mesmo processo executivo providências distintas para a concretização da obrigação alimentar determinada em uma decisão condenatória.

Com a medida coercitiva direta, a penhora *on-line*, imediatamente antes de se determinar a prisão civil do devedor de alimentos, sugere-se uma alternativa à segregação do devedor, a fim de assegurar que o credor receba a prestação pecuniária e que o executado pague a dívida e não opte por cumprir prisão ou dela apenas se furtar.

À luz do princípio da proporcionalidade, a penhora *on-line*, como alternativa à segregação do devedor de alimentos, é medida adequada para efetivar, de maneira expedita, o bloqueio e a transferência de numerário existente na conta do devedor para satisfação do crédito. A constrição do

dinheiro também é necessária, já que a prisão do devedor, além de não entregar o bem da vida perseguido pelo credor, restringe em uma intensidade muito maior outro direito fundamental. Finalmente, os interesses financeiros do devedor não podem prevalecer sobre o direito do credor de ver assegurada a satisfação das necessidades vitais.

A existência de medidas aptas a propiciar ao credor a efetivação da tutela jurisdicional exige do magistrado uma postura infensa à inércia e ao conformismo, impondo-lhe a adoção dos instrumentos que se revelem necessários à prestação integral da tutela executiva, mesmo que não estejam expressamente previstos na lei ou que impliquem em singela adequação do processo executivo, alteração essa que deve estar devidamente motivada nos autos e em conformidade com o princípio da proporcionalidade.

5 REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Bahia: JusPODIVM, 2007.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. In: _____ (Org.). *Execução civil*: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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

PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual de direito processual civil*: roteiros de aula: processo de conhecimento. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SILVA, Luiz Virgilio da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, abr. 2002, p. 23-50.

ZAVASCKI, Teori Albino. Os princípios constitucionais do processo e suas limitações. *Revista da Esmesc – Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis, v. 6, maio 1999, p. 49-58.

NOTICIÁRIO

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR SOUZA VARELLA NA TRANSMISSÃO DO CARGO DE PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA AO DESEMBARGADOR TRINDADE DOS SANTOS

"Por imposição legal prevista na legislação judiciária, competeme, ao entregar o cargo de Presidente do Tribunal de Justiça, apresentar relatório circunstanciado das atividades e atitudes da administração que se encerra. Cumpri com a obrigação ao enviar a todos e publicamente os dados estatísticos de toda ordem. Poupar-lhes-ei, pois, da leitura integral de números, datas e dados referentes ao período em que exerci a presidência, uma vez que publicados e com inteiro acesso a quem deles quiser conhecimento. Como decorrência das mais variadas razões, de todos conhecidas, dispensadas aqui e agora as respectivas explicitações, vi-me forçado a tomar medidas nem sempre simpáticas, como a controvertida Resolução n. 15, de 2009, do Gabinete da Presidência, e outras mais de contenção, sobre as quais assumi e assumo a única e inteira responsabilidade, mas que resultaram, mercê de Deus e do integral apoio dos Excelentíssimos Senhoras e Senhores Desembargadores, benéficas às atividades atinentes à administração da Corte. Em nada me arrependo do que foi feito porque o foi cuidadosa e escrupulosamente pensado e analisado em estrita obediência aos princípios constitucionais da razoabilidade, legalidade, publicidade e respeito à coisa pública. Creio ter exercido com ilibada conduta a honrosa função que Vossas Excelências me outorgaram e em tudo contribuíram para o seu exercício. Sempre procurei agir com equilíbrio e sobriedade, principalmente com discrição e recato, na utilização dos recursos financeiros e na distribuição dos deveres funcionais. Devo ressaltar, com inescondível satisfação, o excelente relacionamento harmônico, independente e sobretudo intensamente amistoso que tive com o Excelentíssimo Senhor

Governador do Estado, Doutor Luiz Henrique da Silveira, com o Excelentíssimo Senhor Presidente da augusta Assembleia Legislativa, Deputado Jorginho Mello, com o Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Contas, Conselheiro José Carlos Pacheco, com o Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça, Doutor Gercino Gomes Neto e Doutor José Eduardo Orofino da Luz Fontes, e com os Excelentíssimos Senhores Doutores Paulo Roberto Borba e Waltoir Menegotto, Presidente e Secretário-Geral da Seção de Santa Catarina da Ordem dos Advogados do Brasil, respectivamente, aos quais sou muitíssimo grato por todas as deferências de que fui alvo. Por derradeiro, não me é permitido furtar do conhecimento dos Excelentíssimos Senhores Magistrados de ambos os graus o trabalho hercúleo, profícuo e dedicado do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito Doutor Luiz Felipe Schuch à frente da Coordenadoria de Magistrados e do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito Doutor Romano Enzweiler, dedicadíssimo, competente e desinteressado, a quem solicitei auxílio na administração das finanças do Tribunal de Justiça. Aos ilustrados diretores dos diversos departamentos da Casa rendo as minhas homenagens, e por ser extenso o rol o faço na pessoa do Ilustríssimo Senhor Diretor-Geral Administrativo Doutor Ari Schurhaus. Senhoras e Senhores Desembargadores, no momento que talvez seja o apogeu de meus 67 anos de idade e 44 de profissão, perdoem-me a concisão, mas, como sabem, ela faz parte de minha personalidade, a Vossas Excelências apresento a manifestação de minha profunda gratidão, não só por me terem guindado a esta presidência, mas, acima de tudo, por terem de maneira incondicional prestado a colaboração e auxílio sem os quais não me teria sido possível executar o honroso encargo. Conheço o trabalho de todos e de cada um, o que me faz ter o orgulho de dizer, afastando-me da modéstia, que considero o Poder Judiciário de Santa Catarina como o mais brilhante engaste na coroa das instituições republicanas. À minha família, no nome de Zuleika Maria, peço desculpas pelos dissabores causados por minha inteira dedicação ao Tribunal de Justiça. Às cidades de Joaçaba, Herval d'Oeste e Luzerna digo

que penso ter honrado o nome que nelas meu pai Antonio Nunes Varella me legou. Rogo a Deus, através de meu protetor o Santo Antonio dos Anjos de Laguna, que nos dê a todos saúde e longa vida. Excelentíssimo Senhor Desembargador José Trindade dos Santos: em março de 2008 tive o prazer de receber das mãos de Vossa Excelência a presidência do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina. Hoje, com igual ufanismo, transmito-lhe a presidência do egrégio Tribunal de Justiça do Estado. A sua reconhecida retidão de caráter e incontestável idoneidade de princípios e de propósitos dispensam maiores considerações. Transmito-lhe o cargo com a certeza e a tranquilidade de que o faço não como alívio mas com a vaidade própria de quem sabe que foi correto, justo, e não perfeito, porque a perfeição é exclusiva do Grande Arquiteto do Universo, mas feliz por transmiti-lo a tão honrada pessoa, a quem tributo a mais alta consideração, além da sincera amizade que nos liga de longa data. A Vossa Excelência, sua excelentíssima esposa e dignos filhos, meus efusivos cumprimentos. Idênticas palavras, e para não incidir no repetitório, dirijo aos eminentes desembargadores que tomarão posse nos respectivos cargos, Suas Excelências Desembargadores José Gaspar Rubik, Solon d'Eça Neves, José Mazoni Ferreira, Antônio do Rêgo Monteiro Rocha e Cesar Mimoso Ruiz Abreu. Muito obrigado."

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR JOSÉ TRINDADE DOS SANTOS POR OCASIÃO DE SUA POSSE NO CARGO DE PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

"Excelentíssimo Senhor Doutor Luiz Henrique da Silveira, Digníssimo Governador do Estado de Santa Catarina; Excelentíssimo Senhor Doutor Gercino Gerson Gomes Neto, Digníssimo Procurador-Geral de Justiça de Santa Catarina; Excelentíssimo Senhor Doutor Paulo Roberto de Borba, Digníssimo Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Secção de Santa Catarina; Excelentíssimas Senhoras Desembargadoras, Excelentíssimos Senhores Desembargadores, demais autoridades aqui presentes, Senhoras e Senhores. Honra-me assumir a presidência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sucedendo o culto Desembargador João Eduardo Souza Varella, cuja administração demarcou-se pela competência e pelo largo tirocínio que é inerente a Sua Excelência. O período administrativo que se encerra foi cingido por inúmeras realizações e avanços, e o princípio da continuidade há que ser observado, até porque indispensável às atividades do serviço público judiciário. Estou cônscio da imensa responsabilidade que terei de enfrentar no biênio que hoje se inicia, mas tudo farei para dignificar o cargo, a exemplo do que fizeram todos os que nessa árdua missão me precederam. Nos próximos dois anos serei o porta-voz da vontade desta Corte, fazendo respeitar suas tradições e não economizando esforços para contribuir, com a ajuda dos meus pares, para que o Judiciário seja cada dia mais forte e independente. O respeito e a independência não excluem, de modo algum, uma convivência harmônica e de total cooperação com os demais Poderes constituídos – o Executivo e Legislativo –, com o Tribunal de Contas do Estado, Ministério Público, Ordem dos Advogados do Brasil – Subseção

de Santa Catarina, Justiça Federal e do Trabalho, Justiça Eleitoral, Tribunais Superiores e Conselho Nacional de Justiça. Com a Associação de Magistrados, as Associações e Sindicatos de Servidores, interlocutores sempre presentes e essenciais a uma boa Administração, pretendo manter diálogos respeitosos, que visem à solução das questões comuns e mais prementes. Inquestionavelmente, a solidez e a confiabilidade das instituições políticas é que dão sustentação ao Estado Democrático de Direito, constituindo a garantia da liberdade individual e da efetiva tutela dos direitos humanos. Incumbe-me, pois, não só defendê-las e valorizá-las, mas, também, aprimorá-las sempre, de forma que cumpram a missão constitucional que lhes orientou a criação, independentemente das pessoas que as integram. Faço minhas as palavras do escritor e jornalista Luiz Felipe d´Ávila: 'o desenvolvimento gradual das instituições é o único meio de fortalecer a democracia e preservar a liberdade'. Embora fortes, as nossas instituições políticas têm, nos dias atuais, a sua credibilidade afetada, crise essa que pode e deve ser afastada através do indispensável resgate do respeito à Lei e ao Direito, porquanto, segundo o imortal Norberto Bobbio, 'numa república democrática, o governo é das leis e não dos homens'. Por isso, o Judiciário, a fim de minimizar a crise que assola o Estado de um modo geral, vem tentando dia após dia, administração após administração, remodelar-se e adequar-se aos novos tempos. Pouco a pouco, dando continuidade a uma administração austera e eficiente, o Poder Judiciário catarinense terá, se Deus assim o permitir e todos nós estivermos imbuídos dessa grande responsabilidade, condições de atingir suas metas de prestar uma jurisdição ágil, transparente e eficaz. Não é dado olvidar que o poder político-jurídico do Tribunal resulta — e multiplica-se — da afirmação da supremacia da nossa Lei Maior e de seus princípios, e cabe a ele, com a participação de todos os seus integrantes, estabelecer e garantir na prática e no âmbito deste Estado o reinado da liberdade e dos direitos fundamentais, para a concretização dos anseios do nosso povo. 'Debaixo da ponte da Justiça', como disse Calamandrei, 'passam todas as dores, todas as misérias,

todas as aberrações, todas as opiniões políticas e todos os interesses sociais. [...] Justiça é compreensão, isto é, abarcar e conciliar interesses opostos: a sociedade de hoje e as esperanças de amanhã'. Porém, para que se alcance esse desiderato, é imprescindível uma ampla modificação da cultura hoje imperante, que, tolhendo a celeridade processual, obstaculiza a solução dos litígios em prazo razoável. E como ressaltou o notável Francesco Carnelutti: 'O tempo é um inimigo do direito, contra o qual o juiz deve travar uma batalha sem tréguas'. O maior obstáculo à rápida tramitação dos feitos localiza-se, conforme demonstram as estatísticas, na primeira instância, em que pese o trabalho incessante e estoico dos nossos valorosos magistrados. Para tanto, entendo, os magistrados e servidores devem ser municiados de instrumentos que os capacitem a uma mais célere prestação jurisdicional, a responder com presteza aos anseios da sociedade. E isso por uma nova ótica, tendo em mente o pensamento do celebrado Fernando Pessoa, de que 'Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas que já têm a forma do nosso corpo. E esquecer os nossos caminhos que nos levam aos mesmos lugares. É o tempo da travessia e, se não ousamos fazê-la, teremos ficado para sempre à margem de nós mesmos'. O aperfeiçoamento da Justiça é um imperativo de sobrevivência, num quadro em que o mundo globalizado se moderniza a cada instante. O intenso desenvolvimento tecnológico com que convivemos e as crescentes necessidades sociais que se avolumam projetam novas relações jurídicas, que criam interesses dos mais diversificados matizes e que, quando não solucionadas, ascendem ao Judiciário por força de mandamento constitucional. Por isso, há que apostar e investir de modo mais enfático e com urgência na completa virtualização do Judiciário, na revitalização dos seus setores mais significativos, com uma nova gestão profissional e com o comprometimento de todos os servidores e magistrados. O Processo Judicial Digital, também conhecido como a *Justiça sem papel*, atenderá, entendo, ao anseio de uma Justiça ágil, que é perseguida por todos os julgadores. É, sem nenhuma dúvida, um dos caminhos para o

aperfeiçoamento da Justiça e para uma sociedade mais democrática. Não é mais admissível, nos dias atuais, com o avançar da informática, quando é possível transmitir 300 anos de um jornal, que corresponde a todas as edições do New York Times, em um segundo, que os juízes ainda tenham de dedicar grande parte de seu tempo a tarefas burocráticas e despachos de mero expediente. Não é compreensível que, enquanto a tecnologia disponibiliza meios para gravar 16 horas de áudio em um único CD, os arquivos forenses e os próprios processos continuem entulhados de papéis, de cópias de documentos em duplicidade etc. De outro lado, há que tornar a Justiça mais e mais envolvida com os processos de cunho social, resgatando, de forma mais abrangente, a proteção à infância e à juventude, com foco especial nos direitos humanos, com a criação de unidades especializadas, se possível em ambos os graus. Não é mais admissível que o Judiciário dê uma primazia quase que total aos direitos econômicos, relegando a um plano secundário, na maioria das vezes, as questões sociais. A viabilidade dessas metas e de outras depende essencialmente do aumento da estrutura do Judiciário, com a implantação de novas unidades jurisdicionais especializadas, o aumento do corpo funcional e, principalmente, do número de julgadores de primeiro grau e do próprio Tribunal; penso ser o momento de planejar a criação de, pelo menos, mais dez cargos de desembargador. Meu compromisso é buscar o melhor para o Judiciário catarinense, sempre lembrando os dizeres de Mário Sérgio Cortella, para quem 'uma sociedade como a nossa não merece que se fique no possível. É preciso ir atrás do melhor, prevalecendo a ideia de fazer o melhor, isto é, procurar aquilo que aperfeiçoa o que pode ser feito'. Não poderia deixar de situar, no mundo contemporâneo, o valor da Solidariedade, como um dos grandes valores jurídicos. Só se é solidário, obviamente, com o próximo. Quando se fala em união de esforços para a consecução de determinada meta, temos em mente todos os operadores jurídicos – o bem coletivo está muito acima de nossos interesses individuais! Para que haja a paz (sem alusão ao sentido de paz interior, mas a paz

coletiva, aquela que busca o bem comum e da qual o Poder Judiciário necessita para alcançar seus objetivos), é mister a existência de pelo menos duas pessoas. A solidariedade pressupõe, portanto, muito mais do que o sentimento de fraternidade, principalmente a certeza de que um só não opera – a união faz a força! Seria injusto de minha parte se apenas recebesse, nesta vida, sem procurar repartir. O estudo e o fato de ter sido criado em uma família alicerçada no respeito e no amor foram um privilégio a poucos concedido no nosso sofrido País. Portanto, a responsabilidade de dirigir os destinos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina trata-se, para mim, de pagar também, de certa maneira, a dívida contraída com a sociedade catarinense. Minha promessa maior é aquela que faz parte do meu caráter, por todos conhecido: ética, que deve ser iluminada pela razão e fomentada pela prática da virtude. Essa promessa faço questão de cumprir. Fica o compromisso de Milton Nascimento, ao dizer: 'Quero a utopia, quero tudo o mais, quero a felicidade dos olhos de um pai, quero a alegria, muita gente feliz, quero que a Justiça reine em meu País'. Conclamo, dessa forma e com muita humildade, todos os magistrados e servidores para que, juntos, possamos administrar o Tribunal de Justiça no biênio 2010/2012, e, com fé na bondade humana e na Justiça Divina, caminhar para a construção de uma nova sociedade, mais justa, fraterna e solidária. De modo especial, parabenizo todos os que, a partir do dia de hoje, exercerão também o comando do destino do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no biênio que se inicia: os Excelentíssimos Senhores Desembargadores José Gaspar Rubik, José Mazoni Ferreira e Antônio do Rêgo Monteiro Rocha, que assumem, respectivamente, os cargos de Primeiro, Segundo e Terceiro Vice-Presidente, além dos Excelentíssimos Senhores Desembargadores Solon d'Eça Neves e Cesar Augusto Mimoso Ruiz Abreu, como Corregedor e Vice-Corregedor-Geral da Justiça. A Suas Excelências, votos de feliz e profícua gestão. Para eles e para seus familiares este dia é também festivo e memorável. Ao encerrar, agradeço a todos que, ao longo da minha carreira, concorreram, com palavras, gestos, compreensão, estímulo, exemplo e,

também, com amizade, para que o acontecimento de hoje se tornasse realidade. Minha eterna gratidão a todos os meus assessores, capitaneados pela Doutora Riza Quaresma Butter, minha Secretária Jurídica, pela competência e lealdade que sempre me dedicaram. Da mesma forma, agradeço a dedicação, o carinho e a lealdade que tiveram comigo todos os servidores da egrégia Corregedoria-Geral da Justiça, principalmente os Juízes-Corregedores Doutores Soraya Nunes Lins, Júlio César Ferreira de Mello, Dinart Francisco Machado, Volnei Celso Tomazini e Osmar Mohr. Igualmente, agradeço à minha única irmã, Joanita Cordeiro Aune, à minha sogra, a meus cunhados, sobrinhos e demais familiares, pelo apoio que me deram e pelo carinho que comigo sempre tiveram. E não poderia deixar passar este momento sem reverenciar a memória de meus pais, Francisco Vitor dos Santos e Olímpia Cordeiro dos Santos, que, certamente, aqui estão em espírito e, tenho certeza, felizes com este ato. À minha esposa, Evanir, aos meus filhos, Eduardo, Bianca e Bernardo, sustentáculos dos meus anseios e angústias, e às noras, Nádia Inês Schmidt e Dayane Bortolon, todo o meu amor e carinho. Incluo nesta minha homenagem o pequeno Francisco, meu único neto, pelo sentido novo que deu à minha vida, fazendo-me ver o mundo com mais esperança ainda e fortalecendo a minha crença em um futuro melhor. Agradeço, também, às dignas autoridades que aqui compareceram, acrescentando brilho e prestígio a esta solenidade. Por derradeiro, a Deus, além de agradecer tudo o que recebi até hoje e por certo muito mais do que merecia, rogo que me ilumine, inspire e proteja, dando-me saúde e força para que todos os meus atos revertam em benefício não só desta Casa como de toda a sociedade catarinense. A todos os presentes, o meu muito obrigado."

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR RICARDO FONTES EM SAUDAÇÃO AO DESEMBARGADOR EMPOSSADO RODRIGO ANTÔNIO DA CUNHA

"Senhor Desembargador Presidente, Senhoras e Senhores Desembargadores e demais autoridades presentes. Inicialmente, Sr. Presidente, gostaria de registrar minha satisfação pelo fato de ter sido escolhido para representar esta Corte na presente solenidade. Tal benesse, acredito, foi-me concedida pela circunstância de conviver com o nosso homenageado desde a adolescência. É uma longa história, que começou no ano de 1972, quando o Desembargador Rodrigo, vindo de Blumenau, foi estudar no Colégio Catarinense, um ano à minha frente, e por meio de amigos comuns nos conhecemos. No ano de 1974, no Curso de Direito da UFSC, voltamos a conviver, e lá reencontrei o amigo de 1º ano primário Nelson Juliano Schaefer Martins e conhecemos os acadêmicos Jaime Ramos e Jânio Machado, hoje integrantes desta Casa. Foram cinco anos de agradável convívio; depois da formatura, perdemos o contato, já que o Desembargador Rodrigo foi residir e trabalhar em Curitiba/PR. O tempo e a distância, porém, não afastam os verdadeiros amigos, e, quando fui aprovado no concurso de ingresso à Magistratura, recebi agradável telefonema no qual, além de cumprimentar-me, o Desembargador Rodrigo manifestou sua intenção de prestar igual certame. É interessante, Desembargador Rodrigo, que, apesar de termos fortes ligações com a carreira jurídica, Vossa Excelência, por seu pai, o saudoso Juiz Calixtrato Antônio Ferreira da Cunha, e eu por meu avô, Desembargador Henrique da Silva Fontes, e por meu pai, José da Luz Fontes, integrante do Ministério Público, nunca, em nossas conversas, aventamos a possibilidade e o eventual interesse em seguir tais destinos. Em setembro de 1981, oportunidade em que me preparava para deixar a comarca de Xanxerê, na qualidade de Juiz Substituto, tive a honra

de receber o eminente colega, que se preparava para assumir a comarca de Abelardo Luz, em substituição. Foi nossa única convivência na judicatura de primeiro grau. Tal fato, contudo, não impediu que eu acompanhasse sua carreira digna, correta, de muita aplicação e estudo, o que culminou com sua remoção para o cargo de Juiz de Direito de Segundo Grau, e, por obra do destino e alguma influência humana, veio a se somar a mim e aos eminentes Desembargador Salim Schead dos Santos e Desembargadora Marli Mosimann Vargas na Primeira Câmara de Direito Comercial. Lá, há quase dois anos venho acompanhando o Magistrado preparado, maduro, sereno, preocupado com a qualidade dos julgados e a repercussão de nossas decisões. Conforme brincamos na Câmara, aquele Magistrado de sublinhados e de negritos deu lugar a outro, de estilo clássico, de cuidados, como poucos, com o estilo e o vernáculo. Excelência, desejo-lhe saúde e persistência para que, no exercício do cargo de Desembargador, continue a demonstrar todas as suas qualidades pessoais e de Julgador, para que possamos manter a honra e a memória de todos aqueles que fizeram deste Tribunal uma casa de respeito nacional. Não posso encerrar essas breves palavras sem lançar meus sinceros cumprimentos e homenagens à sua esposa Regina, companheira de todas as mudanças, a seus filhos Raphael, Alessandra e Gabriela, e à sua netinha Giovana. Que o Dr. Calixtrato e a Sra. Neide, seus pais, do privilegiado local onde se encontram, o abençoem. Mais uma vez, parabéns e sucesso."

DISCURSO DE POSSE DO DR. RODRIGO ANTÔNIO DA CUNHA NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

"Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente deste egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em cujo nome saúdo todas as autoridades constituídas presentes a esta solenidade. Excelentíssimas Senhoras Desembargadoras e Excelentíssimos Senhores Desembargadores, colegas Juízes, dignos representantes do Ministério Público, minhas Senhoras, meus Senhores. Agradeço, inicialmente, e extremamente lisonjeado, todas as referências elogiosas que me foram dirigidas pelo honrado colega e, acima de tudo, amigo de longa data, o eminente Desembargador Ricardo Fontes, que, com sua costumeira bondade, em nome desta egrégia Corte de Justiça, saúda meu acesso, após longa jornada, a este Pretório Catarinense. Nada obstante tomado de extrema felicidade por este momento, quando ascendo ao ápice da carreira da magistratura estadual, mas plenamente consciente de que não ostento a qualidade de tribuno, o que não me assegura o direito de cansá-los com perorações maçantes e desnecessárias, prometo-lhes que serei breve, quando não conciso, em meu pronunciamento. Em 4 de abril do já longínquo ano de 1968, ou seja, há mais de 41 anos, para gáudio de toda a família, meu saudoso pai, juntamente com outros quatro concorrentes, foi aprovado em concurso público para ingresso na Magistratura Catarinense, sempre salientando, contudo, que, por contar à época com 43 anos de idade, ao passo que seus demais colegas contavam com pouco mais de 25 anos, não nutria a expectativa de fazer toda a carreira. Veio a ser lotado, como Juiz Substituto, na circunscrição judiciária sediada na comarca de Indaial, que compreendia, além da comarca sede, as comarcas de Timbó e Ibirama. A partir de então, com a mudança de toda a família para a cidade de Blumenau, por não haver

em Indaial casa disponível para locação, durante o período de férias escolares, contando à época com 15 anos de idade, passei a acompanhar papai diariamente em seus deslocamentos às três comarcas, onde, confesso, embevecido, presenciava o desenrolar das atividades forenses que eram desenvolvidas por um magistrado no exercício de suas funções, o que, mesmo num curto período de três anos de duração, com seu súbito e precoce falecimento, ainda assim calou fundo em meu íntimo e permaneceu latente, e veio à tona já no ano de 1974, quando, logrando êxito em vestibular para o curso de Direito da UFSC, tendo como colegas de turma os hoje eminentes Desembargadores Ricardo Orofino da Luz Fontes, Nelson Juliano Martins, Jaime Ramos e Jânio Machado, desde logo direcionei os meus estudos à carreira da magistratura. Preocupado com o enorme desafio que o exercício da judicatura apresentava e ainda hoje apresenta a um novel formando, após a colação de grau ao término do ano de 1978, no intuito de colocar em prática os conhecimentos acadêmicos do Direito, entendi por bem e como necessária a militância na advocacia, o que o fiz na cidade de Curitiba, no vizinho Estado do Paraná, nos dois anos que se seguiram. Aprovado em concorrido certame, em 16-9-1981, fui empossado no cargo de Juiz Substituto, juntamente com meus nove colegas, dentre os quais os eminentes Desembargadores Sérgio R. Baasch Luz, Salim Schead dos Santos, Hilton Cunha Júnior e Jaime Vicari, e lotado na comarca de Xanxerê, para atendimento às comarcas de São Domingos e Abelardo Luz. Passei a residir nesta última e lá permaneci por aproximadamente três anos, pois, tão logo sabedor de minha aprovação no concurso, prometi, de forma solene, a mim mesmo que, se a função precípua do magistrado é a realização da justiça, dirimindo litígios, e se não a quantidade mas, acima de tudo, a complexidade de tais litígios se avantaja na mesma proporção da sociedade organizada perante a qual o magistrado realiza a entrega da prestação jurisdicional, o avanço na carreira para as entrâncias superiores poderia, perfeitamente, ficar para segundo plano, até que eu abeberasse conhecimento suficiente para o enfrentamen-

to de desafios maiores. A fidelidade em honrar tal compromisso se de um lado implicou, por uma questão de opção pessoal, em jamais haver sido promovido para quaisquer das quatro entrâncias pelo critério de merecimento e, ainda, em uma longeva carreira, de outro não me traz nenhum tipo de arrependimento, porquanto, mesmo não ostentando em meu currículo a realização de cursos de pós-graduação, mestrado ou doutorado, tenho a mais absoluta certeza de que, por vocação e, quando não, elevada carga de altruísmo, desde o meu ingresso na carreira, não só ofertei à judicatura, na qual investido, meu tempo integral, com dedicação exclusiva, como também, e o que é melhor, ao longo de todo o processo de maturação na carreira, logrei êxito em adquirir o indispensável conhecimento jurídico destinado à resolução dos conflitos que envolvem as relações interpessoais, não sem antes vir a compreender, e, confesso, a duras penas, que a virtude da tolerância, por antinomia da prepotência e da soberba, em nada se confunde com a leniência ou mesmo com a subserviência, estas sim afrontosas aos princípios morais trazidos por mim de berço! Pois bem, dito isso percebo, uma vez mais, que o destino nos prega verdadeiras peças e quis que, no último dia 19-9-2009, ao completar vinte e oito anos de ingresso nos quadros da magistratura, lapso temporal pouco superior à metade de minha existência, por deliberação unânime dos eminentes Desembargadores presentes à sessão do Tribunal Pleno, findei por ser promovido, pelo critério de merecimento, ao honroso cargo de Desembargador desta egrégia Corte de Justiça, cargo este vago em decorrência da aposentadoria do culto Desembargador Antônio Fernando do Amaral e Silva, coincidentemente, um dos quatro jovens, dentre os quais também figurava o eminente Desembargador Francisco José de Oliveira Filho, ex-presidentes deste Sodalício cujos nomes, juntamente com o de meu saudoso pai, constavam no Edital n. 10/68, publicado no DJE/SC de 4-4-1968, como aprovados em concurso de ingresso à magistratura há mais de quatro décadas. Não me move, absolutamente, qualquer traço de vaidade pessoal pelo fato de passar a ocupar o honroso cargo de Desembar-

gador deste egrégio Tribunal de Justiça. É certo, isso sim, que a circunstância de alcançar o ápice da carreira como um dos pares de verdadeiros próceres do Direito que integram e já integraram esta respeitada Corte de Justiça é motivo de grande orgulho, não só para mim mesmo como também para todos os meus familiares, em especial à minha esposa, Regina, aos meus filhos Raphael, Alessandra e Gabriela, aos quais rendo meu tributo de eterna gratidão por todo o sacrifício que lhes foi imposto, participando, desde o início, de um projeto de vida meticulosamente elaborado, pois o caminho trilhado ao longo destes últimos 28 anos ininterruptos, confesso-lhes, foi extremamente árduo, por vezes até tempestuoso, mas, quando se tem presente a certeza do dever cumprido, o saldo final é sempre positivo. Também não posso deixar de agradecer o sempre prestimoso auxílio que me foi prestado, ao longo desta longa jornada, por todos os meus verdadeiros amigos, independentemente de suas qualificações profissionais ou posição social; pelos servidores, serventuários e auxiliares da justiça sem cuja dedicação, nas comarcas e unidades jurisdicionais pelas quais passei, não lograria êxito na árdua missão de distribuir a justiça que me foi confiada; pelos brilhantes e operosos colaboradores no segundo grau, dentre os quais destaco a Sra. Renata de Abreu, firme timoneira de gabinete que, nada obstante haver dado à luz seu primeiro rebento há menos de dez dias, ainda assim se faz presente a esta solenidade. Não posso me furtar a agradecer, ademais, aos honrados advogados e aos dignos representantes do Ministério Público com os quais me relacionei ao longo de todos estes anos. Agradeço ainda, em especial, aos colegas magistrados, tanto ativos quanto inativos, cujos nomes, contudo, abstenho-me de declinar, com o fito único de não cometer eventual injustiça, por todo o apoio e solidariedade que me foram dispensados nos momentos de turbulência e dos quais muitas lições de vida tirei, rogando a todos, indistintamente, minhas sinceras escusas por eventuais destemperos. Por derradeiro, só me cumpre lastimar o fato de não mais poder dividir, pessoalmente, toda a felicidade de que sou tomado nesta ocasião com entes queridos

como meu saudoso pai e amada mãe, que quis o Senhor saboreassem o néctar desta árdua conquista já do Olimpo onde se encontram acomodados, quiçá refestelados, pois que eles, na realidade, são os legítimos e verdadeiros laureados. Rogo a Deus me auxilie no desempenho desta nova etapa de minha vida, pois sabedor tratar-se de uma árdua tarefa. Muito obrigado a todos."

DISCURSO PROFERIDO PELO DES. EDSON UBALDO POR OCASIÃO DO 118º ANIVERSÁRIO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

"A noção de Justiça começou a ser formada a partir do momento em que o ser humano conseguiu desenvolver o extraordinário dom de pensar e, supostamente, se tornou *sapiens*. A disputa pela posse e a propriedade dos utensílios, das armas de caça e dos territórios ocupados pelos primeiros ajuntamentos sociais, tornou imperativo o estabelecimento de uma ordem de convivência, subordinada à autoridade do chefe, que impunha normas e aplicava sanções. Nascia, assim, o Poder Jurisdicional, aplicado segundo os costumes de cada grupo, mas sempre, em maior ou menor grau, marcado por métodos cruéis de tortura ou morte. Era o arbítrio em sua mais odiosa forma, que acompanha a humanidade desde suas mais priscas eras e que ainda se faz presente em muitos países. Os romanos marcaram seu império pela busca contínua do aperfeiçoamento do Direito e da Justiça – tanto é verdade que alguns dos mais sólidos institutos jurídicos, até hoje aceitos e aplicados, foram por eles concebidos. Em todas as sociedades, inclusive na romana dos primeiros tempos, os devedores inadimplentes pagavam suas dívidas com a própria vida ou com a liberdade pessoal, através de trabalho escravo prestado aos credores. Entretanto, no ano de 428 a.C., o pretor Rutilius Rufus editou a Lex Poetelia Papiria, logo seguida da Lex Julia, pelas quais foi banida a execução pessoal e somente o patrimônio do devedor poderia ser alvo de constrição, o que constituiu um marco histórico na evolução do Direito. Pouco antes do nascimento de Cristo, o Imperador Otávio Augusto determinou que a Justiça, até então exercida em caráter privado, passasse a ser uma atividade exclusivamente estatal. Esse conceito foi outro marco histórico, até hoje mantido por todos os países civilizados. O último gran-

de feito jurídico dos romanos foi o monumental Codex Juris Civilis, do Imperador Justiniano, matriz de todos os códigos modernos. Juristas daquele tempo deixaram lições lapidares, sempre atuais e jamais superadas. A definição de Direito, formulada por Ulpiano e amiúde repetida pelo saudoso Prof. Othon da Gama Lobo d'Eça, constitui a base de nosso ordenamento jurídico: *Jus suum cuique tribuere, alterum non laedere, honeste vivere*. Em sua aparente simplicidade, contém ela todos os princípios dos Direitos Humanos pelos quais vela o Poder Judiciário: garantir a cada um o que lhe for devido, assegurar a justa reparação a quem for lesado e aplicar penas aos que transgridem o viver honesto. A queda do Império Romano implicou em lamentável retrocesso das instituições jurídicas. A Idade Média foi uma época sombria, de intensas violações dos direitos das pessoas, até mesmo em nome de Deus, como atestam os famigerados Autos de Fé da Inquisição, ironicamente chamada de Santa, cujo número de vítimas foi maior que o de muitas guerras. A própria Revolução Francesa de 1789, eclodida em nome da Justiça popular contra o absolutismo, não ficou imune ao arbítrio. A Place de la Concorde inundou-se com o sangue de milhares de inocentes enviados à guilhotina por condenações sumárias emanadas de tribunais ilegítimos. Apesar dos excessos, é aos franceses que devemos as bases que sustentam os regimes democráticos e os direitos da cidadania, espelhadas nas obras de Voltaire, nos romances-denúncia de Victor Hugo e na teoria da tripartição harmônica dos Poderes, idealizada por Montesquieu. No Brasil Colônia e no Brasil Império vivemos sob o regime jurídico das Ordenações do Reino, um conjunto de normas inspiradas no Direito Canônico, na conveniência e nos interesses da monarquia absolutista portuguesa. O único estatuto jurídico do império brasileiro, digno de nota, é o Código Comercial de 1850, do qual um terço ainda está em vigor. O advento da República trouxe novos ventos ao Direito e ao Poder Judiciário, que pouco a pouco foi ganhando independência e respeito, ainda que em parte engessado durante os regimes ditatoriais que sofremos. O Código Civil de 1916, além da perfeição linguís-

tica imprimida por Rui Barbosa, foi o primeiro e mais notável Estatuto Jurídico do regime republicano, cujas linhas gerais permaneceram praticamente intactas no atual Código, vigente a partir de 2003. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina nasceu no regime republicano e desde então tem tido o privilégio de ser composto por magistrados dignos, probos e competentes, que jamais tisnaram sua imagem ao longo destes 118 anos de atividade. O rigoroso concurso público para os servidores e magistrados assegura o acesso a candidatos de todas as camadas sociais. Contamos hoje com 5.159 servidores, dos quais 442 são magistrados, trabalhando em 111 comarcas e na sede do Tribunal. Neste, em segundo grau de jurisdição, atuam hoje 24 desembargadores substitutos, todos concursados, e 50 desembargadores titulares, sendo 40 de carreira, 5 do Ministério Público e 5 da Ordem dos Advogados. Estes últimos integram a Corte por força da salutar e democrática disposição constitucional que assegura um quinto das cadeiras dos tribunais superiores aos representantes dessas instituições. Apesar das críticas periodicamente lançadas contra esse sistema, sob a discutível alegação de que os advogados entram sem concurso, tem ele o mérito de contribuir com a visão e a experiência daqueles que por longos anos atuaram em áreas distintas, mas essenciais à distribuição da Justiça, pois esta não se realiza sem a participação dos advogados e dos membros do Ministério Público. Demais disso, acrescente-se que, para ter assento numa dessas cadeiras, é bem mais fácil por concurso do que pelo doloroso percurso a que são submetidos os candidatos ao quinto. O Poder Judiciário catarinense, mesmo sendo numericamente inferior ao de outros Estados, goza do mais elevado respeito em todo o País, mercê da capacidade, da dedicação e do trabalho de seus juízes e da qualidade de suas decisões, muitas das quais vanguardeiras no cenário nacional. É pena que, por força de uma legislação que não mais se justifica no atual estágio de desenvolvimento, tenhamos de assistir, desolados e impotentes, à implacável expulsória de nossos colegas que atingem 70 anos, não só em pleno vigor físico e mental, mas no auge do conhecimento e da experiência ju-

dicante. Como prova disso, cito apenas aqueles que foram obrigados a despir a toga no corrente ano: Des. Alcides Aguiar, Des. Francisco Oliveira Filho e Des. Amaral e Silva, nomes cujo significado dispensa apresentações ou adjetivos. Este Tribunal de Justiça chega a seus 118 anos cada vez mais voltado para a realização da cidadania. A função de nossos magistrados não é apenas a de receber e julgar processos, como se fazia em tempos passados. O juiz de hoje está envolvido com os problemas, as necessidades e carências da comarca onde atua. Orienta os cidadãos para que obtenham seus documentos, através das 82 Casas da Cidadania já instaladas no Estado; exerce o papel de conciliador, aproximando as partes para solucionar seus conflitos de forma pacífica e sem os custos de um processo, tanto nas salas de audiência quanto nos atuais 16 Postos de Atendimento e Conciliação (PACs); recebe as reclamações dos cidadãos e busca resolvê-las através das Ouvidorias – uma no próprio Tribunal e 7 regionais nas principais comarcas do interior. O Poder Judiciário catarinense se orgulha de suas iniciativas de vanguarda. Foi o primeiro tribunal a admitir o ingresso das mulheres na função judicante, iniciado com a eminente Desa. Thereza Tang, que chegou à Presidência da Corte. Além do significativo número de juízas nas comarcas, já contamos com quatro eminentes desembargadoras titulares e duas substitutas. Outra iniciativa de vanguarda de nosso Tribunal foi a criação e instalação da primeira Câmara Especial Regional do Brasil, na cidade de Chapecó, abrangendo o julgamento de recursos originários das 27 comarcas que compõem a região. A coragem e a determinação com que o então Presidente, Des. Francisco Oliveira Filho, enfrentou o desafio da descentralização, estão produzindo frutos além da expectativa. A Justiça de segundo grau chegou à região mais distante da Capital, sendo impossível descrever a alegria, a felicidade e a satisfação da gente trabalhadora que lá vive, além dos benefícios para a concretização de seus direitos, pois é com muito orgulho que os integrantes desse órgão julgam uma apelação em menos de trinta dias. Santa Catarina ocupa o 3º lugar do País no número de demandas por 100

mil habitantes, tanto no primeiro quanto no segundo grau. Até maio do corrente ano tramitavam 2.021.483 processos em nossas comarcas e 72.177 no segundo grau. Trata-se de uma carga de trabalho sobre-humana, mas que nossos magistrados e servidores vêm enfrentando com muita determinação. Como exemplo do esforço hercúleo que repetimos a cada dia, cito um fato inédito: no período de 1º de janeiro a 30 de setembro do corrente ano (dia de ontem), pela primeira vez conseguimos inverter a estatística, pois nesse período foram distribuídos 75.087 (setenta e cinco mil e oitenta e sete) processos e julgados 75.815 (setenta e cinco mil, oitocentos e quinze). Esse pequeno, mas significativo feito, mesmo que se repita daqui em diante, não fará com que cessem as críticas contra a morosidade processual. Acontece que o nó górdio da questão não está no Poder Judiciário, mas em mãos dos legisladores. De pouco adianta os juízes trabalharem dia e noite, se generosas e até mesmo perdulárias leis permitem que os recursos se repitam à exaustão, impedindo a efetivação das decisões e exigindo das partes uma paciência que nem o próprio Jó teria. Urge, portanto, que o Congresso Nacional desamarre esse verdadeiro cipoal de leis – boa parte inútil ou inexequível –, simplifique a tramitação processual e enxugue esse mar de recursos que engole o esforço dos juízes e afoga a esperança e a fé dos cidadãos na eficiência da Justiça. Tal providência é possível, necessária, indispensável, sem nenhum prejuízo ao sagrado direito da ampla defesa, que não deve ser confundido com o antidireito da procrastinação e do abuso. Enquanto isso não acontece, só nos resta buscar soluções criativas – e nisso nosso Tribunal tem sido exemplar – e continuar tentando fazer o melhor possível em prol da sociedade catarinense. Muito foi feito nestes seus 118 anos de existência, mas é certo que haverá muito mais a fazer no futuro, pois o manto da Justiça é o único capaz de proteger o cidadão da arbitrariedade e assegurar-lhe o *jus suum cuique tribuere*. Destaco, por fim, o clima de paz e de trabalho profícuo que vivemos sob a presidência do eminente Des. João Eduardo Souza Varella, a quem agradeço pela generosidade de confiar a este modesto

membro, já no limiar da expulsória, o privilégio de representar a Corte nesta solenidade. Encerro esta singela alocução dirigindo afetuosa saudação às colegas e aos colegas magistrados e a todos os nossos dedicados servidores, bem como um agradecimento especial às nobres autoridades e a todas as pessoas que nos dão a honra de sua presença na celebração de mais um aniversário deste já centenário Tribunal de Justiça."

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.978, de Santa Catarina

Relator: Min. Eros Grau
Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
Advogados: Maurício Gentil Monteiro e outros
Advogado: Rafael Barbosa de Castilho
Requerido: Governador do Estado de Santa Catarina
Requerida: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina
Intimada: Associação dos Notários e Registradores do Brasil – Anoreg/BR
Advogado: Vinícius Marcelo Borges

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 19, 20 E 21 DA LEI N. 14.083 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. REGRAS GERAIS CONCERNENTES AOS CONCURSOS PÚBLICOS PARA INGRESSO E REMOÇÃO NA ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 37, INCISO II, E NO ARTIGO 236, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. Os preceitos da Lei n. 14.083 de Santa Catarina violam o disposto no artigo 236 da Constituição de 1988, que estabelece que o ingresso nas atividades notarial e de registro será efetuado por meio de concurso público de provas e títulos.

2. O artigo 21 da Lei n. 14.083 permitiria que os substitutos das serventias extrajudiciais nomeados até 21 de novembro de

1994 fossem elevados à condição de titular, sem aprovação em concurso.

3. Esta Corte tem entendido que atos normativos concernentes ao provimento de cargos mediante a elevação de substitutos à titularidade dos cartórios, sem a devida aprovação em concurso público afrontam a Constituição do Brasil. Precedentes --- artigo 37, inciso II, e artigo 236, § 3°, da Constituição do Brasil.

4. Os artigos 20 e 21 da Lei n. 14.083 violam o texto da Constituição de 1.988. Ato normativo estadual não pode subverter o procedimento de acesso aos cargos notariais, que, nos termos do disposto na Constituição do Brasil, dar-se-á por meio de concurso público.

5. A inconstitucionalidade dos artigos 20 e 21 impõe a procedência do pedido no tocante ao artigo 19.

6. O provimento de cargos públicos mediante concursos visa a materializar princípios constitucionais aos quais está sujeita a Administração, qual o da legalidade, da moralidade, da impessoalidade.

7. Pedido julgado procedente para declarar inconstitucionais os artigos 19, 20 e 21 da Lei n. 14.083 do Estado de Santa Catarina.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam o Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamentos e das

notas taquigráficas, por unanimidade de votos e nos termos do voto do Relator, em julgar procedente a ação.

Brasília, 21 de outubro de 2009.

Ministro Eros Grau, Relator

RELATÓRIO

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propõe ação direta, com pedido de medida cautelar, na qual questiona a constitucionalidade dos artigos 19, 20 e 21 da Lei n. 14.083, de 16 de agosto de 2007, do Estado de Santa Catarina:

> "Lei n. 14.083
>
> Dispõe sobre as regras gerais concernentes aos concursos públicos para ingresso e remoção na atividade notarial e de registro no Estado de Santa Catarina e estabelece outras providências.
>
> [...]
>
> Disposições finais
>
> Art. 19. Os Concursos públicos em andamento, cujos editais de abertura estiverem em discordância com o disposto nesta Lei e demais dispositivos legais, referentes à matéria, estão suspensos até a sua plena adaptação ao ordenamento legal sob pena de nulidade.
>
> Art. 20. São convalidados, para todos os fins e efeitos legais, os atos de outorga de titularidade de delegação para serviços ou serventias notariais e de registros, conferidos pelo Presidente do Tribunal de Justiça, realizados desde a vigência da atual Constituição Federal até a presente data.
>
> Art. 21. São considerados titulares de delegação de serventias notariais ou de registro exercidas em caráter provado, os titulares das serventias extrajudiciais legalmente nomeados até 21 de novembro de 1994".

2. O requerente afirma ter sido violado o disposto no artigo 5°; no artigo 37, inciso II, e no artigo 236, § 3°, da Constituição do Brasil. O

artigo 236 da Constituição de 1988 estabelece que o ingresso nas atividades notarial e de registro será efetuado por meio de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia permaneça vaga, sem abertura de concurso de provimento ou remoção, por mais de seis meses.

3. Alega que o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, a pretexto de dar cumprimento aos preceitos constitucionais e às orientações do Conselho Nacional de Justiça, abriu inscrições para o concurso de provimento de mais de uma centena de cargos de notários e registradores. Estão incluídos nesse número os cargos ocupados indevidamente desde a promulgação da Constituição de 1988.

4. Diz que após o encerramento das inscrições para esse concurso foi aprovada pela Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina a Lei n. 14.083, impugnada nesta ação, que prevê regras gerais concernentes aos concursos públicos para o ingresso nas atividades notarial e registral. No bojo desse ato normativo foram inseridos preceitos que visam a: [i] suspender o concurso em andamento e [ii] permitir que os substitutos das serventias extrajudiciais nomeados até 21 de novembro de 1994 sejam elevados à condição de titular, sem aprovação em concurso.

5. Em face da relevância da matéria, determinei, no despacho de fl. 20, fosse aplicada ao caso a regra do artigo 12 da Lei n. 9.868/99.

6. O Governador do Estado de Santa Catarina afirma que o projeto legislativo do qual decorreu a Lei n. 14.083 teve trâmite regular. Diz ainda que "resta incontroverso que as delegações de serviços notariais e de registro não são cargos públicos, sendo a competência para a outorga de tais delegações do Poder Executivo" [fl. 31].

7. A Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina sustenta que a Lei Federal n. 8.935/94 disciplina algumas poucas regras sobre o provimento originário e remoção no âmbito das serventias extrajudiciais,

parâmetros genéricos, de modo que caberia aos Estados-Membros "ampla margem para a regulação da matéria". A lei estadual atacada contém regras de transição que evitariam situações de emergência e contradições no sistema [fl. 38]. Afirma por fim que "a Lei Estadual n**.** 14.083/2007, apenas densifica [sic] uma série de princípios constitucionais, tais como a garantia de igualdade de condições no concurso, a previsibilidade de critérios e justiça desses critérios, a impessoalidade etc." [fls. 36/52].

8. O Advogado-Geral da União sustenta que o artigo 19 não é inconstitucional, visto que não propicia o ingresso em cargo público sem concurso, limitando-se a viabilizar a adequação das normas editalícias à legislação atual. Afirma que o disposto nos artigos 20 e 21 da Lei 14.083 contraria os preceitos dos artigos 5º; 37, II, 236, § 3º, da Constituição do Brasil [fls. 109/119].

9. O Procurador-Geral da República opina pela procedência parcial do pleito. Isso porque a declaração de inconstitucionalidade estaria restrita aos artigos 20 e 21; neste ponto haveria afronta ao texto da Constituição do Brasil. [fls. 121/125].

10. O requerente apresentou petição em que afirma a necessidade de apreciação urgente do pedido, vez que haveria prejuízo aos aprovados no concurso que serão convocados para a escolha das vagas no dia 27 de outubro de 2009. Alega que "[...] caso o concurso finalize antes do julgamento da ADI 3978, das 294 serventias oferecidas no Edital 84/07, restarão apenas 134 vagas, pois 160 estão sendo beneficiadas pela Lei Estadual flagrantemente inconstitucional" [fl. 244].

11. A Associação Nacional de Defesa dos Concursos para Cartórios - ANDECC requereu sua admissão na presente ação direta, na condição de amicus curiae. Indeferi o pedido no dia 20 de outubro, tendo em conta entendimento recente no sentido da impossibilidade de intervenção de terceiros no processo após sua inclusão na pauta ou sua apresentação em

mesa para julgamento [ADI n. 4.07l-AgR, Relator o Ministro MENEZES DIREITO – Informativo 543/STF – Sessão realizada em 22.4.09]. Recebi a peça, todavia, como memorial.

É o relatório, do qual deverão ser extraídas cópias para envio aos Senhores Ministros.

VOTO

Trata-se de ação direta na qual é objetivada a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 19, 20 e 21 da Lei n. 14.083 de lei catarinense que estabelece regras gerais referentes aos concursos públicos para ingresso e remoção na atividade notarial e de registro público.

2. O requerente afirma que este Tribunal analisou, em oportunidades anteriores, atos normativos catarinenses concernentes ao provimento de cargos mediante a elevação de substitutos à titularidade dos cartórios, sem a devida aprovação em concurso público. Aponta as ADI's n. 363 e n. 1.573. Sustenta que a inconstitucionalidade seria no caso flagrante pela simples razão de a Lei n. 14.083 consubstanciar mera repetição dos preceitos que, submetidos ao crivo desta Corte, foram declarados inconstitucionais.

3. A matéria – concursos públicos para ingresso e remoção na atividade notarial e de registro – foi examinada por esse Plenário em diversas ocasiões. Conforme alegado pelo requerente e repisado pelo Ministério Público Federal, há um histórico de impugnações às leis catarinenses versando sobre os provimentos dos cargos notariais. O Ministro SYDNEY SANCHES, Relator da ADI n. 363 e da ADI n. 1.573, entendeu inconstitucional o artigo 14 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de Santa Catarina, preceito que, da mesma forma, conferia a condição de titular aos substitutos das serventias de notas e registros.

4. Eis o teor das ementas dos acórdãos da ADI n. 363 e da ADI n. 1.573:

"Direito Constitucional. Serventias judiciais e extrajudiciais. (...). É inconstitucional esse dispositivo por violar o princípio que exige concurso público de provas ou de provas e títulos para a investidura em cargo público, como é o caso do titular de serventias judiciais (art. 37, II, da CF), e também para o ingresso na atividade notarial e de registro (art. 236, § 3º)."

[ADI n. 363, Relator o Ministro SYDNEY SANCHES, DJ de 3.5.96]

"EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. SERVENTIAS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS: EFETIVAÇÃO DE SUBSTITUTOS. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ART. 14 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. RECLAMAÇÃO.

1. O art. 14 do ADCT da Constituição do Estado de Santa Catarina, em sua redação original, estabelecia: *'Fica assegurado aos substitutos das serventias,* na *vacância, a efetivação no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, estejam* em efetivo *exercício, pelo prazo de três anos'.*

2. Esse dispositivo, por votação unânime do Plenário do Supremo Tribunal Federal, foi declarado inconstitucional na ADI nº 363 (DJ 03.05.96, Ementário nº 1.826-01), 'por violar o princípio que exige concurso público de provas ou de provas e títulos, para a investidura em cargo público, como é o caso do Titular de serventias judiciais' (art. 37, II, da Constituição Federal), e também para o ingresso na atividade notarial e de registro (art. 236, § 3º).

3. A pretexto de dar cumprimento a essa decisão do S.T.F., que, por ser declaratória e com eficácia "erga omnes", independia de execução, a Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina, em data de 18.06.1996, promulgou a Emenda nº 10 à Constituição Estadual, com este 'Artigo único": *"Artigo único - Respeitadas as situações consolidadas, fica suspensa a execução do artigo 14 do Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado de* Santa *Catarina'.*

4. Com isso, o que fez a Assembléia Legislativa foi conferir eficácia ao art. 14 do ADCT, em sua redação original, ao menos para amparar as 'situações consolidadas' até 18.06.1996, data de sua promulgação.

> 5. Vale dizer, pretendeu retirar do acórdão do S.T.F., que declarara a inconstitucionalidade do art. 14 do ADCT, era sua redação original, sua eficácia 'ex tunc', para só admiti-la a partir de 18.06.1996.
>
> 6. E como se valeu de um outro ato normativo, consubstanciado na referida E.C. nº 10/96, podia ela ser impugnada, mediante nova ADI, como foi, não sendo o caso de se examinar o pedido como Reclamação, prevista nos artigos 156 e seguintes do RISTF, como alvitrado na inicial.
>
> 7. Assim, a ação foi corretamente distribuída como ADI e como tal é admitida.
>
> 8. Ação Direta julgada procedente para a declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 10, de 18.06.1996, do Estado de Santa Catarina.
>
> 9. Decisão unânime".
>
> [ADI n. 363, Relator o Ministro SYDNEY SANCHES, DJ de 3.5.96]

5. Ato normativo estadual não pode subverter o procedimento de acesso aos cargos notariais, que, nos termos do disposto na Constituição do Brasil, dar-se-á por meio de concurso público. A redação do § 3º do artigo 236 não admite controvérsia: "Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. [.. .] § 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses".

6. Os artigos 20 e 21 da Lei n. 14.083 violam o texto da Constituição de 1.988. O provimento de cargos da atividade notarial e de registro depende de concurso público. Esse entendimento foi reafirmado por este Plenário no julgamento da medida cautelar, com efeitos *ex tunc,* na ADI n. 3.519, Relator o Ministro JOAQUIM BARBOSA. Transcrevo a ementa:

> "EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA LIMINAR. NOTÁRIOS E REGISTRADORES.

> TITULAR. NECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO. ART. 236, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO IMEDIATA DE SERVENTUÁRIO SUBSTITUTO NA VACÂNCIA DO CARGO. LIMINAR DEFERIDA COM EFEITOS *EX TUNC.*
>
> **Lei complementar estadual que converte em titulares de cartórios de registros e notas bacharéis em Direito que não realizaram concurso público específico para o cargo. Afronta ao § 3º do art. 236 e ao inciso II do art. 37 da Constituição Federal.** Precedentes.
>
> Liminar deferida com efeitos *ex tunc.* Decisão unânime".
>
> [ADI/MC n. 3.519, Relator o Ministro JOAQUIM BARBOSA, DJ de 30.9.2005]

7. Proferi voto referente ao caráter das atividades notariais ao julgar a ADI n. 2.602: "[o] artigo 40, § 1°, inciso II, da Constituição do Brasil, na redação que lhe foi conferida pela EC 20/98, está restrito aos cargos efetivos da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios – incluídas as autarquias e fundações. Os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público – serviço público não-privativo. Os notários e os registradores exercem atividade estatal, entretanto não são titulares de cargo público efetivo, tampouco ocupam cargo público. Não são servidores públicos, não lhes alcançando a compulsoriedade imposta pelo mencionado artigo 40 da CB/88 – aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade" [ADI n. 2.602, de que fui Relator para o acórdão, DJ de 31.3.06]

8. O artigo 19 estabelece que "[o]s concursos públicos em andamento, cujos editais de abertura estiverem em discordância com o disposto nesta Lei e demais dispositivos legais, referentes à matéria, estão suspensos até a sua plena adaptação ao ordenamento legal sob pena de nulidade". A inconstitucionalidade dos artigos 20 e 21 impõe a procedência do pedido no tocante ao artigo 19. Eeventual suspensão de concursos públicos em

andamento poderia prejudicar os aprovados nestes mesmos certames em benefício daqueles que atualmente ocupam as serventias.

9. O provimento de cargos públicos mediante concursos visa a materializar princípios constitucionais aos quais está sujeita a Administração, qual o da legalidade, da moralidade, da impessoalidade. O edital de cada concurso há de manter-se em conformidade com os textos legais durante o decorrer de todo o certame. Se há inovações legislativas, há de adaptar-se a elas.

Julgo procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 19, 20 e 21 da Lei n. 14.083 do Estado de Santa Catarina.

DEBATE

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Ministro Eros Grau, Vossa Excelência não acha que esse artigo 19 está, sim, imbricado? Porque ele diz que "os concursos públicos em andamento que estiverem em discordância com essa lei" – essa lei convalida situações contrárias à realização de concurso público.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): – Não, perdoem-me. Só os artigos 20 e 21.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Ministro Eros Grau, estou em uma linha de reflexão, concordo com Vossa Excelência, que a rigor, o artigo 19 não seria frontalmente inconstitucional. Mas talvez como uma medida profilática poderíamos declará-lo inconstitucional, porque é um expediente para permitir mediante a suspensão dos concursos que aqueles que estejam ocupando os cargos ilegalmente, ou inconstitucionalmente, permaneçam gozando as benesses do cargo por tempo indefinido. Se nós deixarmos o art. 19 hígido.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): – Se for por arrastamento, eu concordo.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – E o seria porque foi impugnado.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): – Então, estou de pleno acordo.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): – Veja bem, Ministro Ricardo Lewandowski, essa matéria chamou minha atenção pelo seguinte: porque os artigos anteriores respeitam genericamente ao concurso. Isso não foi impugnado e aí não há absolutamente nada contrário à Constituição. O que foi contestado foram os artigos 20 e 21. Ainda que esses não existissem, fossem retirados do texto da lei, o artigo 19 ainda sobreviveria, porque diz respeito aos artigos 1° ao 18.

Mas o que observou o Ministro Ricardo Lewandowski me faz, com grande tranquilidade, caminhar no sentido de também, por cautela, declarar inconstitucional o 19.

Por isso falei em arrastamento. Não é bem a hipótese de arrastamento, seria um arrastamento cautelar. Para que sirva de exemplo aos outros.

Evoluo nesse sentido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, de acordo com a extensão, porque, se não for apanhado o artigo 19 referido, os substitutos continuarão eternamente na titularidade.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A situação versada na presente causa opõe-se à própria jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria ora em exame, notadamente a partir do

julgamento plenário da ADI 126/RO, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, considerado o que dispõe o art. 236, § 3º da Constituição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Penso que certa Proposta de Ementa à Constituição que estaria tramitando no Congresso Nacional, para efetivar, sem concurso, os substitutos, já foi sepultada. De qualquer forma, fica a sinalização do Supremo.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O Supremo Tribunal Federal, na década anterior, **declarou a inconstitucionalidade** do art. 266 do Estado de Rondônia, cujo teor era o seguinte:

> *"**Art. 266.** Os serviços notariais e de registro do Estado passam a ser exercidos em caráter privado, **ficando assegurado** o direito à titularidade aos escrivães extrajudiciais **e** tabeliães nomeados **ou efetivados os que se encontram exercendo** a função ou no exercício da titularidade **na data** da instauração da Assembléia Nacional Constituinte."* **(grifei)**

Essa regra **inscrita** na Constituição do Estado de Rondônia **foi julgada inconstitucional** por esta Suprema Corte.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A inspiração se fez considerado o artigo 208 da Carta pretérita, que, no entanto, exigia que se tivesse, até 1983, cinco anos de exercício. O tempo passou!

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O **que se revela essencial,** no caso, é que a outorga de delegação registral ou notarial, **para legitimar-se** constitucionalmente, **supõe** a prévia aprovação em concurso público de provas e títulos. Trata-se de regra constitucional **muito** clara **que decorre** do texto **fundado** no art. 236, § 3º, da Constituição da República. **Ou seja, sem** prévia aprovação em concurso público **torna-se ilegítimo** o ato de investidura.

Acompanho, por isso mesmo, o eminente Relator, Senhor Presidente.

É o meu voto.

HABEAS CORPUS

Habeas Corpus n. 98.037, de Santa Catarina

Relator: Min. Marco Aurélio
Paciente: Igor Soares Silva
Impetrantes: Roni Meneses da Silva e outros
Coator: Relator do *HC* n. 119.669 do Superior Tribunal de Justiça

EMENTA

HABEAS CORPUS - IMPETRAÇÕES SUCESSIVAS - EXCEPCIONALIDADE -VERBETE Nº 691 DA SÚMULA DO SUPREMO – AFASTAMENTO. O Verbete nº 691 da Súmula do Supremo deve ter alcance compatível com os ditames constitucionais. Notado o constrangimento ilegal, impõe-se a admissão do *habeas corpus,* pouco importando estar em tramitação, na origem, idêntica medida.

PRISÃO PREVENTIVA – MESCLAGEM COM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA NÃO TRANSITADA EM JULGADO – ALCANCE. Descabe confundir execução precoce e temporã de pena com prisão preventiva, não servindo a implementá-la a circunstância de o réu encontrar-se sob a custódia do Estado em virtude de outro processo. Considerações.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em julgar prejudicado o pedido de *habeas corpus,* mas conceder a ordem de

ofício, vencido o Ministro Carlos Ayres Britto, em sessão presidida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 2 de março de 2010.

Ministro Marco Aurélio, Relator

RELATÓRIO

Adoto, a título de relatório, as informações prestadas pela Assessoria:

> Na decisão que implicou o deferimento da medida liminar, a espécie ficou assim resumida (folhas 68 e 69):
>
> IMPETRAÇÕES SUCESSIVAS – VERBETE 691 DA SÚMULA DO SUPREMO - AFASTAMENTO.
>
> PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA EM SENTENÇA – FUNDAMENTO – INSUBSISTÊNCIA.
>
> 1. Eis as informações prestadas pela Assessoria:
>
> O paciente foi preso no dia 1º de dezembro de 2005, em virtude da operação da Polícia Federal denominada "Net Livre II", voltada a apurar a prática de crimes via internet. A denúncia foi recebida em 17 de janeiro de 2006. Realizada a audiência de instrução, com oitiva das testemunhas de acusação e de defesa, impetrou-se *habeas corpus* no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com pedido de liminar. Em 18 de outubro de 2006, a ordem foi concedida para assegurar-se ao paciente o direito de permanecer solto enquanto em tramitação o processo.
>
> Sobreveio sentença condenatória, na qual o Juízo Criminal expressamente lhe negou o direito de recorrer em liberdade. O Tribunal Regional Federal da 4' Região indeferiu o pedido de *habeas corpus* impugnando essa parte da decisão, por entender estar demonstrada a necessidade de o paciente recolher-se à prisão, pois presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal.
>
> Na idêntica medida formalizada no Superior Tribunal de Justiça - de n. 119.669 –, sustentou-se a carência de fundamentação da sentença no tocante à decretação da preventiva, por ter havido singela alegação

de risco à ordem pública. Acentuou-se, também, a ofensa ao princípio da presunção de não-culpabilidade. O ministro Arnaldo Esteves Lima indeferiu a liminar, assentando implicar o acolhimento do pleito a antecipação do mérito da pretensão deduzida. Consignou também não se vislumbrar, de plano, a plausibilidade jurídica do pedido (folha 45).

Este *habeas* está voltado contra a referida decisão. Os impetrantes asseveram autorizar a espécie o afastamento do óbice revelado pelo Verbete n. 691 da Súmula do Supremo, ante a flagrante ilegalidade do ato. Afirmam serem insubsistentes as premissas nele veiculadas para indeferir a liminar, porquanto estaria em jogo o direito do paciente de interpor recurso em liberdade.

Relativamente à imposição da prisão cautelar, apontam carecer de fundamentação a sentença, pois o Juízo ter-se-ia baseado em suposta ameaça à ordem pública, não havendo ficado satisfatoriamente demonstrada a necessidade da custódia. Entendem não observadas as disposições do artigo 312 do Código de Processo Penal. Novamente, dizem do desrespeito ao princípio da não-culpabilidade. Defendem não poder ser preso o paciente antes de o decreto condenatório haver transitado em julgado se ausentes os requisitos previstos na norma processual penal quanto à decretação da preventiva.

Pedem o deferimento de medida acauteladora, para afastar a decretação da custódia cautelar, assegurando-se ao paciente o direito de recorrer em liberdade. No mérito, pleiteiam a declaração de nulidade da sentença, na parte em que se condicionou a interposição de recurso ao recolhimento à prisão, porque carente de fundamentação.

(...)

Brasília, 5 de março de 2009.

A Procuradoria Geral da República, no parecer de folha 73 a 81, manifesta-se pelo não-conhecimento da impetração ante o disposto no Verbete n. 691 da Súmula do Supremo. Se conhecida, opina pelo indeferimento do *habeas,* pois entende estar devidamente fundamentada a ordem de prisão, fazendo-se presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Diz que o paciente, beneficiado para responder em liberdade à Ação Penal nº 2005.72.00.014118-9, veio a reiterar condutas criminosas da mesma natureza, por meio da internet, ocasionando prejuízos a instituições bancárias e lesionando correntistas, razão pela qual teve contra si expedido novo decreto de prisão cautelar,

> dessa vez em face da Ação Penal nº 2008.71.00.012847-0, em curso no Juízo da 3ª Vara Federal Criminal de Porto Alegre/RS.
>
> Conforme consulta ao sítio do Superior Tribunal de Justiça na internet, nesta data, o paciente apresentou pedido de desistência do *Habeas Corpus* nº 119.669. 0 Ministro Arnaldo Esteves Lima, em 27 de abril de 2009, homologou o pedido e declarou extinto o processo.

Lancei visto no processo em 16 de fevereiro de 2010, liberando-o para ser julgado na Turma a partir de 23 seguinte, isso objetivando a ciência dos impetrantes.

É o relatório.

VOTO

Reitero o que tenho consignado sobre a necessidade de compatibilizar-se o Verbete n. 691 da Súmula do Supremo, a revelar óptica sobre a respectiva competência, com a Constituição Federal, presente, também, o fato de vir sendo empolgado nos mais diversos patamares do Judiciário, com extensão que, de início, surge imprópria:

> O *habeas corpus,* de envergadura constitucional, não sofre qualquer peia. Desafia-o quadro a revelar constrangimento ilegal à liberdade de ir e vir do cidadão. Na pirâmide das normas jurídicas, situa-se a Carta Federal e assim há de ser observada. Conforme tenho proclamado, o Verbete n. 691 da Súmula desta Corte não pode ser levado às últimas consequências. Nele está contemplada implicitamente a possibilidade, em situação excepcional, de se admitir a impetração contra ato que haja resultado no indeferimento de medida acauteladora em idêntica medida - Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 84.014-1/MG, por mim relatado na Primeira Turma e cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 25 de junho de 2004. É esse o enfoque que torna o citado verbete compatível com o Diploma Maior, não cabendo extremar o que nele se contém, a ponto de se obstaculizar o próprio acesso ao Judiciário, a órgão que se mostre, dados os patamares do Judiciário, em situação superior e passível de ser alcançado na sequência da prática de atos judiciais para a preservação de certo direito.

Friso, por oportuno, que, na espécie, não está mais em curso, no Superior Tribunal de Justiça, o *habeas corpus*. É que ocorreu desistência por parte do impetrante. No mais, valho-me do que tive oportunidade de assentar ao deferir a medida acauteladora, inclusive, para limitar a concessão da ordem, o fecho estampado no item 3 (folhas 69 e 70):

> (...)
>
> 2. Observem a necessidade, inafastável, de compatibilização do Verbete nº 691 da Súmula do Supremo com a Constituição Federal. Caso a caso, há de se apreciar se o indeferimento de medida acauteladora em impetração representou desrespeito à ordem jurídica.
>
> Na espécie, ante o afastamento de prisão preventiva pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região - folha 107-verso - o paciente permaneceu solto enquanto respondia ao processo. Com a condenação, aos corréus foi assegurada a possibilidade de recorrer em liberdade, impondo-se a custódia ao paciente. Sob o ângulo formal, aludiu-se à preventiva, ressalvando-se inclusive não ficar o recurso de apelação jungido ao recolhimento. Mas, para ter-se como ameaçada a ordem pública, mencionou-se já estar ele preso em razão de outro processo, nos quais apreciados fatos análogos, sem especificar-se se de forma definitiva ou provisória.
>
> Ora, vê-se até mesmo a incoerência, ao menos aparente, porquanto, se o paciente encontrava-se sob custódia, não haveria motivo maior para imprimir-se nova ordem em tal sentido. De todo modo, a responsabilidade penal diz respeito a cada uma das ações em curso e, na situação concreta, a prisão determinada ganhou contornos de verdadeira execução da pena.
>
> É de repetir que, em face de concessão de ordem, o paciente permaneceu em liberdade. Então, não se poderia, de repente, cogitar-se de ameaça à ordem pública. A referência mostrou-se genérica e teve o efeito de afastar, sob o aspecto formal, a conclusão sobre execução temporã do decreto condenatório. Eis a parte da decisão referente à custódia (folhas 160-verso e 161):
>
> (...)
>
> Os réus poderão recorrer em liberdade tendo em vista que são primários e de bons antecedentes, conforme comprovado na instrução

> processual (art. 594, do Código de Processo Penal), à exceção de Igor, que, se mantido em liberdade, representa ameaça à ordem pública, já que preso em outro processo por fatos análogos aos ora julgados (Ação Penal n. 2008,71,00.012847-O). Pelo exposto, com fundamento no art. 312 do Código de Processo Penal, decreto a prisão preventiva de Igor Soares Silva, para fins de assegurar a ordem pública. Expeça-se mandado de prisão preventiva. Ressalvo que eventual recurso de apelação interposto em seu favor poderá ser conhecido, independentemente do recolhimento do réu ao cárcere (Súmula 347 do STJ: *"O conhecimento* de recurso *de* apelação do *réu independe* de sua *prisão).*
>
> (...)
>
> 3. Entendendo excepcional o quadro, defiro a medida acauteladora. Expeçam o alvará de soltura, a ser cumprido com as cautelas próprias, vale dizer, caso o paciente não se encontre sob a custódia do Estado ou ameaçado de perder a liberdade por motivo diverso do retratado na sentença proferida na Ação Penal Pública nº 2005.72.03.014119-9/SC, da Vara Federal Criminal de Florianópolis, presente a prisão ordenada a partir de suposta base no artigo 312 do Código de Processo Penal.
>
> Consigno que este ato precário e efêmero não implica o prejuízo do *Habeas Carpus* nº 119.669-SC, em curso no Superior Tribunal de Justiça. Para tornar estreme de dúvidas esta colocação do Supremo, oficiem ao relator da citada impetração, ministro Arnaldo Esteves Lima, encaminhando cópia desta decisão.

Concedo a ordem para tornar definitiva a liminar, implementada em 5 de março de 2009, valendo a ressalva quanto a não repercutir em situações diversas da retratada no processo referido e examinada acima.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI – Qual é o ato, hoje, que determina a prisão?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A sentença. Por isso *é* que, na ementa, aponto o seguinte:

> PRISÃO PREVENTIVA – MESCLAGEM COM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA NÃO TRANSITADA EM JULGADO - ALCANCE. Descabe confundir execução precoce e temporã de pena com prisão preventiva, não servindo a implementá-la a circunstância

de o réu encontrar-se sob a custódia do Estado em virtude de outro processo. Considerações.

Haveria até uma sobreposição: se ele já está preso, para que se determinar nova prisão? É um caso peculiar.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – O juiz, ao condenar o ora paciente, decretou a prisão cautelar contra ele?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Torno a frisar: ele obtivera ordem, no Regional Federal, para responder ao processo em liberdade, e assim o fez.

Então, veio o juiz e consignou:

> *"Os* réus *poderão recorrer em liberdade tendo em vista que são primários* e *de bons antecedentes* "— crime praticado via internet –. "*conforme comprovado na instrução processual (art. 594, do Código de Processo Penal), à exceção de Igor "* - aqui é que o tratamento igualitário ficou em segundo plano -," *que, se mantido em liberdade*, representa ameaça à ordem pública, já que *preso em outro processo* por *fatos análogos aos ora julgados (Ação Penal nº 2008.71.00.012847-0).*

Em razão de que? Só pode ser da sentença, porque o Regional Federal libertou-o e assegurou-lhe responder ao processo em liberdade. Então, para que essa prisão, se ele já estaria sob custódia e não se apontou se com culpa formada ou não?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – E há um dado interessante que está me chamando a atenção: esta Turma tem admitido, algumas vezes, que, quando o juiz fundamenta a prisão preventiva na possibilidade de reiteração criminosa, mas, esse, não é o caso, porque a prisão preventiva foi decretada em função de delitos pretéritos supostamente praticados e que são objetos de ação penal.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me permite? Esse risco da ordem pública foi afastado

pelo Regional Federal quando concedeu a ele ordem para responder ao processo em liberdade.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Agora, antes, o juiz dissera:

> *"De acordo com as provas colhidas, tanto na fase policial quanto na fase judicial, ficou comprovado que Igor Soares Silva era o* líder *de toda a empreitada criminosa, era o mentor ideológico. Utilizava os seus conhecimentos de informática para disseminar os* programas *espiões..."*

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Ministro, quanto a isso, haverá a dosimetria da pena, as circunstâncias judiciais, a culpabilidade.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – É que uma prisão preventiva decretada quando ultimada a instrução criminal é com conhecimento de causa. A instrução criminal serve para inteirar o juiz dos fatos e da personalidade do agente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Mas a premissa, Ministro, é equivocada. Cogitar-se do risco quanto à ordem pública, considerado um pronunciamento que ainda não está coberto pela preclusão? É executar, então, a pena.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Quero dizer o seguinte: quando o juiz decreta uma prisão processual, uma prisão cautelar, ao cabo da instrução criminal, ele o faz com muito mais solidez, com muito mais conhecimento de causa. Porque a instrução criminal se destina exatamente a aparelhar o juiz para conhecer as peculiaridades não só do fato tido como criminoso, mas a própria personalidade do agente. Eu me impressiono muito quando a prisão cautelar é decretada em momento coincidente com a sentença de condenação do agente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Mas a premissa é equivocada: seria o risco quanto à ordem pública, risco

afastado pelo Tribunal Regional Federal no que concedeu uma ordem para ele responder ao processo em liberdade. Então, só posso imaginar que essa visão, sob o ângulo do risco, baseia-se em decisão não transitada em julgado envolvendo réu primário e de bons antecedentes. E os demais réus ficaram em liberdade, não sei nem se foram condenados à mesma pena.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Sem dúvida que o juiz se louvou na concomitância de outro processo com o mesmo delito via *Internet.*

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Mas, nesse segundo, ele teve relaxada a prisão, que era mencionado pelo juiz inicialmente. O Ministro Ayres Britto afirma que o juiz, inclusive, faz remissão, num primeiro momento, à circunstância de haver um segundo processo de mesma natureza.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não diz se com ou sem culpa formada.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – E esse foi afastado, não é isso? Porque, de toda sorte, nesse segundo parece que teria sido afastado, pelo que está aqui.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Esse eu não sei, porque não está em jogo neste *habeas.* O *habeas* impugna essa ordem de prisão que, para mim, está calcada na execução precoce da pena, fato agravado com o tratamento ainda diferenciado, considerados os réus.

Obs.: Texto sem revisão da Exma. Sra. Ministra Cármen Lúcia. (§ 3º do artigo 96 do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 26, de 22 de outubro de 2008)

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI – Senhor Presidente, por tudo quanto debatido até o momento, a minha convicção se forma

no sentido de a determinação de prisão na sentença configurar uma antecipação da execução da pena. Nesse sentido, acompanho o eminente Relator e concedo a ordem.

A minha única observação seria porque Vossa Excelência, eminente Relator, disse que não há mais o *habeas corpus* no STJ. Não sei se seria o caso de conceder de ofício, porque não há mais um ato coator do STJ.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIIO (RELATOR) – É que adoto uma flexibilização maior quanto ao *habeas corpus,* muito embora há quem diga que sou processualista.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Senhor Presidente, queria um esclarecimento do Relator para efeito de fechar o meu raciocínio: houve a decisão na sentença, sendo que anteriormente ele tinha...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Posterior a uma ordem concedida pelo Regional Federal para ele responder ao processo em liberdade, E tudo indica que continua respondendo a esse processo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Subsequentemente, veio a sentença que deu essa contraordem?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Exato.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Só que a primeira era preventiva e a segunda era decorrente da condenação. Tem-se natureza diferente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – E apontou: como está preso em outro processo, que fique preso também neste.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – De toda sorte, só para dar sequência, sobrevém o *habeas corpus* contra decisão da determinação de prisão em razão dessa sentença.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – É a sentença posterior à cautelar do TRF.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Essa decisão não obtém liminar, vai-se ao STJ contra essa liminar, o STJ não concede e, contra esse indeferimento, vem ao Supremo?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Exato.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Quando o Ministro-Relator, então, defere a liminar, o STJ abandona o processo, determina o seu arquivamento.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Não, houve uma desistência, acreditaram muito no taco do Supremo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Então, houve a desistência e por conta disso ficou-se sem a decisão final no Superior Tribunal e com uma decisão, aqui, sem que a matéria tenha sido conhecida no Superior Tribunal, exatamente em razão do pedido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me permite? Não vi, realmente, qual foi o fundamento do primeiro ato que implicou a custódia provisória, já que afastada. Será que podemos vislumbrar, nessa segunda preventiva, sem assentar a culpa do paciente – porque não há o trânsito em julgado –, uma situação nova, que não seja a decorrente da sentença que está sujeita ainda ao recurso por excelência, que é a apelação?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Eu tendo a achar que esse *HC* está prejudicado, porque caiu o objeto do *habeas corpus*.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não caiu, Excelência, sabe qual será o resultado? Prejudicado o *habeas corpus,* retira-se do mundo jurídico a liminar, de minha lavra, e, solto há um ano, voltará à cadeia!

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Estou achando que a liminar do Ministro Marco Aurélio cai automaticamente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Mas voltará *à* prisão preventiva que tinha sido afastada, inicialmente, pelo Regional Federal.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Isso permite que o STJ, por via transversa, revogue as nossas liminares. Nós até já assentamos isso.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Ele desistiu lá no STJ.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O enfoque é interessante, porque se tira, simplesmente, o tapete do Supremo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – É o expediente que o STJ tem para revogar as nossas liminares.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Aqui não foi como em outros casos, Presidente. O Ministro Relator afirma que houve o pedido de desistência, foi homologado; não foi o Superior Tribunal que, de ofício, como em outras ocasiões já nos vieram, decidiu. Aqui houve um pedido formal, aí seria o próprio impetrante que se valeu.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência preconiza a concessão da ordem de ofício?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Sim, de ofício, porque neste caso a matéria não foi objeto de jurisdição pela autoridade tida como coatora; então haveria, neste caso, uma supressão de instância porque a liminar acabou ensejando o julgamento de mérito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Adiro.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Está uma situação de coação, embora não haja efetivamente um ato coator, em função de um incidente processual me parece que...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Sem que tenha havido a prestação da jurisdição, pela instância competente, na sequência da qual se teria instalada a competência do Supremo para o exame de mérito, como foi feito, Razão pela qual eu julgaria prejudicado para fins de concessão de ofício.

Obs.: Texto sem revisão da Exma. Sra. Ministra Cármen Lúcia. (§ 3º do artigo 96 do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 26, de 22 de outubro de 2008)

VOTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Senhor Presidente, vou pedir vênia *para* ficar vencido e não conhecer do *habeas corpus*. Não supero, portanto, o óbice da Súmula 691.

Acho que não há ato ilegal ou abuso de poder a afastar.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Vou pedir vênia ao eminente Ministro Carlos Ayres Britto, porque considero as explicações do eminente Relator, complementadas pelos outros pares, são satisfatórias.

Entendo que é caso de superação da Súmula 691, porque a situação é excepcional. Há, a meu ver, uma situação de ilegalidade flagrante, porque a decisão que decretou a prisão preventiva justificou ameaça à ordem pública na prisão em outro processo, quer dizer, ele ameaça a ordem pública porque está preso em outro processo? Isso é uma situação, *data venia,* esdrúxula.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Pelo Conjunto da obra, digamos assim, pelo contexto não foi isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – E se errônea a prisão em outro processo?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – O juiz citou o outro para mostrar que, se solto, o paciente reincidirá. Ou seja, ele é uma ameaça permanente à ordem pública.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Se o juiz tivesse dito na sentença que há possibilidade de reiteração criminosa, e nós temos reconhecido que esta é uma fundamentação lícita para a prisão preventiva, eu daria a prisão como lícita. Mas ele não disse isso, até o Ministério Público, em seu parecer, grifa essa fundamentação. Ele ameaça a ordem pública e está preso por outro processo.

Vou pedir vênia ao Ministro Ayres Britto para acompanhar o Relator, talvez com a solução dada pela Ministra Cármen Lúcia e pelo Ministro Dias Toffoli.

Ministro Marco Aurélio, Vossa Excelência se opõe a essa solução?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Já disse que não estou longe de aderir à concessão de ofício. Realmente, sob o ângulo ortodoxo, o *habeas* ficou prejudicado, porque já não se tem o objeto, que seria uma decisão negativa do Superior Tribunal de Justiça.

Então acolho a ponderação dos Colegas para assentar o prejuízo e conceder a ordem, de ofício, chegando ao mesmo resultado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – É o meu voto, também.

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

Recurso Extraordinário n. 468.523, de Santa Catarina

Relatora: Mina. Ellen Gracie
Recorrente: César Augusto Gallon
Recorrente: Ari Veloso dos Santos
Recorrente: Irani de Jesus da Silva
Recorrente: Vilson Antônio Brunello
Advogado: Rafael de Assis Horn
Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÕES DE PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO, FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA E EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, IMPROVIDO.

1. O recurso extraordinário busca debater quatro questões centrais: a) a nulidade do processo em razão da obtenção de prova ilícita (depoimentos colhidos diretamente pelo Ministério Público em procedimento próprio; gravação de áudio e vídeo realizada pelo Ministério Público; consideração de prova emprestada); b) invasão das atribuições da polícia judiciária pelo Ministério Público Federal; c) incorreção na dosimetria da pena com violação ao princípio da inocência na consideração dos maus antecedentes

na fixação da pena-base; d) ausência de fundamentação para o decreto de perda da função pública.

2. O extraordinário somente deve ser conhecido em relação às atribuições do Ministério Público (CF, art. 129, I e VIII), porquanto as questões relativas à suposta violação ao princípio constitucional da presunção de inocência na fixação da pena-base e à suposta falta de fundamentação na decretação da perda da função pública dos recorrentes, já foram apreciadas e resolvidas no julgamento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça.

3. Apenas houve debate na Corte local sobre as atribuições do Ministério Público, previstas constitucionalmente. O ponto relacionado à nulidade do processo por suposta obtenção e produção de prova ilícita à luz da normativa constitucional não foi objeto de debate no acórdão recorrido.

4. Esta Corte já se pronunciou no sentido de que "o debate do tema constitucional deve ser explícito" (RE 428.194 AgR/MG, rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, DJ 28.10.2005) e, assim, "a ausência de efetiva apreciação do litígio constitucional, por parte do Tribunal de que emanou o acórdão impugnado, não autoriza — ante a falta de prequestionamento explícito da controvérsia jurídica — a utilização do recurso extraordinário" (AI 557.344 AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 11.11.2005).

5. A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requisite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar

seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, mormente em casos graves como o presente que envolvem a presença de policiais civis e militares na prática de crimes graves como o tráfico de substância entorpecente e a associação para fins de tráfico.

6. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito, ainda que a título excepcional, como é a hipótese do caso em tela. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti.*

7. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao *parquet* a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia.

8. Há princípio basilar da hermenêutica constitucional, a saber, o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim – promoção da ação penal pública — foi outorgada ao *parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia.

9. Levando em consideração os dados fáticos considerados nos autos, os policiais identificados se associaram a outras pessoas para a perpetração de tais crimes, realizando, entre outras atividades, a de "escolta" de veículos contendo o entorpecente e de "controle" de todo o comércio espúrio no município de Chapecó.

10. Recurso extraordinário parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer, em parte, do recurso extraordinário e, na parte conhecida, negar-lhe provimento, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 1º de dezembro de 2009.

Ministra Ellen Gracie, Presidente e Relatora

RELATÓRIO

1. Trata-se de recursos extraordinários interpostos contra julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que deu parcial provimento às apelações dos recorridos. O acórdão ficou assim ementado (fls. 1.412/1.415):

> "PROCESSO PENAL - PERÍCIA DA DROGA REALIZADA POR AMOSTRAGEM - APREENSÃO DE GRANDE QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - INTELIGÊNCIA DO ART. 40, § 2°, DA *LEI N. 6.368/76 - EXAME PERICIAL ASSINADO POR DOIS PERITOS OFICIAIS - REQUISITOS DO ART. 159, DO CPP PREENCHIDOS - VALIDADE DO LAUDO – NULIDADES INEXISTENTES - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO - CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE – EXAME DE DEPENDÊNCIA*

TOXICOLÓGICA - RÉU QUE NEGA DEPENDÊNCIA - DESNECESSIDADE – PREFACIAL REPELIDA.

Quando se tratar de apreensão de grande quantidade, ou apreensão de substância na sua totalidade, pode a autoridade policial recolher, apenas, porção suficiente para o exame pericial, sendo perfeitamente lícito o exame feito por amostragem.

Se o acusado afirma que não se considera dependente de drogas, inexiste nulidade na não realização do exame de dependência toxicológica.

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - MACONHA - TRANSPORTAR E ADQUIRIR - INVESTIGAÇÃO PRÉVIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - POSSIBILIDADE - *CONFISSÃO DE DOIS CO-RÉUS PERANTE TRÊS PROMOTORES DE JUSTIÇA E NA CORREGEDORIA GERAL DA POLÍCIA CIVIL - NEGATIVA DE PARTICIPAÇÃO DE OUTRO PARCEIRO – DEPOIMENTO DE POLICIAIS E DE OUTRAS TESTEMUNHAS. AFIRMANDO A MERCANCIA DA DROGA E DANDO CONTA DO ENVOLVIMENTO DE TODOS NO COMÉRCIO ILÍCITO - VALIDADE – ART. 37, DA LEI N. 6.368/76 - ALEGAÇÃO DE FLAGRANTE PREPARADO E CRIME IMPOSSÍVEL PELO COMPARSA - INOCORRÊNCIA - ABSOLVIÇÃO IMPROCEDENTE – CONDENAÇÃO MANTIDA.*

As confissões extrajudiciais dos réus (retratadas sem fundamento e comprovação), com amparo no conjunto probatório colhido em juízo, bem como os depoimentos dos policiais que efetuaram o flagrante e de outras testemunhas, insuspeitos e seguros, são elementos que não podem ser desprezados.

Comete o crime do art. 12, da Lei n. 6.368/76, não só o agente que faz o transporte da droga, como o encarregado da distribuição e venda.

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA – POLICIAIS CIVIS ACUSADOS DE CONTRIBUIR DE QUALQUER FORMA PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 12, § 2°, INC. III, DA LEI N. *6.368/76) - CO-AUTORIA - DECLARAÇÕES DOS CO-RÉUS RECEPCIONADOS POR TESTEMUNHAS QUE* CONFIRMAM A PARTICIPAÇÃO NA DIVISÃO E USO DO ESTUPEFACIENTE - VALIDADE – VÍNCULO *PSICOLÓGICO DEMONSTRADO – CONDENAÇÃO CONFIRMADA.*

"Mostra-se fundamentado o provimento judicial quando há referência a depoimentos que respaldam delação de co-réus. Se de um lado a delação, de forma isolada, não respalda condenação, de outro serve ao convencimento quando consentânea com as demais provas coligidas" (STF).

Deve ser mantida a condenação por crime de tráfico de entorpecentes se a responsabilidade criminal dos policiais civis, que acobertavam a atividade ilícita, é confirmada, não só pelos depoimentos dos co-réus, mas, também, pelas palavras dos policiais militares que realizaram as investigações e outras testemunhas que confirmam o envolvimento deles na atividade ilícita, como pelas inconsistentes versões apresentadas, sem qualquer conteúdo de verossimilhança, gerando fortes e intransponíveis indícios de que contribuíam para o delito.

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA - ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA - ESTABILIDADE ENTRE SEUS MEMBROS DEMONSTRADA - EXCLUSÃO – INADMISSIBILIDADE – POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DE REGIME - PRECEDENTES DO STJ.

Comprovando-se que os réus utilizavam sempre o mesmo procedimento para prática de crime de tráfico ilícito de entorpecente, caracterizado está o delito previsto no art. 14, da Lei n. 6.368/76.

"A regra proibitiva da progressão de regime prisional, prevista no art. 2°, § 1º , da Lei n. 8.072/90, refere-se, tão somente, ao tráfico de entorpecentes, não alcançando, portanto, o delito de associação. Assim, estribado em sólida jurisprudência desta Corte e do Pretório Excelso, em tais casos, a progressão é perfeitamente viável" (HC n. 16148/MG, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU 02.09.2002, p. 210).

PENAL CRIMINAL FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - MAUS ANTECEDENTES CRIMINAIS E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA - POSSIBILIDADE - POLICIAL CIVIL - ABUSO DA FUNÇÃO PÚBLICA (LEI 6.368/76, ART. 18, INC. II) - REPRIMENDA BASE DO CO-RÉU APLICADA NO MÍNIMO LEGAL - REDUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - RECONHECIMENTO DA DELAÇÃO PREMIADA NA TERCEIRA FASE - DOSIMETRIA CORRETA.

> Não têm direito à fixação da pena no mínimo legal os acusados que possuem culpabilidade acentuada, revelada pelo comércio e transporte de grande quantidade de drogas.
>
> *O legislador ordinário, ao estabelecer causa especial de aumento em razão da prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, com abuso da função pública, quis punir mais severamente aquele que possui o dever de combater a criminalidade. Assim, o fato de o acusado ser policial não pode servir, na primeira fase da dosimetria, para aumentar a pena base em razão de causa de caráter pessoal, sob pena de* bis in idem. *Nada impede, contudo, que incida sob as circunstâncias de caráter externo, tais como as consequências do crime.*
>
> POLICIAIS CIVIS - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - REPRIMENDA SUPERIOR A 04 ANOS – INCIDÊNCIA DO EFEITO SECUNDÁRIO DA CONDENAÇÃO - PERDA DE FUNÇÃO PÚBLICA - *EXEGESE DA NOVA REDAÇÃO DO INCISO I DO ART. 92 DO CP, DADA PELA LEI N. 9.268/96 – DECISÃO DEVIDAMENTE MOTIVADA - SANÇÃO MANTIDA - RECURSOS PROVIDOS PARCIALMENTE".*

Narram, os recorrentes, que foram denunciados com outras pessoas como incursos nas sanções dos arts. 12, *caput,* e § 2°, III, c/c 14 e 18, II, todos da Lei n° 6.368/76, sendo que foram condenados às penas de 9 (nove) anos de reclusão e multa, além da perda da função pública.

Sustentam que o acórdão do Tribunal de Justiça contrariou os arts. e *5°,* LIII, LIV, LV, LVI e LVII , 129, I, VI e VIII, 144, § 1°, I e IV e § 4° e 93, IX, todos da Constituição Federal.

Informam que foram colhidos depoimentos diretamente pelo Ministério Público, além de ter sido feita gravação clandestina unilateralmente pelo *Parquet,* sendo ainda consideradas provas emprestadas (testemunhos prestados na Corregedoria da Polícia Civil), sendo provas ilícitas diretamente ou por derivação.

Esclarecem que o Ministério Público não tem atribuição para instaurar inquérito policial, eis que apenas a Polícia Judiciária pode fazê-lo.

Houve usurpação das atribuições da Polícia Judiciária pelo Ministério Público. Alguns co-denunciados e testemunhas foram ouvidas à margem da instrução processual. A testemunha Volmir da Silva foi ouvida pelo representante do Ministério Público na presença do juiz sentenciante, sendo prova ilícita.

Consideram que a fita de áudio e vídeo também constitui prova ilícita, eis que contém depoimentos colhidos pessoalmente pelo Promotor de Justiça no seu gabinete. A fita sequer foi periciada, sendo que houve retratação dos depoimentos prestados. Da mesma forma, entendem que a prova emprestada não é prova lícita, eis que colhida em processo com partes distintas, ferindo o contraditório e a ampla defesa.

Aduzem que, na aplicação da pena, houve incorreta consideração de maus antecedentes, violando o princípio constitucional da presunção de inocência, Não houve fundamentação idônea para o decreto da perda da função pública dos recorrentes, bem como em relação à necessidade da manutenção de suas prisões após a sentença.

Assim, requerem o provimento do recurso para o fim de ser reformado o acórdão recorrido, com o trancamento da ação penal, ou alternativamente com a determinação de desentranhamento das provas ilícitas e emprestadas, com a exclusão da pena de perda da função pública e, finalmente, com a revogação das prisões cautelares.

2. Houve apresentação de contra-razões pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, no sentido de não ser admitido o recurso (fls. 1.994/2.003).

3. Decisão que admitiu o recurso extraordinário (fls. 2.008/2.009).

4. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso especial interposto contra o acórdão da Corte local, deu-lhe parcial provimento para o

fim de cassar o acórdão e anular a sentença na parte da fixação da pena-base e de perda da função pública (fls. 2.242/2.253).

5. Manifestação da Procuradoria-Geral da República no sentido do improvimento do recurso (fls. 2.334/2.348).

É o retatório.

VOTO

1. O recurso extraordinário busca debater quatro questões centrais: a) a nulidade do processo em razão da obtenção de prova ilícita (depoimentos colhidos diretamente pelo Ministério Público em procedimento próprio; gravação de áudio e vídeo realizada pelo Ministério Público; consideração de prova emprestada); b) invasão das atribuições da polícia judiciária pelo Ministério Público Federal; c) incorreção na dosimetria da pena com violação ao princípio da inocência na consideração dos maus antecedentes na fixação da pena-base; d) ausência de fundamentação para o decreto de perda da função pública.

Reconsidero o despacho que havia determinado a suspensão do processo, eis que a matéria relacionada aos poderes investigatórios do Ministério Público ainda não foi definitivamente apreciada pelo Pleno desta Corte, não sendo possível a suspensão indefinida do processamento da causa.

Aproveito para transcrever trecho do parecer da Procuradoria-Geral da República, que bem pontuou a parte do recurso extraordinário que restou prejudicada em razão do julgamento do recurso especial pelo STJ, bem como a outra parte que não deve ser conhecida (fls. 2.340/2.342):

> "Inicialmente, verifico que este recurso está prejudicado na parte em que refuta a aplicação da pena e perda do cargo público pelos recorrentes, já que o apelo especial foi provido em relação a esses pontos, sendo

> determinado novo cálculo da pena-base e a fundamentação da medida prevista no art. 92, inciso I do CP.
>
> Resta analisar, assim, as alegações relativas às provas utilizadas no processo.
>
> Antes de entrar no exame do mérito, ressalto que o presente recurso preenche os requisitos de adequação, legitimidade, interesse e tempestividade. No tocante ao prequestionamento, contudo, observo que o Tribunal a quo limitou-se a analisar o art. 129, incisos I e VIII, da Constituição Federal, não manifestando, de forma expressa, qualquer posicionamento sobre os demais dispositivos tidos por violados (art. 5°, incisos LIII e LVII e art. 144, § 1°, incisos I e IV e § 4°). De acordo com a Jurisprudência desse Eg. Supremo Tribunal Federal, 'a questão constitucional há de ter sido posta à decisão da Corte e por essa decidida" (trecho do voto proferido pelo Min. Carlos Velloso ao examinar o AI 488817 AgR/SP, DJ de 03/09/2005).
>
> (...)
>
> *Assim, é de todo impertinente, por ausência de prequestionamento, conhecer do extraordinário por negativa de vigência aos arts. 5º, incisos LIII e LVII e 144, § 1°, incisos I e IV e § 4º. Por isso, e seguindo a linha de entendimento desse Eg. Tribunal, concluo que este apelo extraordinário deve ser conhecido apenas no tocante à suposta violação ao art. 129, incisos i e VIII da Constituição Federal, dispositivos que foram efetivamente debatidos no acórdão recorrido, à fl. 1.427 (vol. 8)."*

2. Registro que, efetivamente, o extraordinário somente deve ser conhecido em relação às atribuições do Ministério Público (CF, art. 129, I e VIII), porquanto as questões relativas à suposta violação ao princípio constitucional da presunção de inocência na fixação da pena-base e à suposta falta de fundamentação na decretação da perda da função pública dos recorrentes, já foram apreciadas e resolvidas no julgamento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça.

Remanesceria, apenas, as outras duas questões indicadas no início deste voto - nulidade do processo por obtenção de prova ilícita e falta de atribuição do Ministério Público para promover atos de investigação cri-

minal -, sendo que, no entanto, apenas houve debate sobre as atribuições do Ministério Público, previstas constitucionalmente. O ponto relacionado à nulidade do processo por suposta obtenção e produção de prova ilícita à luz da normativa constitucional, com efeito, não foi objeto de debate no acórdão recorrido.

Esta Corte já se pronunciou no sentido de que "o debate do tema constitucional deve ser explícito" (RE 428.194 AgR/MG, rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, DJ 28.10.2005) e, assim, "a ausência de efetiva apreciação do litígio constitucional, por parte do Tribunal de que emanou o acórdão impugnado, não autoriza — ante a falta de prequestionamento explícito da controvérsia jurídica — a utilização do recurso extraordinário" (AI 557.344 AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 11.11.2005).

3. Assim, as arguições de violação aos princípios e garantias do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, evidentemente, tocam em temas de natureza infraconstitucional, não havendo que se cogitar de afronta direta às normas constitucionais apontadas. A esse respeito, o recurso extraordinário sequer merece ser conhecido.

4. Remanesce a questão afeta à possibilidade de o Ministério Público promover procedimento administrativo de cunho investigatório e o possível malferimento da norma contida no art. 129, I e VIII, da Constituição Federal.

Considero oportuna a transcrição dos seguintes trechos da manifestação da Procuradoria-Geral da República a respeito de tal questão (fls. 2.342/2.347):

> "O conjunto probatório deixou claro que os recorrentes, todos policiais civis, estavam associados para a prática de tráfico ilícito de entorpecentes na cidade de Chapecó/SC. César Augusto Gallon mantinha sociedade permanente com Telmo Ramos (co-denunciado), Irani de Jesus da Silva, Vilson Antônio Brunello e Ari Veloso dos Santos (os três últimos são ora recorrentes), a fim de auferir lucros e dividendos comuns oriundos

do comércio de drogas, mediante facilitação proveniente da condição de agentes públicos.

O Tribunal a quo *reconheceu que o Ministério Público ouviu depoimentos de testemunhas, os quais foram essenciais à descoberta dos fatos, como se extrai do trecho a seguir (fls.1.432/1.433):*

'Em período antecedente à prisão dos acusados, apareceu na Promotoria de Justiça, o Sr. Volmir da Silva, dizendo que seu filho, Altamir da Silva estaria envolvido com entorpecentes e queria uma orientação, esclarecendo que ele, seu referido filho, não linha condições financeiras para manter o vício, e, esporadicamente, efetuava pequenas vendas de drogas, motivando o órgão ministerial a tomar o depoimento de Altamir.

Então, no dia 06.11.01, Altamir informou que fazia transporte para um traficante conhecido por Telmo e que um policial gordão, com a alcunha de "Gallon", protegia e auxiliava na distribuição da erva proibida. Diante de tais informações, o órgão ministerial solicitou ajuda do grupo de operações especiais (P2) para, em conjunto, averiguarem a veracidade da delação (...).

Todavia, durante as investigações, nada constataram, o que levou os policiais militares a desconfiarem que o informante Altamir da Silva apenas se infiltrou para descobrir a operação da P2 (que uma semana antes havia apreendido 38 quilos de droga), por isso, não mais o acompanharam.

Em 15.11.01, por volta das 04:00h, Marcos Antônio dos Santos e Altamir da Silva pegaram o táxi Ford/Fiesta, placas MBB-2753, na rodoviária de Chapecó e, quando se deslocavam para um novo ponto de encontro, foram flagrados pelos policiais militares Tenente Maurício Gonçalves Veríssimo e soldados Marcos Correia Soares e Marcos Antônio dos Santos, os quais abordaram o veículo e, após revista pessoal e buscas no automóvel, lograram apreender 07 (sete) tijolos de maconha, envoltos em plástico com fita adesiva, acondicionados no interior de uma sacola azul, totalizando 10.600 kg (dez quilos e seiscentos gramas), oportunidade em que foram conduzidos à Delegacia de Polícia Federal, onde restaram autuados em flagrante.

Diante dessa situação, no dia 16.11.01, o Ministério Público chamou Altamir da Silva e, na presença de três Promotores de Justiça, colheu novo depoimento, confirmando que o material tóxico apreendido era aquele narrado anteriormente, ou seja, destinava-se ao traficante

Telmo Ramos, com a proteção da polícia civil, mais precisamente do agente público conhecido por "Gallon", e nunca imaginou que seriam presos. Desta forma, foi decretada a prisão preventiva de Telmo Ramos e César Augusto Gallon. Com a oitiva de outras testemunhas, restou evidenciada, também, a participação dos policiais Irani Jesus da Silva, Vilson Antônio Brunello e Ari Veloso do Santos, na associação criminosa destinada ao tráfico de substâncias entorpecentes em Chapecó, inclusive, aquela droga apreendida com Marcos e Altamir".

A atuação do Ministério Público junto com a Polícia Militar, como visto, deu-se em razão de depoimentos apontando que policiais civis estariam envolvidos na difusão de entorpecentes no Estado, 'sendo que, a partir da delação de Altamir ao Promotor de Justiça daquela Comarca e posterior abordagem dele e Marcos, ocorrida no dia 15.11.01, desvendou-se a associação criminosa entre os acusados, culminando com a prisão e apreensão do material tóxico' (fl. 1.434).

As razões recursais tenham invalidar os depoimentos do co-réu Telmo Ramos (fl. 97), das testemunhas José Alberi dos Santos (fl. 99), Joel de Araújo (fl. 100), M. C. (fls. 102/103), L.D.A. (fl. 490), Jair de Almeida (fl. 104), Vítor Antônio Prade (fls. 487/488), Juliano Seabra (fl. 489) e Volmir da Silva (fls. 616/617), alegando que foram obtidos de modo ilícito.

Esses depoimentos foram colhidos pelo Ministério Público, e serviram apenas para confirmar as provas produzidas regularmente durante a instrução criminal. A sentença não se baseou apenas em tais depoimentos para condenar os recorrentes, pautando-se, também, em outros colhidos em juízo. Apesar de o recurso tentar desqualificar tais provas, afirmando que são pessoas envolvidas com o tráfico de drogas, entendo que tal argumento não deve prosperar. No acórdão recorrido, o Tribunal de Justiça local destacou que Altamir da Silva, Marcos Antônio dos Santos, André Luiz Valentim, Joel de Araújo e o policial José Alberi dos Santos, entre outros, 'jamais foram presos pelos apelantes. Portanto, os depoimentos de tais pessoas são íntegros e incensuráveis. A remota possibilidade de alguma inimizade com qualquer dos acusados não têm a força de retirar o valor probandi do plexo de provas carreado aos autos' (fl. 1.431 - vol. 8).

Ao contrário do que sustenta a defesa, não é vedado ao Ministério Público realizar investigações, mormente quando integrantes da Polícia estão envolvidos nos crimes.

Com efeito, os arts. 4º do CPP e 144, inciso IV e § 4º da CF/88 conferem à Polícia Judiciária a atribuição de exercer a atividade estatal de investigação e coleta de dados, visando eventual oferecimento de denúncia. Essa atribuição, contudo, não é exclusiva das autoridades policiais, pois o mesmo dispositivo da Constituição nada menciona no sentido de restringir essa atividade, havendo outras formas de apuração, com as CPIs. O legislador não pretendeu subtrair do Ministério Público a possibilidade de também colher, por investigação, elementos necessários à formação da opinio delicti*, mesmo porque ele é titular da ação penal e destinatário final das investigações.*

Acentuam também o poder investigativo do Ministério Público as normas constitucionais que tratam especificamente desse órgão, seja porque tal poder é compatível com sua finalidade e com a propositura da ação penal pública (art. 129, inciso I, c/c incisos VI, VII e VIII, da CF, e disposições do art. 8° e seguintes da Lei Complementar n. 75/93), seja porque tal múnus (a investigação) consubstancia 'outras funções que lhe sejam conferidas', de que trata a primeira parte do inciso IX do art. 129 da CF.

O direito de propor a ação penal conferido ao Ministério Público não lhe garante apenas a possibilidade de provocar o Judiciário mediante oferecimento de denúncia. Mais do que isso, este órgão tem o direito/dever de procurar elementos que conduzam à verdade real, reunindo provas que possam efetivamente influir no veredicto final.

Não é razoável defender que a repressão ao crime fique na total dependência da atividade investigatória da Polícia, o que, sem dúvida, comprometeria o êxito da jurisdição criminal, mormente quando há envolvimento de policiais — como no caso — circunstância que, fatalmente, dificulta o esclarecimento dos fatos. In casu*, é indiscutível a influência dos recorrentes, que se aproveitaram de suas funções para facilitar as práticas criminosas, como se infere do seguinte trecho do acórdão recorrido (fl. 1.437 - vol. 8):*

'(...) Telmo Ramos, a seu turno, indagado perante o Ministério Público, embora tenha negado ser o proprietário do material tóxico apreendido com Altamir e Marcos, admitiu, não só o envolvimento dos policiais César, Ari, Irani e Vilson com o comércio ilícito no Município de Chapecó, como a sua condição de traficante, quando disse ter vendido drogas, em outra época, para sustentar seus filhos. Asseverou, ainda, que sabia de vários policiais que apoiavam o tráfico, inclusive, escoltando carros carregados de entorpecentes. Consoante suas palavras, todas as linhas que transitam a droga até Chapecó são de conhecimento dos policiais Ari, Silva, Gallon e Brunello.

> *Disse, também, já ter sido ameaçado por Gallon e Brunello, e que ninguém vende drogas dentro da cidade se não for sob o comando dos policiais em questão, os quais acobertavam os "grandões" do tráfico da cidade (...)'.*
>
> Em casos como esse, entendo que não apenas é lícito, mas é absolutamente indispensável que o Parquet realize diligências diretamente, mormente por deter o controle externo da Polícia (art. 129, inciso VII da CF), sob pena de existir uma classe de servidores públicos, os policiais, que nunca responderá pelos seus atos, porque as investigações feitas pela polícia, quando envolvem seus pares, normalmente são infrutíferas.
>
> (...)".

A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requisite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, mormente em casos graves como o presente que envolvem a presença de policiais civis e militares na prática de crimes graves como o tráfico de substância entorpecente e a associação para fins de tráfico.

É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito, ainda que a título excepcional, como é a hipótese do caso em tela. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti.*

Apesar de não haver, até a presente data, um pronunciamento do Pleno do STF quanto ao tema, esta Colenda 2ª Turma já manifestou entendimento no sentido de ser permitido ao Ministério Público investigar

em seara criminal (HC 91.661, de minha relatoria e HC 89.837, Rel. Min. Celso de Mello).

5. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao *parquet* a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia.

Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim — promoção da ação penal pública — foi outorgada ao *parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia.

Assim, reconheço a possibilidade de, em algumas hipóteses, ser admitida a legitimidade da promoção de atos de investigação por parte do Ministério Público, mormente quando se verifique algum motivo que se revele autorizador de tal investigação. Tal motivo, no caso em questão, representa a verificação do envolvimento de policiais na prática dos crimes de tráfico espúrio de altas quantidades de entorpecente, bem como de associação para fins de tráfico.

Levando em consideração os dados fáticos considerados nos autos, os policiais identificados se associaram a outras pessoas para a perpetração de tais crimes, realizando, entre outras atividades, a de "escolta" de veículos contendo o entorpecente e de "controle" de todo o comércio espúrio no município de Chapecó.

6. Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso extraordinário e, nessa parte, nego-lhe provimento.

É como voto.

VOTO DO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO

Senhora Presidente, quero deixar muito clara a minha posição neste caso, a qual vem do fato de que o Ministério Público tem constitucionalmente o poder de fiscalização da atividade policial. Apenas neste caso reconheço a competência do Ministério Público, em razão da função de fiscalização da atividade policial, da sua atividade externa.

Por isso, neste caso, acompanho Vossa Excelência; apenas neste caso *e* por essa circunstância.

Recurso Extraordinário n. 592.905, de Santa Catarina

Relator: Min. Eros Grau
Recorrente: HSBC Investment Bank Brasil S/A – Banco de Investimento
Advogados: Pedro Miranda de Oliveira e outros
Advogado: Aldir Guimarães Passarinho
Advogado: Luiz Rodrigues Wambier
Recorrido: Município de Caçador
Advogados: Gustavo Henrique Serpa e outros
Advogada: Renata Saraiva
Intimada: Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras – Abrasf
Advogado: Ricardo Almeida Ribeiro da Silva

EMENTA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ISS. ARRENDAMENTO MERCANTIL. OPERAÇÃO DE *LEASING* FINANCEIRO. ARTIGO 156, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

O arrendamento mercantil compreende três modalidades, (I) o *leasing* operacional, (II) o *leasing* financeiro e (III) o chamado *lease-back*. No primeiro caso há locação, nos outros dois, serviço.

A lei complementar não define o que é serviço, apenas o declara, para os fins do inciso III do artigo 156 da Constituição. Não o inventa, simplesmente descobre o que é serviço para os efeitos do inciso III do artigo 156 da Constituição. No arrendamento mercantil *(leasing* financeiro), contrato autônomo que não é misto, o núcleo é o financiamento, não uma prestação de

dar. E financiamento é serviço, sobre o qual o ISS pode incidir, resultando irrelevante a existência de uma compra nas hipóteses do *leasing* financeiro e do *lease-back*.

Recurso extraordinário a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos e nos termos do voto do relator, em negar provimento ao recurso extraordinário.

Brasília, 2 de dezembro de 2009.

Ministro Eros Grau, Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina nos embargos infringentes em apelação cível, com o seguinte teor:

> "EMBARGOS INFRINGENTES - TRIBUTÁRIO - ISS - INCIDÊNCIA EM CONTRATOS DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (*LEASING*) - DECRETO-LEI N. 406/68 - LC N. 116/03 - SÚMULA PERSUASIVA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - EXEGESE - MATÉRIA SEM CUNHO CONSTITUCIONAL - PLEITO ACOLHIDO - RETORNO DOS AUTOS AO ÓRGÃO FRACIONÁRIO PARA EXAME DAS DEMAIS MATÉRIAS DEDUZIDAS.
>
> O egrégio Grupo de Câmaras de Direito Público deste Areópago, no julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência, na sessão realizada no mês de novembro de 2006 (Súmula 18), assentou que é

> aplicável ao arrendamento mercantil de coisas móveis a Súmula n. l38 do Superior Tribunal de Justiça (EI n. 2006.003153-9).
>
> Do mesmo modo, constando no julgamento do RE n. 116.121, do Supremo Tribunal Federal, que o '*leasing*, os acórdãos, pelo menos, da Primeira Turma, deixaram para a matéria infraconstitucional, porque implicava definir a natureza do contrato de *leasing*, se financeiro, se locação', Súmula n. 138 do STJ é hígida e relativa à matéria infraconstitucional, não cabendo, nesta parte, recebimento do apelo.
>
> Em hipótese semelhante, o Superior Tribunal de Justiça sem divergir do Excelso Pretório, deixou de apreciar tema somente porque 'a matéria trazida no recurso especial, relativa à incidência do ISS sobre as operações de arrendamento mercantil, foi decidida no acórdão recorrido por fundamentos de natureza eminentemente constitucional, insuscetíveis de exame nesta via' (REsp.n. 826699)."

2. HSBC INVESTMENT BANK BRASIL S/A - BANCO DE INVESTIMENTO interpôs o presente recurso extraordinário no ponto relativo à inexistência de obrigação jurídica e anulação da CDA, em função da inconstitucionalidade da incidência do ISS sobre operações de arrendamento mercantil financeiro.

3. Alega que o acórdão recorrido negou vigência aos artigos 156, III e 146, III, a, da Constituição do Brasil, pois arrendamento mercantil traduz-se em obrigação de dar, que não caracteriza prestação de serviço, na qual a obrigação é tipicamente, de fazer.

4. Requer o provimento do recurso extraordinário.

É o relatório.

VOTO

Não há de ser necessária a reprodução, aqui, das razões e contra-razões esgrimidas no debate a propósito do caráter jurídico — menciona-se equivocadamente, *natureza* jurídica, como se institutos jurídico pertencessem ao mundo natural — a propósito do caráter jurídico, dizia, do contrato de

leasing. O arrendamento mercantil é contrato autônomo. Leio, sucessivamente, em Orlando Gomes e em Fábio Konder Comparato: "é dominante na doutrina mais recente o juízo de que *leasing é* um contrato autônomo, muito embora resulte da fusão de elementos de outros contratos, mas não pode ser classificado como contrato misto, composto por prestações típicas da locação, da compra e de outros contratos, porque tem causa própria e já se tipicizou"; "o contrato de leasing caracteriza-se como negócio jurídico complexo, e não simplesmente como coligação de negócios. Dizemos não simplesmente, porque na verdade o contrato entre sociedade financeira e o utilizador do material é sempre coligado ao contrato de compra e venda do equipamento entre a sociedade financeira e o produtor. Mas o *leasing* propriamente dito, não obstante a pluralidade de relações obrigacionais típicas que o compõem, apresenta-se funcionalmente uno: a 'causa' do negócio é sempre o financiamento de investimentos produtivos" (Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 463; Contrato de *leasing,* Revista dos Tribunais, n. 389, p. 10).

2. É certo, por outro lado, que o arrendamento mercantil compreende três modalidades, (I) o *leasing* operacional, (II) o *leasing* financeiro e (III) o chamado *lease-back*. No primeiro caso há locação, nos outros dois, serviço.

No *leasing operacional* (arrendamento mercantil) o fabricante de um bem o dá em locação a quem dele fará uso. O arrendante é o próprio produtor industrial. "Esse tipo é muito usado principalmente nos Estados Unidos da América do Norte, especialmente pelos fabricantes de automóvel, sendo arrendatárias as grande locadoras, tipo Avis ou Hertz. Estas empresas de grande porte através do *renting* alugam inúmeras vezes a clientes diversos um mesmo veículo, cujo uso constante e ininterrupto logo o torna obsoleto, e por isso a manutenção é feita pela arrendante. Muito usado também pelos fabricantes de equipamentos eletrônicos" (cf.

Jorge Pereira Andrade: Contratos Nominados. Coordenador Yussef Said Cahali *et al*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 217).

A Resolução 2.309/96, do Banco Central do Brasil, no seu artigo 6º enuncia sua definição legal:

> Art. 6º Considera-se arrendamento mercantil operacional a modalidade em que:
>
> I - as contraprestações a serem pagas pela arrendatária contemplem o custo de arrendamento do bem e os serviços inerentes à sua colocação à disposição da arrendatária, não podendo o total dos pagamentos da espécie ultrapassar 75% [setenta e cinco por cento] do custo do bem arrendado;
>
> II - as despesas de manutenção, assistência técnica serviços correlatos à operacionalidade do bem arrendado sejam de responsabilidade da arrendadora ou da arrendatária;
>
> III- o preço para o exercício da opção de compra seja valor de mercado do bem arrendado.

O *leasing* financeiro é a modalidade clássica ou pura de *leasing* e, na prática, certamente a mais utilizada. Dessa espécie é a operação referida no recurso de que ora cuidamos. Nessa modalidade, a arrendadora adquire bens de um fabricante ou fornecedor e entrega seu uso e gozo ao arrendatário, mediante pagamento de uma contraprestação periódica, ao final da locação abrindo-se a este a possibilidade de devolver o bem à arrendadora, renovar a locação ou adquiri-lo pelo preço residual combinado no contrato. No *leasing* financeiro prepondera o caráter de financiamento e nele a arrendadora, que desempenha a função de locadora, surge como intermediária entre o fornecedor e o arrendatário.

A Resolução n. 2.309/96, do Banco Central do Brasil, em seu artigo 5º define o arrendamento mercantil financeiro nos seguintes termos:

> "Art. 5º. Considera-se arrendamento mercantil financeiro a modalidade em que:

> I - as contraprestações e demais pagamentos previstos no contrato, devidos pela arrendatária, sejam normalmente suficientes para que a arrendadora recupere o custo do bem arrendado durante o prazo contratual da operação e adicionalmente, obtenha um retorno sobre os recursos investidos;
>
> II - as despesas de manutenção, assistência técnica e serviços correlatos à operacionalidade do bem arrendado sejam de responsabilidade da arrendatária;
>
> III - o preço para o exercício da opção de compra seja livremente pactuado, podendo ser, inclusive, o valor de mercado do bem arrendado."

Athos Gusmão Carneiro explicita a distinção que aparta os dois institutos da seguinte forma: "vê-se que no *leasing* financeiro prepondera o fator 'financiamento', enquanto no *leasing* operacional sobreleva o aspecto 'locação'" [*Leasing*: O Contrato de '*leasing*' financeiro e as ações revisionais. Revista Jurídica, n. 237, Julho/1997, p. 5-18].

No *sale and lease-back a* própria arrendatária vende um bem que lhe pertence à arrendadora e, em seguida, toma-o de volta, em arrendamento mercantil. "O caso é que, não raro, uma empresa pretendendo expandir-se, não dispõe de capital suficiente para tal ou, aquele que tem em mãos representa pouco ou é indispensável às suas atividades, de modo que não pode ser imobilizado. Nestes casos a empresa desafeta um bem que lhe pertence e o aliena à uma empresa de arrendamento mercantil, dela recebendo o pagamento, muitas vezes à vista, promovendo, assim, um acréscimo em seu capital. E, como a empresa precisa utilizar aquele bem em sua atividade, à alienação segue-se o arrendamento do mesmo bem, através de contrato de *leasing* onde a vendedora figura como arrendatária. O bem nem mesmo chega a sair da posse da arrendatária. No mais, *a* operação reveste-se de todos os caracteres existentes no contrato de *leasing* financeiro" [Luiz Adriando Lima: O Contrato de *Leasing* - *The leasing contract*. Revista da USF, v. 16, p. 163. Art. disponibilizado no repertório Juris Síntese Milenium — Março/Abril de 2002].

O *lease-back* está previsto no artigo 9º da Lei n. 6.099/74, com as alterações introduzidas pela Lei n. 7.132/83. E sobre ele dispõe o artigo 23 da Resolução n. 2.309/96 do Banco Central:

> "Art. 23 - As operações de arrendamento mercantil contratadas com o próprio vendedor do bem ou com pessoas a ele coligadas ou interdependentes somente podem ser contratadas na modalidade de arrendamento mercantil financeiro, aplicando-se a elas as mesmas condições fixadas neste regulamento".

3. Financiamento é serviço, sobre o qual o ISS pode incidir. É irrelevante, nas duas últimas hipóteses - *leasing* financeiro e *lease-back* –, existir uma compra. O fato é que toda e qualquer prestação de serviço envolve, em intensidades distintas, utilização de algum bem.

Colho, em bem lançado parecer que veio a minhas mãos, do Ministro Ilmar Galvão, a alusão a atividades análogas ao serviço de hospedagem em hotel, que não obstante propicie o fornecimento de bens aos usuários do serviço, permanece a caracterizar prestação de serviços. Permito-me transcrever, desse parecer – muito expressivo, repito – o seguinte trecho:

> "3.23. Desenganadamente, tem, a lei complementar, no caso do ISS, a função de definir essas operações mistas mediante a sua inclusão na lista de serviços quando optar pela prevalência do aspecto serviço, em detrimento, v. g., do fornecimento de mercadoria, ainda que o serviço não se constitua como atividade preponderante do prestador.
>
> 3.24. Aliás, uma das principais competências que foram reservadas pela Constituição à lei complementar tributária foi a de dirimir conflitos entre competências tributárias, no caso, entre a competência estadual para ICMS e a municipal para o ISS.
>
> 3.25. Tem-se, assim, que a lei complementar a que se refere o art. 156, III, da CF, ao definir os serviços de qualquer natureza a serem tributados pelo ISS: a) arrola serviços por natureza; b) inclui serviços que, não exprimindo a natureza de outro tipo de atividade, passam à categoria de serviços, para fim de incidência do tributo, por força de lei, visto que, se assim não considerados, restariam incólumes a qualquer tributo; e

c) em caso de operações mistas, afirma a prevalência do serviço, para fim de tributação pelo ISS.

3.26. Da espécie sob (a) é a maioria dos serviços relacionados pela LC n.116/2003, dispensando maiores considerações.

3.27. Acerca das operações sob (c), o art. 1º, § 2º, da LC n. 116/2003, contém regra dispondo que, ressalvadas a exceções contidas na lista, os serviços nela relacionados não ficam sujeitos a ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadoria.

3.28. Exemplos dessa espécie são os seguintes;

7.05. Reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres;

7.13. Dedetização, desinfecção, desinsetização, imunização, higienização, desratização, pulverização e congêneres;

7.16. Florestamento, reflorestamento, semeadura, adubação e congêneres;

7.17. Escoramento, contenção de encostas e serviços congêneres;

7.22. Nucleação e bombardeamento de nuvens e congêneres

13.05. Composição gráfica, fotocomposição, clicheria, zincografia, litografia, fotolitografia;

14.04. Recauchutagem ou regeneração de pneus;

14.07. Colocação de molduras e congêneres;

24.01. Serviços de chaveiros, confecção de carimbos placas, sinalização visual, banners, adesivos e congêneres;

25.01. Funerais, inclusive fornecimento de caixão, urna ou esquifes; aluguel de capela, fornecimento de véus, flores, coroas e outros paramentos, etc.

3.29. Por fim, da espécie sob (b), também não são poucos os exemplos, cabendo assinalar os seguintes:

3.03. Exploração de salões de festas, centro de convenções, escritórios virtuais, *stands*, quadras esportivas, estádios, ginásios, auditórios, casas de espetáculos, parques de diversos, canchas e congêneres, para realização de eventos ou negócios de qualquer natureza;

3.04. Locação, sublocação, arrendamento, direito de passagem ou permissão de uso, compartilhado ou não, de ferrovia, rodovia, postes, cabos dutos e condutos de qualquer natureza;

3.05. Cessão de andaimes, palcos, coberturas e outras estruturas de uso temporário;

6.04. Ginástica, dança, esportes, natação, artes marciais e demais atividades físicas;

6.05. Centros de emagrecimento, spa e congêneres;

9.01. Hospedagem de qualquer natureza em hotéis, apart-service condominiais, flat, apart-hotéis, hotéis residência, residence-service, suites service, hotelaria marítima, motéis, pensões e congêneres; ocupação por temporada com fornecimento de serviço, inclusive o valor da alimentação e gorjeta, quando incluídos no preço da diária;

11.01. Guarda e estacionamento de veículos terrestre automotores, de aeronaves e de embarcações;

12.09. Bilhares, boliches e diversões eletrônicas ou não;

15.03. Locação e manutenção de cofres particulares, de terminais eletrônicos, de terminais de atendimento e de bens e equipamentos em geral;

15.12. Custódia em geral, inclusive de títulos e valore mobiliários;

19.01. Serviços de distribuição e venda de bilhetes e demais produtos de loteria, bingos, cartões, pules ou cupons de apostas, etc.;

22.01. Serviços de exploração de rodovia mediante cobrança de preço ou pedágio dos usuários, envolvendo execução de serviços de conservação, manutenção, melhoramentos para adequação de capacidade e segurança de trânsito, etc.;

3.30. Como ficou dito acima, trata-se de serviços assim conceituados por força da própria lei, configurando atividades que, em si mesmas, não revestem essa natureza, mas que, também, não exprimem, rigorosamente, a natureza de outro tipo de atividade diferentemente tributada, de tal sorte que, sem aquela definição legal, tais atividades, injustificadamente, ficariam a cobro de qualquer exação fiscal."

4. O chamado *leasing* financeiro – valho-me ainda de observação do Ministro Ilmar Galvão – configura "atividade que não se exerce senão mediante prestação de considerável parcela de serviços diversificados, a cargo, não apenas dos dirigentes, mas também dos prepostos, auxiliares e empregados da arrendadora, serviços esses insuscetíveis de ser absorvidos pela subjacente operação de locação de bens, a qual de sua vez, obviamente, não gera obrigação de dar, mas, ao revés, de pôr a coisa à disposição do locatário e de garantir a este o seu uso pacífico, deveres que mas se assimilam a prestação de serviço do que a circulação de mercadoria ou outra qualquer operação tributável."

Em síntese, há serviços, para os efeitos do inciso III do artigo 156 da Constituição, que, por serem de *qualquer natureza,* não consubstanciam *típicas* obrigações de fazer. Raciocínio adverso a este conduziria à afirmação de que haveria serviço apenas na prestações de fazer, nos termos do que define o direito privado Note-se, contudo, que afirmação como tal faz tábula rasa da expressão "de qualquer natureza", afirmada do texto da Constituição. Não me excedo em lembrar que toda atividade de dar consubstancia também um fazer e há inúmeras atividades de fazer que envolvem um dar.

A lei complementar não define o que é serviço, apenas o declara, para os fins do inciso III do artigo 156 da Constituição. Não o inventa, simplesmente descobre o que é serviço para os efeitos do inciso III do artigo 156 da Constituição. No arrendamento mercantil *(leasing financeiro),* contrato autônomo que não é contrato misto, o núcleo é o financiamento, não uma prestação de dar. E financiamento é serviço, sobre o qual o ISS pode incidir, resultando irrelevante a existência de uma compra nas hipóteses do *leasing,* financeiro e do *lease-back.*

5. Outro tema, distinto do que nestes autos é debatido, é o atinente à base de cálculo do tributo, que há de corresponder ao preço do serviço prestado. Isso não se discute, contudo, nestes autos.

6. Daí que a questão é, na verdade, singela. Feita a distinção entre as três modalidades de arrendamento mercantil e observado que no *leasing* operacional há locação, ao passo que no *leasing* financeiro e no chamado *lease-back* há prestação de serviços, inclusive para o fim disposto no art. 156, III, da Constituição, nego provimento ao recurso extraordinário.

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Senhor Presidente, inicialmente cumprimento os votos já proferidos pelos Ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa, mas também gostaria de cumprimentar os inúmeros memoriais e pareceres que recebi das partes envolvidas, tanto dos Procuradores Municipais, os representantes dos Municípios, quanto dos particulares. Esse subsídio, mais uma vez, demonstra o cumprimento da vocação da advocacia, de ser função essencial à Justiça e de auxiliar no exercício da judicatura. Estão de parabéns todos os que atuaram nestes autos.

Senhor Presidente, como definiu em seu voto o Ministro Eros Grau, agora já acompanhado também pelo Ministro Joaquim Barbosa, há prestação de serviço. Estou de acordo com esse posicionamento, com esse conceito, com essa definição. E a Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003, no seu item 15.09, estabeleceu a possibilidade de incidência do ISS sobre o arrendamento mercantil.

Tive a preocupação de consultar o Banco Central do Brasil. Por que tive essa preocupação? Porque temos, no artigo 48 da Constituição, a seguinte competência dada ao Congresso Nacional:

> "Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52,

> dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:
>
> (...)
>
> *XIII* - matéria *financeira, cambial e monetária,* instituições *financeiras e suas operações;"*

É sabido que, por força do artigo 25 do ADCT, essas competências estão delegadas ao Conselho Monetário Nacional que legisla e, portanto, edita normas de caráter cogente, com efeito *erga omnes*, sobre esse tema. Enquanto não regulamentado o dispositivo do artigo 192 da Constituição Federal, restará em vigência, por força do artigo 25 do ADCT, as competências do Conselho Monetário Nacional.

Procurei saber se havia alguma resolução do Conselho Monetário Nacional, através do Banco Central do Brasil, pois o Banco Central do Brasil *é* o órgão executivo do Conselho Monetário Nacional, e recebi informação por escrito, subscrita por Procuradores do Banco Central do Brasil, que apontam (leio literalmente a conclusão):

> "Os atos normativos editados pelo Conselho Monetário Nacional não estabelecem quaisquer restrições à cobrança do ISS sobre operações de arrendamento mercantil."

Então, concluo que a Lei Complementar n. 116 permite e autoriza os municípios a instituírem o ISS sobre o arrendamento mercantil. A respeito da conceituação do arrendamento mercantil como serviço, deixo de fazê-lo e subscrevo o que já foi trazido nos dois votos proferidos pelos Ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa.

E, tendo em vista que não há nenhum impedimento, por outro ato normativo do Conselho Monetário Nacional a essa tributação no tocante às operações financeiras, acompanho os votos já proferidos no Plenário.

É como voto.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Senhor Presidente, também acompanho o Ministro Relator, agora com as lições trazidas no voto vista do Ministro Joaquim Barbosa.

Considero que, neste caso, caracteriza-se como serviço para fins do que constitucionalmente estabelecido e, portanto, pode incidir o imposto, razão pela qual, nos termos exatamente do que decidido, acompanho o Relator e, agora, os que o seguiram, afirmando, inclusive, que toda a legislação feita é exatamente no sentido de reiterar a incidência dessa tributação sem que tenha havido qualquer modificação, o que também me parece uma jurisprudência bem consolidada.

É como Voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Senhor Presidente, também acompanho o eminente *Relator* e todos os demais Ministros que o seguiram.

Entendo também que o contrato de *leasing* é um contrato complexo, em que predomina a prestação de serviço e, como tal, é tributável pelo ISS. Observo que os operadores de *leasing* estão no melhor mundo possível porque eles não pagam ISS, não pagam ICMS, não pagam IOF. Qual seria o tributo, então, que incidiria sobre essa operação? Ele está indicado na lei complementar. E essa lei complementar, como demonstrado à saciedade, não conflita com a Constituição Federal. Assim, a meu ver, esse é o tributo que recai sobre tal tipo de operação.

Portanto, acompanho o Relator.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Senhor Presidente, também dou pela constitucionalidade da cobrança do ISS e, consequentemente, pelo provimento do recurso. Entendo que disponibilizar crédito para a obtenção de um bem destinado a uso não é senão um ato de intermediar, ou seja, fazer uma intermediação, obrigação de fazer, portanto. Aliás, na linguagem coloquial, nunca se diz dar um empréstimo, mas sim fazer um empréstimo. O *leasing* é um contrato reconhecidamente híbrido, não se confunde com locação de bens móveis, implica prestação de serviços, consistente na obtenção de um bem e, simultaneamente, na administração de um financiamento. Quer dizer, é serviço, portanto, sem nenhuma dúvida. Aliás, o próprio nome Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza já revela o propósito mais abrangente possível da Constituição nas obrigações de fazer - serviços de qualquer natureza - e não há dúvida de que a obtenção de financiamento para a compra de um bem, por exemplo, um automóvel, implica disponibilizar um crédito, que é fazer um crédito, portanto, a obrigação de fazer.

Eu acompanho o eminente Relator com as preciosas achegas do Ministro Joaquim Barbosa.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Senhor Presidente, eu também peço vênia para acompanhar o eminente Relator, observando apenas que as dificuldades teóricas opostas pelas teses contrárias a todos os votos já proferidos vêm, a meu ver, de um erro que eu não diria apenas histórico, mas um erro de perspectiva, qual seja o de tentar interpretar não apenas a complexidade da economia do mundo atual, mas sobretudo os instrumentos, institutos e figuras jurídicos com que o ordenamento regula tais atividades complexas com a aplicação de concepções adequadas a certa

simplicidade do mundo do império romano, em que certo número de contratos típicos apresentavam obrigações explicáveis com base na distinção escolástica entre obrigações de dar, fazer e não fazer.

O mundo moderno é extremamente mais complexo para poder ser explicado à luz da economia do mundo romano ou à luz dos institutos que ali os regiam. O contrato é complexo, envolve uma série de atos que pode, de algum modo, ser reduzida à produção individualizada de uma só atividade. E isso, evidentemente, só pode corresponder, hoje, ao sentido de prestação de serviços, e não ao de doação ou de outra coisa similar, razões pelas quais eu acompanho inteiramente o Relator.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, peço vênia aos Colegas para divergir.

Entendo que locação, gênero, não é serviço. Valho-me, em primeiro lugar, da regra constitucional. O tributo da competência dos municípios diz respeito a serviço prestado, ou seja, a desempenho de atividade, a obrigação de *fazer* e não de dar.

O Código Tributário Nacional mostrou-se pedagógico ao prever, no artigo 110, que:

> *"Art. 110. A lei tributaria" - e aí teríamos a lei complementar - "não pode alterar a definição, o conteúdo e* o *alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados,* expressa ou *implicitamente, pela Constituição Federal,"* - aqui a *constituição Federal utiliza a expressão ou* o *vocábulo "serviço" - "pelas constituições dos* Estados, ou *pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir* ou *limitar competências tributárias."*

O aspecto formal, presente a lei complementar, cede ao princípio da realidade. Cede à definição do instituto "serviço", *que* não pode ser confundido com a locação, já que, segundo definição de Clóvis Bevilacqua, locação é o contrato pelo qual uma das partes, mediante remuneração que

a outra paga, se compromete a fornecer, durante certo lapso de tempo, o uso *e* o gozo de coisa fungível.

O que ocorre com essa espécie de arrendamento que é o *leasing*? Ocorre que o arrendador se obriga a entregar o bem e o arrendatário a proceder à entrega de parcelas, tendo em conta o aluguel - gênero - desse bem. Onde há prestação de serviços? Onde há preponderância da prestação de serviços?

A partir desse enfoque é que a doutrina em peso, quando versa serviço, sinaliza a necessidade de existir não uma obrigação de dar, como ocorre no caso da locação, mas uma obrigação de fazer, um esforço desenvolvido no tocante ao destinatário dessa mesma obrigação de fazer. E tem-se a lição de Geraldo Ataliba, de Marçal Justen Filho, de Hugo Brito, de Ives Gandra, de Carrazá no sentido de que não há, no arrendamento - e o *leasing* é arrendamento, o *leasing* não deixa de ser espécie de locação -, a preponderância da prestação de serviço. Os serviços desenvolvidos no âmbito da empresa arrendadora não geram o direito a essa cobrança. E não se pode cogitar de lacuna normativa e estender competências tributárias específicas. O núcleo do tributo é único, ou seja, serviço, obrigação de fazer.

O Plenário defrontou-se com certa situação que guarda semelhança absoluta com a espécie e concluiu pela inconstitucionalidade de norma. Assim o fez no julgamento do Recurso Extraordinário n.116.121-3/SP, em 11 de outubro de 2000. São passados, é certo, nove anos, mas não houve mudança substancial da Carta da República a ditar outra óptica. Houve mudança, sim, na composição do Supremo, mas o Direito posto continua o mesmo, não é outro.

No julgamento do mencionado extraordinário, prevaleceu o entendimento de que o Imposto sobre Serviços não incide em se tratando de contrato de locação. O Plenário - vencido, é certo, o Relator, Ministro Octavio Gallotti, fiquei como redator designado para o acórdão, não como

relator, porque tive que adotar o relatório feito por Sua Excelência, o de sorteio - assentou:

> "IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - CONTRATO DE LOCAÇÃO. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável - artigo 110 do Código Tributário Nacional."

Presidente, continuo acreditando que há distinção substancial entre locação - repito - gênero, apanhando o arrendamento mercantil e apanhando a espécie de arrendamento mercantil, que é *o leasing*, e prestação de serviços. A arrendadora não presta serviços à arrendatária. O que faz é entregar um bem e, a partir dessa entrega, ter a contraprestação pela utilização do próprio bem móvel.

Creio que a doutrina tributária não incidiu em equívoco, e o disse o Supremo no precedente referido, no que assentou não haver o núcleo, não haver na espécie, considerado o *leasing,* o fato gerador do tributo da competência dos municípios, que *é* o Imposto sobre Serviços. Repito: o Plenário declarou a inconstitucionalidade da alusão contida no item 79 da lista de serviços a que se refere, ou se referia, o Decreto-Lei n. 406, de 31 de dezembro de 1968, no que, mediante potencialização do aspecto formal e em detrimento do conteúdo, o legislador veio a emprestar a locação - e aqui estamos a discutir locação - natureza inerente a obrigações de fazer. Fico a imaginar a existência de cláusula de compra que venha a ser acionada. Então ter-se-á a incidência do ICMS?

Creio ser o recurso do contribuinte.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Nesse caso, nós temos o recurso do município.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Os Colegas estão dando provimento, não é?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Provimento.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Peço vênia, Presidente, para reiterar o entendimento que sufraguei quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 116.121-3/SP, subscrevendo a doutrina em peso sobre a matéria, e, no caso, desprover o recurso do Município.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), Vossa Excelência me permite? Naquela oportunidade - se não me falha a memória -, o Ministro Moreira Alves apontou haver, no caso do *leasing,* do arrendamento, um misto de contrato. Locação e compra e venda. Surge o elemento complicador: se, ao término, o arrendatário acionar a opção de compra, passará a ocorrer a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços na operação de circulação da mercadoria?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Perfeito.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Eu também, pedindo vênia ao Ministro Marco Aurélio, e pelas razões que trouxe escritas, acompanho o voto do eminente Relator, Ministro Eros Grau, e dos Ministros que o seguiram, dando provimento ao recurso.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR) – Senhor presidente, *é* exatamente a mesma coisa; a única diferença *é* que, neste caso, *é* contribuinte quem recorre, de modo que, na medida em que votei no outro caso dando provimento, aqui eu nego. É exatamente a mesma

situação: não *é* arrendamento operacional, *é leasing* financeiro. De modo que não *é* análoga ao precedente anterior, *é* uma situação de *leasing* financeiro, igual a essa. É o mesmo voto.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Conflito de Competência n. 103.937, de Santa Catarina (2009/0033351-7)

Relator: Ministro Jorge Mussi
Autor: Shirley Terezinha Sartori
Advogado: Darcísio A. Müller
Réu: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Suscitante: Tribunal Regional Federal da 4ª Região
Suscitado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

EMENTA

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL E TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONTROVÉRSIA DE NATUREZA ACIDENTÁRIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL EM AMBAS AS INSTÂNCIAS. SÚMULA N. 501/STF.

1. A definição da competência em razão da matéria rege-se pela natureza jurídica da questão controvertida, a qual é aferida pela análise do pedido e da causa de pedir. Precedentes.

2. Mesmo que o julgador primevo tenha concedido benefício de natureza previdenciária, por constatar a presença de doença degenerativa, ainda assim, deve a ação prosseguir na justiça estadual, competente para processar e julgar lides de natureza acidentária em ambas as instâncias (Súmula n. 501/STF).

3. Conflito conhecido para declarar a competência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Suscitado, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Og Fernandes, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Arnaldo Esteves Lima, Maria Thereza de Assis Moura e Napoleão Nunes Maia Filho.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer e, ocasionalmente, os Srs. Ministros Nilson Naves e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília, 28 de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

RELATÓRIO

Shirley Terezinha Sartori ajuizou ação ordinária pleiteando a transformação do auxílio-doença em auxílio-doença por acidente do trabalho e posteriormente em aposentadoria por invalidez (fl. 12).

O Juiz de Direito da Comarca de Capinzal, na sentença, acolheu parcialmente o pedido da autora, condenando a autarquia no pagamento de auxílio-doença referente ao período de 7.5.2007 a 12.2007.

Em apelação, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina declarou-se incompetente, nos seguintes termos:

> (...) Convém reconhecer nesse aspecto, que ao iniciar a análise do mérito do caso, o MM. Juiz sentenciante, destacou que ante o fato do perito oficial ter atestado que não há nexo etiológico entre a lesão e o trabalho

> da autora, eventual benefício que lhe fosse concedido, seria de natureza previdenciária, e não acidentária.
>
> *Desse modo, visto que a competência desta esfera de jurisdição está restrita às hipóteses de infortúnio laboral, torna-se medida de rigor, por força do disposto no art. 109, § 4, da CRFB/88, sejam remetidos os autos ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, para julgamento do apelo interposto pela autora* (fls. 132/133).

Recebidos os autos, a Justiça Federal suscitou o presente conflito sustentando que a competência é fixada em razão do pedido, logo, sendo este de natureza acidentária, à Justiça Estadual compete apreciá-lo.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de ação ordinária movida por segurada contra o INSS, na qual a parte autora requereu a transformação do auxílio-doença em auxílio-doença por acidente do trabalho e posteriormente em aposentadoria por invalidez (fl. 12).

Em sentença proferida no juízo estadual, a autora obteve a concessão de benefício previdenciário (auxílio-doença) no período ali especificado. Registra-se, por oportuno, que aquele magistrado afastou a natureza acidentária do auxílio-doença baseado no laudo pericial, que concluiu pela ausência de nexo de causalidade com a atividade desempenhada. O deferimento do benefício, portanto, se deu em razão do exercício da competência delegada.

Em sede recursal, subiram os autos ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o qual considerou a atuação do juízo singular ter se dado por delegação de competência, motivo porque encaminhou os autos ao Tribunal Federal da 4ª Região, nos moldes do § 4º do artigo 109 da Carta Política.

De posse dos autos, a Corte Regional declinou da competência e suscitou o presente conflito, aduzindo a natureza acidentária do pedido inicial.

De fato, a definição da competência em razão da matéria rege-se pela natureza jurídica da questão controvertida, a qual é aferida pela análise do pedido e da causa de pedir. Nesse contexto, mostra-se irrelevante o rumo dado no curso da ação, se pela procedência deste ou daquele benefício.

Nesse diapasão, cita-se esclarecedor acórdão da egrégia Primeira Seção:

> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA DO TRABALHO E JUSTIÇA ESTADUAL. RECLAMATÓRIA TRABALHISTA, FUNDADA EM VÍNCULO TRABALHISTA E DEDUZINDO PEDIDOS DE NATUREZA TRABALHISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.
>
> 1. A definição da competência para a causa se estabelece levando em consideração os termos da demanda (e não a sua procedência ou improcedência, ou a legitimidade ou não das partes, ou qualquer outro juízo a respeito da própria demanda). O juízo sobre competência é, portanto, lógica e necessariamente, anterior a qualquer outro juízo sobre a causa. Sobre ela quem vai decidir é o juiz considerado competente (e não o Tribunal que aprecia o conflito). Não fosse assim, haveria uma indevida inversão na ordem natural das coisas: primeiro se julgaria (ou pré-julgaria) a causa e depois, dependendo desse julgamento, definir-se-ia o juiz competente (que, portanto, receberia uma causa já julgada, ou, pelo menos, pré-julgada). Precedentes: CC 51.181-SP, 1ª Seção, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 20.03.2006; AgRg no CC 75.100-RJ, 1ª Seção, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 19.11.2007; CC 87.602-SP, 1ª Seção, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 22.10.2007.
>
> 2. No caso dos autos, o autor ajuizou uma reclamatória trabalhista, tendo como causa de pedir a existência (expressamente afirmada na inicial) de um vínculo trabalhista, fazendo pedidos decorrentes desse vínculo. Nos termos como proposta, a causa é da competência da Justiça do Trabalho. Todavia, após processá-la regularmente, o juiz do trabalho, no momento de sentenciar, declinou da competência para a Justiça Estadual, por entender ausente o vínculo trabalhista.

> Ora, fixada a competência, ao juiz trabalhista cabia julgar a demanda, levando em consideração a causa de pedir e o pedido. Entendendo que não há o vínculo trabalhista afirmado na inicial, cumprir-lhe-ia julgar improcedente o pedido, e não, como fez, declinar da competência para a Justiça Estadual. Não se pode impor ao juiz do Estado julgar uma reclamatória trabalhista.
>
> *3. Agravo provido para conhecer do conflito e declarar a competência da Justiça do Trabalho, a suscitada* (AgRg no CC 92502/TO, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/5/2008, DJe 2/6/2008 - grifou-se).

Na esteira desse entendimento, decidiu esta Seção, em conflito da lavra da eminente Ministra Laurita Vaz, *in verbis* :

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. REFORMA CONSTITUCIONAL. EMENDA 45/2004. ART. 114, INCISO I, DA CF/88. VÍNCULO ESTATUTÁRIO. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR COMPETENTE A JUSTIÇA COMUM.
>
> *1.* ***A definição da competência*** **ratione materiae** ***deve ser feita de forma prévia, antes de qualquer outro juízo sobre a demanda, devendo levar em consideração a causa de pedir e o pedido apresentados na petição inicial, e não em face de eventual procedência ou improcedência, da legitimidade das partes, ou de qualquer outro juízo sobre a causa. Precedente.***
>
> 2. No caso, é de ser reconhecida a competência do Juízo Comum Estadual, na medida em que a Autora postula direitos relativos ao regime estatutário estabelecidos pela Lei Municipal instituidora do vínculo jurídico-administrativo entre a Administração e seus servidores, sendo certo que a Autora foi admitida nos quadros da municipalidade em data anterior à instituição do regime jurídico único.
>
> 3. Segundo o entendimento sufragado na Súmula n.º 137/STJ, "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar ação de servidor público municipal, pleiteando direitos relativos ao vínculo estatutário."
>
> 4. O Supremo Tribunal Federal suspendeu toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da Constituição Federal, na redação dada pela EC n.º 45/2004, que inclua na competência da Justiça do Trabalho o exame de causas que entre o Poder Público e seus servidores,

> a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo.
>
> *5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito de Umbuzeiro – PB* (CC 100.671/PB, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/12/2008, DJe 2/2/2009 - grifou-se).

Segundo o disposto na Súmula 15/STJ, será da competência da Justiça estadual o litígio decorrente de acidente do trabalho.

Dessarte, mesmo que o julgador primevo tenha concedido benefício de natureza previdenciária, por constatar a presença de doença degenerativa, ainda assim, deve a ação prosseguir na justiça estadual, competente para processar e julgar lides de natureza acidentária em ambas as instâncias, conforme orientação preconizada pelo colendo Supremo Tribunal Federal, no Enunciado n. 501, *verbis*:

> Compete à justiça ordinária estadual o processo e o julgamento, em ambas as instâncias, das causas de acidente do trabalho, ainda que promovidas contra a União, suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista.

Confira-se, ademais, o seguinte precedente, aplicável ao caso, *mutatis mutandis* :

> PREVIDENCIÁRIO. COMPETÊNCIA. CONFLITO NEGATIVO. TRIBUNAL ESTADUAL E TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA AJUIZADA EM VARA ESTADUAL. ART. 109, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO. COMPETÊNCIA DA CORTE REGIONAL.
>
> 1. A parte autora optou por propor a ação no município onde é domiciliada, em comarca que não sedia vara do Juízo Federal. Ação ajuizada no Juízo Estadual, em consonância com o art. 109, § 3º, da Constituição.
>
> *2.* ***A competência para o julgamento da lide é definida em razão da natureza jurídica da questão controvertida, o que se verifica pelo pedido e da causa de pedir.***

> *3.* ***O objetivo da parte autora é restabelecer o pagamento de benefício de auxílio-doença previdenciário, porque nega fazer jus ao auxílio-doença por acidente de trabalho que vem percebendo.***
>
> 4. O Juízo de 1º grau, que deferiu parcialmente a tutela requerida, atuou com delegação de competência federal. A dúvida do magistrado acerca do benefício efetivamente devido à autora não altera essa competência, porque o objeto da ação não é de índole acidentária.
>
> *5. Conflito conhecido para declarar a competência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o suscitado* (CC 99.455/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/3/2009, DJe 6/4/2009 - grifou-se).

Ante o exposto, conhece-se do conflito para declarar a competência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, o suscitado.

É o voto.

HABEAS CORPUS

Habeas Corpus n. 113.706, de Santa Catarina (2008/0181801-2)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Impetrante: Jairo Medeiros da Silva
Advogados: Juarez Piva e outros
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
Paciente: Jairo Medeiros da Silva

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA EM CONTINUIDADE DELITIVA. PENA-BASE: 3 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO. TOTAL CONCRETIZADO: 5 ANOS, 3 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, EM 1 ANO E 2 MESES. ANTECEDENTES CRIMINAIS. AÇÃO PENAL EM CURSO. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. RESSALVA

DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. ELEMENTOS DO TIPO USADOS PARA ELEVAR A PENA-BASE. *BIS IN IDEM.* OCORRÊNCIA. RÉU TÉCNICO CONTÁBIL, EX-SERVIDOR DA FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO. MAIOR DESVALOR DE SUA CULPABILIDADE. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE JUSTIFICADA, NESSE PONTO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO *WRIT.* ORDEM, PORÉM, PARCIALMENTE CONCEDIDA, TÃO-SOMENTE PARA, MANTIDA A CONDENAÇÃO, ANULAR A SENTENÇA NO PONTO EM QUE FIXOU A SANÇÃO PENAL, PARA QUE SE PROCEDA A NOVO APE-

NAMENTO, COM OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS LEGAIS, MANTIDA A SITUAÇÃO PROCESSUAL DO PACIENTE.

1. A pena deve ser fixada com estrita observância dos arts. 59 e 68 do CPB, porquanto a fuga dos parâmetros estabelecidos legalmente ou a ausência de fundamentação válida no momento da dosimetria da pena constitui constrangimento ilegal passível de ser sanado por meio de *Habeas Corpus,* sempre que não houver necessidade de dilação probatória, pois pode submeter o apenado à prisão por tempo superior ou inferior ao que seria admissível e adequado para a prevenção e reprovação do delito.

2. As instâncias ordinárias, ao considerarem como maus antecedentes ação penal ainda em curso, divergiram do entendimento há muito cristalizado nesta Corte Superior de Justiça, no sentido de que, para fins de exacerbação da pena-base, ações penais em curso, por si sós, não podem ser consideradas como maus antecedentes. Ressalva do ponto de vista do Relator.

3. É firme o entendimento desta Corte de que elementos próprios do tipo penal não podem ser utilizados como circunstâncias judiciais desfavoráveis para o fim de majorar a pena-base, sob pena de *bis in idem*. Vê-se que, *in casu,* o MM. Juiz de primeiro grau e o Tribunal *a quo* embasaram-se em elementos próprios do crime, quais sejam, a obtenção de lucro fácil e a total despreocupação do réu com os destinos do Estado arrecadador, para elevar a pena-base, o que não se coaduna com a sistemática admitida pela legislação penal.

4. O conhecimento técnico específico do réu, que inclusive já trabalho para impedir tal tipo de conduta contra o Estado de Santa Catarina, serve como motivação para a majoração da pena-base, na medida em que aumenta o desvalor de sua culpabilidade.

5. Parecer do MPF pela denegação do *writ.*

6. Ordem parcialmente concedida, com ressalva do ponto de vista do relator, tão-somente para, mantida a condenação, anular a sentença no ponto em que fixou a sanção penal, para que se proceda a novo apenamento, com observância dos critérios legais, mantida a situação processual do paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 6 de outubro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

RELATÓRIO

1. Cuida-se de *Habeas Corpus* impetrado em benefício de JAIRO MEDEIROS DA SILVA, em adversidade ao acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que negou provimento ao apelo defensivo, nos termos da seguinte ementa:

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1o., II, III, IV E V DA LEI 8.137/90. CONTINUIDADE DELITIVA (MAIS DE 200 VEZES). PRELIMINARES. NULIDADE DO *DECISUM*. AUSÊNCIA DA ANÁLISE DE UMA DAS TESES DEFENSIVAS. NÃO OCORRÊNCIA.
>
> A indicação dos motivos de fato e de direito em que se funda a sentença, feita de maneira sucinta, mas com precisa remissão aos elementos probatórios existentes nos autos, é bastante ao atendimento da

> exigência de fundamentação (art. 381, III do CPP). Ademais, é lícito ao magistrado apreciar somente uma das teses defensivas, caso seja incompatíveis entre si.
>
> INÉPCIA DA DENÚNCIA. EXORDIAL QUE DESCREVE A CONDUTA DO ACUSADO PROPORCIONANDO A SUA AMPLA DEFESA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. VÍCIOS AFASTADOS.
>
> Não há inépcia da denúncia se o Ministério Público descreveu o fato criminoso de modo a possibilitar que o réu compreenda a acusação irrogada, especificando a época, o local e a forma que ele supostamente executava o crime.
>
> AUTORIAS E MATERIALIDADE SOBEJAMENTE DEMONSTRADAS. PROVAS CONTUNDENTES. CO-RÉU TÉCNICO CONTÁBIL. INOCORRÊNCIA DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA OU CULPA PRESUMIDA. DEVER DE AGIR COM ZELO, DILIGÊNCIA E RESPONSABILIDADE. DOLO CARACTERIZADO. DOSIMETRIA CORRETAMENTE EFETUADA. RECURSO DESPROVIDO.
>
> *Nos crimes fiscais, o contador ou auditor, mesmo que não faça parte da empresa ou de sua administração, dentro do princípio da actio libera in causa, é co-partícipe, mesmo como contratado ou terceirizado, e, como tal, poderá ser sujeito ativo do delito de sonegação fiscal e sujeito passivo da ação penal* (fls. 1.237).

2. Infere-se dos autos que o paciente foi condenado, como incurso nas sanções do art. 1o., II, III, IV e V da Lei 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária), à pena de 5 anos, 3 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado.

3. No presente *writ,* o impetrante alega, em síntese, que o Magistrado sentenciante majorou a pena-base fundando-se em referências vagas e próprias ao tipo penal. Aduz, ainda, que considerou como maus antecedentes ações penais em curso.

4. Indeferido o pedido liminar (fls. 1.222) e prestadas as informações de estilo (fls. 1.232/1.236), o MPF, em parecer subscrito pela ilustre

Subprocuradora-Geral da República LINDÔRA MARIA ARAÚJO, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 1.271/1.277).

5. É o que havia de relevante para relatar.

VOTO

1. Discute-se a majoração da pena-base acima do mínimo legal.

2. De início, é de se ter claro que se a pena deve ser fixada com estrita observância dos arts. 59 e 68 do CPB. A fuga dos parâmetros estabelecidos legalmente ou a ausência de fundamentação válida no momento da dosimetria da pena constitui constrangimento ilegal passível de ser sanado por meio de *Habeas Corpus*, sempre que não houver necessidade de dilação probatória, pois pode submeter o apenado à prisão por tempo superior ou inferior ao que seria admissível e adequado para a prevenção e reprovação do delito. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. SEQÜESTRO, ROUBO, PORTE ILEGAL E DISPARO DE ARMA DE FOGO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. NÃO-INCIDÊNCIA NO CASO EM TELA. CRIMES AUTÔNOMOS. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. ILEGALIDADE. EXASPERAÇÃO NO MÁXIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E UTILIZAÇÃO DE PROCESSO CRIMINAL EM ANDAMENTO COMO MAUS ANTECEDENTES. INCIDÊNCIA DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA NA CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. PENA FIXADA COM O RECONHECIMENTO DA ATENUANTE.

1. Para aplicação do princípio da consunção pressupõe-se a existência de ilícitos penais que funcionam como fase de preparação ou de execução, ou como condutas, anteriores ou posteriores de outro delito mais grave.

2. *In casu*, as condutas de portar armas ilegalmente e disparar arma de fogo em via pública não podem ser absorvidas pelo crime de roubo, porquanto os crimes foram consumados em contextos fáticos distintos, restando evidenciada a existência de crimes autônomos, sem nexo de dependência entre as condutas ou subordinação, não incidindo, portanto, o princípio da consunção.

3. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59, do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

4. Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra implica em ofensa ao preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

5. Na hipótese, o juiz sentenciante, ao considerar desfavoráveis todas as circunstâncias judicias dos crimes tipificados nos arts. 148, § 2º; 157, § 2º, I e II, 157, § 3º (primeira figura), todos do Código Penal, e 10, § 1º, III, e § 2º, da Lei n.º 9.437/97, não trouxe, em sua maioria, elementos concretos, capazes de descrever a conduta do Paciente como de tamanha e especial gravidade, a ponto de ensejar a fixação das penas-bases no máximo legal.

6. Ademais, a jurisprudência dos Tribunais Superiores é uníssona no sentido de que a anotação de inquéritos e processos em andamento não pode ser considerada como maus antecedentes, com a finalidade de agravar a pena-base.

7. Tendo sido considerado pelo Magistrado *a quo*, por ocasião da dosimetria da pena, a atenuante da confissão espontânea, portanto, de forma idêntica ao que ora pretende alcançar o Impetrante, através do presente writ, inexiste, pois, interesse de agir quanto a esse aspecto.

8. Habeas corpus conhecido em parte e, na parte conhecida, concedida parcialmente a ordem para, mantida a condenação, reformar a sentença e o acórdão no tocante à individualização da pena, determinando que outra seja proferida em primeira instância, de forma devidamente fundamentada e sem a consideração dos maus antecedentes, em observância ao princípio da presunção da inocência. Por se encontrarem em idêntica situação, salvo quanto aos maus antecedentes, que deverão ser analisados individualmente pelo Juízo monocrático, estendo os efeitos da ordem aos demais co-réus, a teor do art. 580, do Código de Processo Penal. (HC 92.256/PB, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJU 29.09.08).

3. No caso em tela, a majoração da pena-base foi assim justificada pelo ilustre Julgador singular, como se vê do seguinte trecho da sentença condenatória:

> Demonstradas exaustivamente a autora e a materialidade dos ilícitos, passo à dosimetria da pena, iniciando esta tarefa pelo réu Jairo Medeiros da Silva:
>
> O referido agente, na condição de contador e ex-funcionário da Fazenda Estadual, sabia muito bem que é crime creditar ICMS indevido. Tinha ele perfeito conhecimento das conseqüências do seu ato lesivo aos cofres públicos. O referido acusado, embora seja tecnicamente primário, responde a nada menos que 3 processos criminais acusado por crimes de sonegação fiscal e de fraude em licitação pública (certidão de fls. 691). A motivação criminosa consiste em auferir vantagem ilícita. As circunstâncias expõem a total despreocupação do réu com os destinos do Estado, que justamente depende de arrecadação para promover realizações de interesse de toda a coletividade.
>
> *Assim, fixo a pena-base em três (03) anos e dois (02) meses de reclusão e a pena pecuniária-tipo em cem (100) dias-multa, no valor unitário de um quinto (1/5) do salário mínimo à época dos fatos, corrigidos desde este marco inicial. A resposta do crime, consubstanciada na imposição da pena, deve ser adequada à consecução dos próprios fins da reprimenda, quais sejam, a censura do delito e a tutela da sociedade contra a sua reiteração. Assim, reconhecidas como desfavoráveis várias das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, é correto que a pena-base se distancie de seu mínimo legal (TJSC - Apelação Criminal 99.001498-3, de Balneário Camboriú, 1a. Câmara Criminal, rel. Des. PAULO GALLOTTI, julgada em 06.04.99). Pensar o contrário seria, mesmo, negar vigência à lei penal que, não por acaso, preocupou-se em estabelecer, para cada crime, um limite mínimo e um máximo para que o juiz, adequando a situação abstrata ao caso concreto, possa estabelecer uma pena consentânea para fins de real reprovação da ação criminosa sem olvidar o efeito reeducativo que deve exercer na psique do infrator.* (fls. 924/925).

4. O Tribunal *a quo,* por sua vez, assim se manifestou ao julgar o Apelo defensivo:

> Feita essa observação, vê-se que a majoração da pena relativa ao crime previsto no art. 1o. da Lei 8.137/90 se deu em face da análise das cir-

cunstâncias judiciais que são desfavoráveis aos apelantes, de modo que Jairo faz jus a uma majoração na primeira fase da dosimetria, pois como bem ressalvou MM. Juiz, na condição de contador e ex-funcionário da Fazenda Estadual, sabia muito bem que é crime creditar ICMS indevido. Tinha ele perfeito conhecimento das conseqüências do seu ato lesivo aos cofres públicos. O referido acusado, embora seja tecnicamente primário, responde a nada menos que 3 processos criminais acusado por crimes de sonegação fiscal e de fraude em licitação pública (certidão de fls. 691). A motivação criminosa consiste em auferir vantagem ilícita. As circunstâncias expõem a total despreocupação do réu com os destinos do Estado, que justamente depende de arrecadação para promover realizações de interesse de toda a coletividade [...].

(...).

E mais, esses aumentos mostram-se razoáveis e foram aplicados em consonância com a orientação desta Corte, como se vê adiante:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. COCAÍNA. ART. 12 DA LEI 6.368/76. DOSIMETRIA. ALMEJADA REDUÇÃO DA REPRIMENDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE ARBITRADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAJORAÇÃO COM OBSERVÂNCIA DO PRECEITUADO NO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE.

Quando a fixação da pena-base observa rigorosamente as circunstâncias a que alude o art. 59 do Código Penal, cujo conjunto desfavorece o réu, afigura-se irretocável a respectiva quantificação acima do mínimo previsto em lei (Ap. Crim. 2005.005530-9, de Itajaí, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 07.06.2005).

Sobre a fixação da pena-base, leciona Guilherme de Souza Nucci:

Trata-se de um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para a prevenção e reprovação da infração penal. O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo abstratamente fixados para a pena), deve eleger o quantum ideal, valendo-se de seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição de seu raciocínio (juridicamente vinculada) (Código Penal Comentado, p. 259).

Assim vem entendendo a Suprema Corte:

> Nenhum condenado tem direito público subjetivo à estipulação da pena-base em seu grau mínimo. É lícito ao magistrado sentenciante, desde que o faça em ato decisório adequadamente motivado, proceder a uma especial exacerbação da pena-base (HC 71.697-1, rel. Min. Celso de Mello).
>
> Ademais, somente quando todas as circunstâncias forem favoráveis ao réu, a pena pode ser aplicada no patamar mínimo; entrementes, basta que uma delas não lhe seja favorável para ocorrer o aumento.
>
> *Dessarte, sendo as circunstâncias judiciais (art. 59 do Código Penal) desfavoráveis ao apelante, autoriza-se a elevação da pena-base aos patamares fixados pelo Magistrado sentenciante* (fls. 1.254/1.255).

5. Observe-se que ao considerar como maus antecedentes ações penais ainda em curso, as instâncias ordinárias divergiram do entendimento há muito cristalizado nesta Corte Superior de Justiça, no sentido de que, para fins de exacerbação da pena-base, ações penais em curso, por si sós, não podem ser consideradas como maus antecedentes.

6. Ouso pensar, ao contrário do sólido e erudito entendimento sedimentado nesta Corte Superior de Justiça, que Ações Penais em andamento, principalmente quando *(a) há decisão condenatória em primeiro grau e (b) os fatos são contemporâneos e relacionam-se a delitos de espécies semelhantes*, como no caso, *constituem dados objetivos da vida do acusado.*

7. Muito mais do que outras circunstâncias judiciais do art. 59 do CPB (culpabilidade ou conduta social, por exemplo), dependentes de avaliação subjetiva do Magistrado, sempre perigosa, tal particularidade de cunho objetivo pode servir para pautar a decisão judicial no momento da dosimetria da pena, pois indica, *não mais como simples possibilidade - o que se poderia dizer na hipótese de instauração de Inquérito Policial ou de mero despacho de recebimento da denúncia - mas como concreta probabilidade, que a vida do acusado move-se em torno de ações delituosas.*

8. Todavia, não há como negar que tal posicionamento tem sido sistematicamente rejeitado pela jurisprudência das Cortes Superiores, de que é exemplo o julgado abaixo transcrito:

> PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 14 DA LEI Nº 10.826/2003. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. PENA AQUÉM DO MÍNIMO. ATENUANTE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231-STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.
>
> I. A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados (Precedentes do STF e STJ).
>
> II. In casu, verifica-se que a r. decisão de primeiro grau apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível.
>
> III. Em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e ações penais em andamento, por si, não podem ser considerados como maus antecedentes, sendo inadequada sua valoração em sede de conduta social ou culpabilidade, para fins de exacerbação da pena-base (Precedentes).
>
> IV. A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (Súmula 231 - STJ).
>
> V. Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 44 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período não superior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve ser concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (Precedentes).
>
> *Ordem concedida para fixar a pena privativa de liberdade em 02 (dois) anos de reclusão e determinar que o e. Tribunal a quo fixe as condições que entender de direito para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.* (HC 103.021/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJU 29.09.08).

9. Ao depois, o ilustre Magistrado singular utiliza-se de elementos próprios do tipo penal, quais sejam, a motivação e as consequências do crime para novamente justificar o apenamento básico acima do mínimo legal.

10. É firme o entendimento desta Corte de que elementos próprios do tipo penal não podem ser utilizados como circunstâncias judiciais desfavoráveis para o fim de majorar a pena-base, sob pena de *bis in idem.* Vê-se que, *in casu*, o MM. Juiz de primeiro grau e o Tribunal *a quo* embasaram-se em elementos próprios do crime, quais sejam, a obtenção de lucro fácil e a total despreocupação do réu com os destinos do Estado arrecadador, para elevar a pena-base, o que não se coaduna com a sistemática admitida pela legislação penal.

11. Entretanto, noutro ponto, justifica-se o aumento da pena-base na circunstância de o paciente ser técnico contábil por profissão e ex-servidor da Fazenda Pública catarinense. De fato, ao meu sentir, a conduta daquele que detém conhecimento técnico específico, já tendo inclusive trabalhado para impedir tal tipo de delito contra o Estado, deve ter aumentado o desvalor de sua culpabilidade. Assim, entendo, nesse ponto, motivada a majoração da pena-base.

12. Ante o exposto, concede-se parcialmente a ordem, com ressalva do ponto de vista do relator, para, mantida a condenação, anular a sentença no ponto em que fixou a sanção penal, para que se proceda a novo apenamento, com observância dos critérios legalmente definidos.

RECURSOS EM MANDADO DE SEGURANÇA

Recurso em Mandado de Segurança n. 25.214, de Santa Catarina (2007/0226014-3)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima
Recorrentes: Ivo da Silva e outros
Advogado: Helder Aloisio Cordeiro Bortolon
Recorrido: Estado de Santa Catarina

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. COMISSÁRIOS DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DO ESTADO DE SANTA CATARINA. DESVIO DE FUNÇÃO. INEXISTÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

1. O desvio de função ou a disfunção não remanescem caracterizados quando Comissários da Infância e Juventude do Estado de Santa Catarina são designados, em caráter extraordinário e por imperiosa necessidade do serviço, para exercerem atividades de natureza eminentemente administrativa no Serviço Social Forense da Vara da Infância e Juventude, diversas das atribuídas aos assistentes sociais.

2. Recurso ordinário improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs.

Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer e Laurita Vaz.

Brasília, 19 de agosto de 2009 (data do julgamento).

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por IVO DA SILVA, MÁRIO LORENCETTI FILHO, SANDRA MARIA OECHSLER, MARIA LÚCIA FERREIRA BERNART e RÚBIA MARA RUTHES BASTIANI, com fundamento no art. 105, inc. II, letra "b", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina assim ementado (fl. 91):

> MANDADO DE SEGURANÇA – ADMINISTRATIVO – COMISSÁRIOS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE – PORTARIA N. 03/2006 – ATRIBUIÇÃO DE FUNÇÕES JUNTO AO SERVIÇO SOCIAL FORENSE – DESVIO DE FUNÇÃO – INOCORRÊNCIA – ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS DE INTERESSE DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE – SEGURANÇA DENEGADA.
>
> Não há falar em disfunção administrativa ou desvio de função quando a autoridade, no afã de solucionar problema existente na Administração, causada pela falta de pessoal, atribui novas função ao servidor, mas inerentes ao cargo para o qual prestou concurso público.

Os recorrentes, que ocupam o cargo de Comissário da Infância e da Juventude, de nível médio, insurgem-se contra a Portaria 3/2006, do Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude de Blumenau/SC, que os designou para exercerem funções inerentes ao cargo de Assistente Social, de nível superior, sem prejuízo de suas atribuições.

Argumentam que: a) o acórdão recorrido apresenta-se contraditório e simplista; b) há inobservância da lei, que estabelece distinção entre as atribuições de cada cargo; c) "abuso de poder em se utilizar da fraqueza e da inocência de servidores de nível médio, sacrificando-os para suprimir falhas inadmissíveis da incompetência da Administração Pública" (fl. 99): d) "estão sendo compelidos a exercer função de nível superior (específico de Assistente Social), configurando DISFUNÇÃO" (grifos no original, fl. 99); e) um servidor de nível médio "jamais terá o conhecimento suficiente para elaborar uma petição inicial de ações de guarda e adoção conforme mandou a Portaria e confirmou o acórdão" (fl. 100); f) os editais de concurso público, com base na Resolução 27.03.85/01, distinguem claramente as funções dos cargos em tela; g) o ato impugnado "é ineficaz e prova distúrbio, deficiência e desajuste, aos setores internos da justiça" (fl. 103) e contraria as Resoluções 4/01 e 6/99, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, os arts. 126 do CPC; 3º e 4º da Lei de Introdução ao Código Civil; 174 da Lei Estadual 5.624/79 – Código de Divisão e Organização Judiciária – e 3º e 4º da Lei Federal 6.745/85 – Estatuto dos Funcionários Públicos Civis de Santa Catarina.

A parte recorrida, embora intimada, não apresentou contrarrazões. O Ministério Público Federal, pela Subprocuradora-Geral GILDA PEREIRA DE CARVALHO, opina pelo provimento do recurso ordinário (fls. 187/188).

É o relatório.

VOTO

Os autos versam sobre alegada ilegalidade e abuso de poder no ato do Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude de Blumenau/SC, consubstanciado na edição da Portaria 3/2006, que designou os recorrentes, ocupantes do cargo de Comissário da Infância e da Juventude, de nível

médio, para exercerem funções supostamente inerentes ao cargo de Assistente Social, de nível superior, sem prejuízo de suas atribuições.

Dispõe o Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado de Santa Catarina – Lei Estadual 5.624/79 a respeito da competência dos Assistentes Sociais e dos Comissários de Menores, atualmente Comissário da Infância e Juventude (fl. 157):

> CAPÍTULO XXXI
>
> Art. 173 – Compete aos assistentes sociais:
>
> I – proceder ao estudo social do menor abandonado ou do infrator, sugerindo a forma de tratamento adequado para cada caso;
>
> II – realizar tratamento social do menor internado, entregue à família e do que estiver sob liberdade vigiada;
>
> III – realizar tratamento social da família de menor infrator, visando a posterior readaptação do menor;
>
> IV – orientar e supervisionar família a que tenha sido entregue menor;
>
> V – participar, sob forma de tratamento social, da fiscalização do trabalho do menor;
>
> VI – apresentar relatório periódico sobre a situação dos menores submetidos a tratamento social, sugerindo a medida que lhe pareça útil adotar;
>
> VII – promover o entrosamento dos serviços do juízo de menores com obras, serviços e instituições que atendam aos menores em estado de abandono;
>
> VIII – obedecer às instruções baixada pelo juiz de menores.
>
> CAPÍTULO XXXII
>
> Art. 174 – Compete aos comissários de menores:
>
> I – proceder a todas as investigações relativas aos menores, seus pais, tutores ou encarregados de sua guarda;
>
> II – deter ou apreender os menores abandonados ou delinqüentes, levando-os à presença do juiz;

> III – exercer vigilância nos restaurantes, cinemas, cafés, teatros e casas de bebidas, bailes públicos, ou em qualquer outro local de diversão pública, para o que terão nesses lugares livre ingresso;
>
> IV – fiscalizar os menores sujeitos à liberdade vigiada;
>
> V – lavrar auto de infração de lei de assistência e proteção a menor;
>
> VI – apreender exemplar de publicação declarada proibida;
>
> VII – representar ao juiz sobre medida que lhe pareça útil adotar;
>
> VIII – fiscalizar as condições de trabalho dos menores;
>
> IX – cumprir as determinações e instruções do juiz.

De acordo com os dispositivos acima transcritos, as atribuições dos Comissários da Infância e da Juventude, de nível médio, relacionam-se com a fiscalização, vigilância, investigação, detenção e condução de crianças e adolescentes.

Os Assistentes Sociais, por sua vez, exercem atividades, de nível superior, que se referem à supervisão, orientação e recuperação de menores e famílias desajustadas, nos termos empregados pela Diretoria de Recursos Humanos do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, consoante documentação de fl. 22.

A Portaria 3/2006, do Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude de Blumenau/SC, ato impugnado, dispõe, no que interessa (fl. 21):

> RESOLVE:
>
> Estabelecer que, sem prejuízo de suas demais atribuições, dentro e fora do horário de abertura ao público externo do Fórum de Justiça de Blumenau, pelo menos um Comissário da Infância e Juventude por dia útil atenda o público e atue junto ao Serviço Social forense da Comarca, durante o expediente forense, para que proceda, por exemplo:
>
> a) Conferência e inclusão, exclusão e movimentação de dados junto ao Cadastro Único Informatizado de Adoções e Abrigos – CUIDA;
>
> b) Recebimento e remessa no SAJ;

> c) Atendimento ao público, pessoalmente e por telefone, para os devidos encaminhamentos ao SSF e ao Comissariado, ou ao Conselho tutelar e outras políticas pública, quando for o caso;
>
> d) Elaboração e subscrição, das peças escritas para encaminhamento ao Juiz (exemplo: requerimento de segunda via de declaração de nascidos vivos, petição inicial de ações de guarda e adoção, quando há consentimento dos pais biológicos, etc), isoladamente (ato do Comissário) ou em conjunto com Assistente Social Forense, conforme o caso;
>
> e) Outras atividades que necessárias à consecução dos objetivos do atendimento à criança/adolescente e suas famílias.
>
> Parágrafo único: Fica estabelecida a seguinte escala de trabalho dos Comissários da Infância e Juventude junto ao Serviço Social Forense:
>
> Segunda-feira: Maria Lúcia Ferreira Bernart – matrícula nº 4107 Terça-feira: Rúbia mara Ruthes Bastiani – matrícula nº 8092
>
> Quarta-feira: Sandra Maria Oeschsler – matrícula nº 9041
>
> Quinta-feira: Ivo da Silva – matrícula nº 2492
>
> Sexta-feira: Mário Lorencetti Filho – matrícula nº 3880

Verifico dos autos que os principais motivos que conduziram à edição do ato impugnado foi o acúmulo de trabalho no Serviço Social Forense e a licença para tratamento de saúde, e provável prolongamento em virtude de gestação e licença maternidade, de outra Comissária da Infância e Juventude, Silvana Schwab, que exercia as atividades ora atribuídas aos recorrentes (fl. 20). Quer dizer, a designação teve um caráter extraordinário e deu-se por imperiosa necessidade do serviço.

Do cotejo entre o ato impugnado e o disposto no art. 173 do Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado de Santa Catarina, conclui-se que não foi destinada aos recorrentes nenhuma das atribuições inerentes ao cargo de Assistente Social. Não há desvio de função ou disfunção.

Com a finalidade de suprir premente necessidade do serviço, a autoridade impetrada estabeleceu uma escala de serviço, para que não ficasse

a descoberto o exercício de atividades à evidência vinculadas à infância e à juventude, mas de natureza procedimental, relacionadas à incursão e exclusão de dados em sistema informatizado, atendimento ao público e subscrição de documentos. Ao assim agir, não incorreu em ilegalidade ou abuso ou desvio de poder. Sua conduta encontra amparo na legislação de regência.

As atribuições conferidas, a despeito das alegações apresentadas, não exigem conhecimento específico e habilitação técnica dos recorrentes. Não demandam a orientação de famílias ou elaboração de estudos ou relatórios sobre crianças e adolescentes, nos quais se discorra sobre forma de tratamento social, se for o caso.

Conforme se verifica na alínea "d" do ato impugnado, restou expressamente ressaltado que, se necessário, as atividades serão exercidas em conjunto com os assistentes sociais. Essa previsão demonstra o cuidado na prestação dos serviços jurisdicionais.

Os encargos questionados não se afastam dos previstos para o desempenho do cargo de Comissário da Infância e Juventude. Pelo contrário, por se mostrarem de natureza administrativa, alinham-se ao exercício de cargo de nível médio. Não há desvio de função ou disfunção. Constituem atividades típicas da área de atuação dos recorrentes.

Por fim, impõe-se registrar que em nenhum vício também incorreu o acórdão recorrido, que, após transcrever o ato impugnado, assentou (fl. 94):

> Como se vê, em nenhum momento os impetrantes foram incumbidos do exercício de função inerente ao cargo de Assistente Social ou de atribuição que exija a formação em curso superior, como, por exemplo, o estudo social, a realização de perícia por Equipe Interprofissional (arts. 161, § 1º e 186 do ECA), elaboração de laudos, assim como prestar serviços de aconselhamento e orientação, entre outros. Ao contrário, as funções descritas na Portaria 03/2006, em que pese a íntima relação com o Serviço Social Forense, nada mais são do que atividades admi-

> nistrativas ligadas aquela área técnica, mas que também são do interesse direito da infância e da juventude.

Em resumo, o desvio de função ou a disfunção não remanescem caracterizados quando comissários da infância e juventude do Estado de Santa Catarina são designados, em caráter extraordinário e por imperiosa necessidade do serviço, para exercerem atividades de natureza eminentemente administrativa no Serviço Social Forense da Vara da Infância e Juventude, diversas das atribuídas aos assistentes sociais.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso ordinário.

É o voto.

Recurso em Mandado de Segurança n. 30.034, de Santa Catarina (2009/0142592-3)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki
Recorrente: Cinésio João da Silva
Advogado: João Martins
Recorrido: Estado de Santa Catarina
Procuradores: Osmar José Nora e outros

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LEI 8.935/94. INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS. CÓDIGO DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ART. 368. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO CONSELHO DISCIPLINAR DA MAGISTRATURA PARA A APLICAÇÃO DA PENA DE MULTA. LEGISLAÇÃO ESTADUAL. PREVISÃO DE LIMITE PARA O VALOR DA PENALIDADE. QUESTÃO RELACIONADA À LEGALIDADE, NÃO AO MÉRITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO PARA DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda (Presidenta), Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 10 de novembro de 2009.

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

RELATÓRIO

Trazem os autos, originariamente, mandado de segurança impetrado por Cinésio João da Silva contra ato do Desembargador Presidente do Conselho Disciplinar da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, objetivando a anulação da decisão que lhe impôs pena de multa devido a infrações disciplinares.

Em informações, a autoridade apontada como coatora sustenta que (a) o art. 368 do Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado prevê que "as penas de advertência, censura, multa e suspensão até 30 dias, aplicáveis aos juízes de paz e aos auxiliares da Justiça, poderão ser impostas pelo Tribunal Pleno, pelas Câmaras, pelo Conselho Disciplinar da Magistratura, pelo Presidente do Tribunal, pelo Corregedor Geral, pelos Diretores de Foro e juízes" (fl. 208); (b) o art. 370 trata apenas de uma garantia ao serventuário indiciado por infração mais grave, sujeita à pena de suspensão por mais de 30 dias ou demissão, de ser julgado apenas pelo Conselho Disciplinar da Magistratura, após necessário processo administrativo instaurado pelo Corregedor-Geral; (c) essa garantia "não exclui a competência do Conselho da Magistratura para julgar processos que cuidem de penas menos graves" (fl. 209); (d) ademais, "as decisões originárias do Conselho da Magistratura são recorríveis para o Tribunal Pleno" (fl. 209); (e) o Regimento Interno do referido conselho prevê, "entre as competências do órgão, julgar 'recurso interposto de decisão do Corregedor-Geral da Justiça e de imposição de pena disciplinar pelo Presidente do Tribunal, pelos Diretores de Foro e pelos Juízes' e 'processo administrativo', bem como 'impor penas disciplinares' (art. 6º, parágrafo único, I, *a* e *c*, IV)" (fls. 209-210); (e) "por outro lado, incabível a discussão,

em sede de mandado de segurança, da suposta ilegalidade do valor da pena de multa aplicada" (fl. 210), nos termos do art. 5º, III, da Lei 1.533/51.

Após indeferir a liminar, o Tribunal de origem denegou a segurança em aresto assim ementado:

> MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR INSTAURADO POR PORTARIA DO VICE-CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA. ESCRIVÃO DE PAZ. CONSELHO DA MAGISTRATURA. PENA DE MULTA. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO QUE SE EXTRAI DO ART. 370 DO CÓDIGO DE DIVISÃO E ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA (LEI ESTADUAL N. 5.624, DE 9-11-1979). COMPETÊNCIA RESPEITADA. *QUANTUM* DA PENALIDADE. INVIABILIDADE DE DISCUSSÃO NO BOJO DO *MANDAMUS*. ART. 5º, III, DA LEI N. 1.533, DE 31-12-1951. ORDEM INDEFERIDA. (fl. 245)

No recurso ordinário (fl. 268-275), o recorrente alega, em síntese, que (a) de acordo com o art. 370 do Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado (Lei 5624/79), não compete ao Conselho Disciplinar da Magistratura aplicar pena de multa; (b) o processo deveria ter sido julgado pelo Vice-Corregedor Geral da Justiça, autoridade que o instaurou, com possibilidade de recurso para o Conselho Disciplinar da Magistratura; (c) "o máximo que se poderia impor (...) era o pagamento de multa de até 10 (dez) valores de referência" (fl. 274), nos termos da Lei Estadual 5624/79 (art. 364, § 3º, letra *c*), pois "não há de se admitir que a legislação federal possa ser interpretada no sentido de ter deixado o valor da multa à disposição da autoridade judiciária e, menos ainda, que tal valor pudesse ser fixado com desconsideração do estabelecido em lei estadual" (fl. 274).

Em contra-razões (fls. 287-298), o recorrido requer a manutenção do julgado.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 307-310, opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

1. Os arts. 368 e 370 do Código de Organização Judiciária do Estado de Santa Catarina (Lei estadual 5.624/79) dispõem o seguinte:

> Art. 368. As penas de advertência, censura, multa e suspensão até 30 dias, aplicáveis aos juízes de paz e aos auxiliares da Justiça, poderão ser impostas pelo Tribunal Pleno, pelas Câmaras, pelo Conselho Disciplinar da Magistratura, pelo Presidente do Tribunal, pelo Corregedor Geral, pelos Diretores de Foro e juízes, conformes os casos, independentemente de processo.
>
> Art. 370. A aplicação da penalidade 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. (fl. 133)

Observa-se que o art. 368 da Lei Estadual 5.624/79 - não recepcionado pela Constituição Federal de 1988 somente quanto à parte que dispensa o processo administrativo - prevê expressamente a competência concorrente do Conselho Disciplinar da Magistratura para a imposição da penalidade de multa, demonstrando-se infundada a irresignação do recorrente. Por sua vez, o art. 370 da referida lei trata somente de uma garantia ao serventuário indiciado por infração mais grave - sujeita à pena de suspensão por mais de 30 dias ou demissão - de ser julgado apenas pelo Conselho Disciplinar da Magistratura, após necessário processo administrativo instaurado pelo Corregedor-Geral.

Tampouco merece guarida a alegação de que, por ter sido julgado originariamente pelo Conselho Disciplinar, "teve frustrada (...) a faculdade de, para sobredito órgão, interpor recurso próprio" (fl. 274), a qual "integra

o seu direito constitucional de defesa" (fl. 273). Com efeito, conforme consignado nas informações, "as decisões originárias do Conselho da Magistratura são recorríveis para o Tribunal Pleno, como estabelece o art. 375 do Código de Divisão e Organização Judiciárias, que deve ser observado em conformidade com a decisão do Órgão Especial do Tribunal Pleno do dia 21.10.98, contida na Ata n. 11.008" (fl. 209).

2. Quanto à limitação do valor da multa, todavia, merece parcial provimento o recurso, para que o Tribunal de origem aprecie o mérito da questão. Sustenta o impetrante, em síntese, que, como a Lei 8.935/94 não fixou o valor da multa a ser aplicada no caso de infração administrativa, deve ser observada a legislação estadual, que prevê o limite máximo de 10 valores de referência para a hipótese, sob pena de violação aos princípios do devido processo legal e da plena defesa.

O Tribunal de origem, por sua vez, não conheceu do mandado de segurança quanto ao ponto sob o fundamento de que "ao serventuário foram garantidos os direitos ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, e, em se tratando de ato disciplinar, o valor da multa aplicada não pode ser discutido em mandado de segurança, pois implicaria incursão no mérito administrativo e porquanto não consubstancia hipótese de incompetência ou de violação a formalidades essenciais" (fl. 254). Todavia, tal entendimento não se adéqua ao caso, pois se discute, em verdade, a própria legalidade da penalidade imposta, não o grau de correspondência entre o *quantum* fixado e os fatos apurados.

3. Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso ordinário, para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que aprecie a questão referente à legalidade do valor da multa aplicada ao impetrante. É o voto.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SANTA CATARINA

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2009.027858-3, de Palhoça

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

> Constitucional. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Alegada ofensa dos arts. 4.º, II, 12, 13, 14 e 15 da Lei Estadual n. 14.661/2009 ao disposto nos arts. 4.º, 16, *caput,* 181 e 182 da Carta Estadual. Caráter programático dos dispositivos constitucionais. Diretriz de preservação ambiental expressamente prevista na Lei 14.661/09. Cognição sumária própria do pedido cautelar que não permite a conclusão, em sede liminar, acerca da inconstitucionalidade dos dispositivos atacados. Presunção de constitucionalidade da norma não derruída na via perfunctória. *Bacia* da Vargem do Braço. Comunidade lá instalada há décadas. Construção de mansões, abertura de estradas e movimentação de solo verificadas antes da edição da nova legislação ambiental. Ausência dos requisitos autorizadores ao deferimento da medida urgente. Relevância da degradação ambiental que deve ser apurada em sede de ação civil pública, meio apropriado para a exigência do cumprimento de políticas públicas definidas em Carta Constitucional. Liminar denegada.
>
> Os dispositivos constitucionais dados por violados em sede desta ação direta de inconstitucionalidade constituem-se todos em normas constitucionais de eficácia programática, ou normas-

programa, que são "aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado" (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais.* 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 138).

In casu, para efeitos de concessão da cautelar requerida, não se evidencia, de forma cristalina, a inconstitucionalidade alegada, porque a Lei 14.661/09 declara, em atenção ao comando constitucional, a necessidade de preservação das bacias hídricas da Vargem do Braço. Ademais, demonstrada a existência de comunidade há décadas assentada na região, não há cogitar de urgência no deferimento do pedido, até porque não existem indícios de que a degradação ambiental tenha aumentado em virtude da nova Lei.

"Há que falar, atualmente, em um efetivo direito à tutela metaindividual. Na Constituição Federal de 1988, reforça-se a necessidade de uma nova visão processual, posto que a Carta Magna contém inúmeros dispositivos que implicam a fixação de direitos subjetivos transindividuais (por exemplo, o art. 225, ao tratar do meio ambiente) e, como é cediço que não se pode mais aceitar passivamente a argumentação de que a Constituição escrita não passa de uma mera folha de papel (Lassale), sobressai a necessidade de o processo fornecer mecanismos hábeis para que se possa atingir o que Loewenstein denominava de Constituição normativa.

Destaca-se, então, a ação civil pública como forma de permitir que políticas públicas (saúde, educação, escola e quejandos) sejam

> determinadas em prol da efetividade da Constituição" (FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: RT, 2005. p. 97).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2009.027858-3, da comarca de Palhoça (1ª Vara Cível), em que são requerentes o Procurador Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina e o Coordenador Geral do Centro de Controle de Constitucionalidade - CECCON e requeridos o Governador do Estado de Santa Catarina e o Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Tribunal Pleno, por maioria de votos, negar a liminar requestada.

RELATÓRIO

Cuida-se de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina e pelo Coordenador Geral do Centro de Controle de Constitucionalidade - CECCON contra o Governador do Estado de Santa Catarina e o Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina.

Pretendem os requerentes, em breve síntese, suspender cautelarmente as disposições dos arts. 4.º, II, 12, 13, 14 e 15 da Lei Estadual n. 14.661/2009. Para tanto, argumentam que o Parque Estadual Serra do Tabuleiro foi idealizado como área de preservação integral, na qual deveria ser repelida qualquer forma de exploração dos recursos naturais ali existentes.

Entretanto, argumentaram, no ano de 2009 foi editada a Lei Estadual n. 14.661, que criou, em seu art. 4.º, um mosaico dentro do Parque da Serra do Tabuleiro, constituído por Áreas de Preservação Ambiental – APAs,

excluindo da proteção integral várias unidades que antes compunham o Parque. Verberaram, nesse caminho, que ao contrário dos Parques, as APAs admitem a utilização sustentável dos recursos naturais. Assim, em resumo, transformar um Parque em uma Área de Proteção Ambiental – APA, significa um abrandamento da limitação antes imposta, demonstrando que o legislador pretendeu ser mais permissivo em relação àquela área em que antes a utilização dos recursos naturais era vedada. Afirmou ainda que a Área de Proteção Ambiental é a menos restritiva dentre as doze categorias de unidades na legislação vigente.

Sublinharam ser certo, contudo, que a reversão de determinadas áreas do Parque para Área de Proteção Ambiental, contanto que realizada por lei, é possível, desde que obedecidos os princípios básicos do Direito Ambiental, como é o caso dos incisos III e IV do art. 4.º da norma estadual em análise.

Entretanto, grifaram que o mesmo não ocorre com o art. 4.º, II, da Lei Estadual n. 14.661/2009, pois a conversão da Vargem do Braço, de Parque à Área de Proteção ambiental ofendeu diretamente a Constituição Estadual e jamais poderia ter sido excluída do Parque da Serra do Tabuleiro.

Sustentaram que na Vargem do Braço está situado o manancial de Pilões, responsável direto pelo abastecimento de água de milhares de pessoas que habitam a região da Grande Florianópolis e que a utilização pela população local pode acarretar sérios gravames ao restante do povo catarinense. A transformação da área em comento provocará inevitavelmente o próprio esgotamento da água potável.

Assim, argumentaram que os art. 4, II, e arts. 12 a 15 que o regulamentam contrariaram de forma expressa os arts. 4.º, 16 *caput*, 181, *caput,* e 182, I, II e III da Carta Estadual. Disseram, ainda, estar ganhando corpo no ordenamento jurídico o princípio constitucional do não retrocesso

ecológico, previsto, de forma implícita, por força da norma extensiva do art. 4.º da Constituição Estadual, como mecanismo de defesa e segurança jurídica ante o risco de supressão de direitos constitucionais já reconhecidos, porém não irrestritamente protegidos por institutos próprios, tais como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o reconhecido *status* de cláusula pétrea.

Ao final, requereram a concessão de medida cautelar, fundamentando o pedido na existência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora,* que consistiria na emissão de autorizações e licenças ambientais de construção múltiplas pelo Estado e Município, com vícios formal e material extremamente graves, com reflexos e conseqüências irreparáveis à sociedade em seus bens maiores (saúde e vida), acarretando expectativas de direitos de terceiros, assim como prejuízos ambientais, sociais e econômicos insuperáveis, visando à suspensão dos arts. 4, II, 12, 13, 14 e 15 da Lei Estadual n. 14.661/2009. Com a inicial foram juntados documentos.

Seguindo o trâmite da Lei de Regência (Lei Estadual 12.069/2001, art. 10), as autoridades públicas requeridas foram notificadas para prestarem informações, que foram efetivamente prestadas às fls. 292-393.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, instada, manifestou-se pela concessão monocrática da liminar requestada, *ad referendum* do Tribunal Pleno, decisão efetivamente proferida pelo Relator do processo, como consta à fl. 396.

Pela relevância da matéria, a Associação Rural da Comunidade da Vargem do Braço foi admitida no feito na condição de *amicus curiae* e, em seguida, a liminar foi cassada pelo Tribunal Pleno.

VOTO

Trata-se medida cautelar postulada em sede de ação direta de inconstitucionalidade, na qual pretendem os autores, membros do *Parquet*

Estadual, ver liminarmente suspensos os arts. 4.º, II, 12, 13, 14 e 15 da Lei Estadual n. 14.661/2009, em face de suposta ofensa ao art. 182, II, III e IV da Constituição do Estado de Santa Catarina.

Preliminarmente, não cabe falar em extinção da presente *actio* pela via da inadequação, em vista de ensejar o processo alguma discussão probatória. Em verdade, são atacados dispositivos de lei em tese, quais sejam, os arts. 4.º, II, 12, 13, 14 e 15 da Lei n. 14.661/2009, por supostamente se chocarem contra o art. 182, II, III e IV da Carta Estadual. A prova documental que instruiu os autos e, bem assim, o debate sobre um possível aumento da degradação ambiental representam o pano de fundo da dialética jurídica que medeia o reconhecimento ou não da inconstitucionalidade dos dispositivos legais atacados.

Bem de ver que a causa de pedir fática constante na exordial indica uma possível afronta ao texto da Constituição do Estado, principalmente pelo intitulado princípio do não retrocesso ecológico, uma vez que a conversão da Vargem do Rio do Braço, de Parque a Área de Proteção Ambiental significaria um abrandamento da limitação legal antes imposta, já que a APA seria a menos restritiva dentre as doze categorias de unidades existentes na legislação pátria.

Como ensina Oswaldo Luiz Palu, "a inconstitucionalidade é a mácula da norma, a premissa para a conseqüência da inconstitucionalidade (sanção), que poderá ser a inexistência, a nulidade, a anulabilidade, a mera irregularidade etc" (*in Controle de Constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos.* São Paulo: RT, 1999, p. 65). Daí porque, somente em atos dos agentes dos Poderes Constituídos poderá residir a inconstitucionalidade. Vale dizer, portanto, que

> aos particulares em suas relações privadas ou mesmo em suas relações jurídico-públicas não se dirá que praticam atos inconstitucionais passíveis de censura pela corte ou tribunal constitucional onde houver. Nesse caso, as sanções serão, evidentemente, de outra ordem.

> Se, *v.g.*, a família ou a sociedade não cumprirem a prestação exigida pelo art. 205 da CR/88, nem assim terão incidido em inconstitucionalidadade (...) A inconstitucionalidade que importa é aquela que atinge diretamente o texto constitucional, sem atos intermédios (PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos.* São Paulo: RT, 1999, p. 65).

In casu, a discussão entabulada nos autos resolve-se com a confrontação dos dispositivos impugnados e a Constituição Estadual, que representa o parâmetro para a afirmação da constitucionalidade ou não da norma em apreço. Trata-se da discussão da lei em tese, objeto específico da ação direta. Deve-se, por esse motivo, afastar a preliminar de extinção do processo pela inadequação, ressalvando-se o percuciente entendimento lançado na divergência.

No tocante ao mérito, a matéria aqui versada é de extrema importância, pois estão em jogo dois dos mais caros valores à sociedade: o meio ambiente e o direito de propriedade. É certo que, nesse particular, o interesse público coletivo deverá suplantar sempre o interesse meramente privado, quando o primeiro estiver, de alguma forma, sendo ameaçado pelo livre exercício do segundo. Por isso mesmo, deve-se, neste momento, confrontar os dispositivos legais aos constitucionais, no afã de identificar alguma afronta ao Texto Maior. De lembrar, antes desse exercício, que "a cautelar antecipa os efeitos da sentença final, inclusive o de obstar a fluência do prazo para as ações de desconstituição das relações jurídicas fundadas na lei inconstitucional" (PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos.* São Paulo: RT, 1999, p. 210-211). Pois bem.

Os dispositivos impugnados estão assim redigidos:

> Art. 4º Fica instituído o Mosaico de Unidades de Conservação da Serra do Tabuleiro e Terras de Massiambu, com área total aproximada de 98.400 ha (noventa e oito mil e quatrocentos hectares), composto pelas áreas definidas como Zona de Amortecimento e Zona de Transição, incluídas nas coordenadas Planas Aproximadas

(C.P.A) que compõem os Anexos I e II, partes integrantes desta Lei e, ainda, das seguintes unidades de conservação da natureza:

I – *omissis.*

II - Unidade de Uso Sustentável - Área de Proteção Ambiental da Vargem do Braço.

Art. 12. Fica instituída a Área de Proteção Ambiental da Vargem do Braço - APA da Vargem do Braço - com área total aproximada de 935,00 ha (novecentos e trinta e cinco hectares) - cuja localização, limites e confrontações estão descritos no Anexo IV, parte integrante desta Lei.

Art. 13. Constituem-se objetivos da APA Vargem do Braço:

I - o desenvolvimento sustentável das comunidades abrangidas pela unidade de conservação;

II - a proteção dos mananciais hídricos da Bacia da Vargem do Braço;

III - o ordenamento da ocupação, uso e utilização do solo e das águas;

IV - o disciplinamento do uso turístico e recreativo;

V - a proteção dos remanescentes da mata atlântica em estágios médio e avançado de regeneração e da diversidade biológica;

VI - a sustentabilidade do uso dos recursos naturais; e

VII - a garantia do desenvolvimento do modelo agroecológico da Bacia do Rio Vargem do Braço, respeitando o homem preservacionista rural e possibilitando o pagamento de serviços ambientais, conforme ato a ser expedido pelo Poder Executivo.

Art. 14. Caberá à Prefeitura Municipal de Santo Amaro da Imperatriz, à Concessionária Pública ou Privada, detentora da outorga de captação e uso sustentável dos recursos hídricos do Rio Vargem do Braço, à Associação Rural da Comunidade da Vargem do Braço e à Secretaria de Estado do Desenvolvimento Econômico Sustentável, a nomeação do Conselho Deliberativo, no prazo de 1 (um) ano após a publicação desta Lei, que administrará essa unidade de conservação e nomeará seu Chefe.

> Parágrafo único. O Conselho Deliberativo da APA da Vargem do Braço deverá ter no mínimo 5 (cinco) representantes e no máximo 10 (dez) representantes, todos residentes no Município de Santo Amaro da Imperatriz ou servidores públicos estaduais, garantida a representação paritária entre órgãos públicos e sociedade civil.
>
> Art. 15. O Plano de Manejo será elaborado pelo Conselho Deliberativo da unidade de conservação no prazo de 5 (cinco) anos a contar da data de publicação desta Lei.

Dito isto, percebe-se que o intuito dos requerentes é combater, a uma só vez, a criação do Mosaico de Unidades de Conservação da Serra do Tabuleiro e Terras de Massiambu, especialmente a classificação da Vargem do Braço como unidade de uso sustentável, Área de Proteção Ambiental.

É incontroverso que o Decreto Estadual n. 1.260/1975 criou o Parque Estadual Serra do Tabuleiro, abrangendo os Municípios de Florianópolis, Palhoça, Santo Amaro da Imperatriz, Águas Mornas, São Bonifácio, São Martinho, Imaruí, Garopaba e Paulo Lopes, com o objetivo de proteger e preservar os mananciais de água, da flora, da fauna, de determinados aspectos geológicos, da paisagem e dos locais apropriados ao lazer e à atração turística e que foi ele reclassificado pela novel legislação.

Entretanto, o objetivo desta ação direta é demonstrar afronta aos arts. 4.º, 16, *caput*, 181, *caput,* e 182, I, III e IV, da Carta Estadual. Esses dispositivos constitucionais estão assim redigidos:

> Art. 4º O Estado, por suas leis e pelos atos de seus agentes, assegurará, em seu território e nos limites de sua competência, os direitos e garantias individuais e coletivos, sociais e políticos previstos na Constituição Federal e nesta Constituição, ou decorrentes dos princípios e do regime por elas adotados, bem como os constantes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, observado o seguinte:
>
> I - as omissões do Poder Público que tornem inviável o exercício dos direitos constitucionais serão supridas na esfera administrativa, sob pena de responsabilidade da autoridade competente, no prazo de

trinta dias, contados do requerimento do interessado, sem prejuízo da utilização de medidas judiciais;

II - são gratuitos, para os reconhecidamente pobres, na forma da lei:

a) o registro civil e a certidão de nascimento;

b) a cédula individual de identificação;

c) o registro e a certidão de casamento;

d) o registro e a certidão de adoção de menor;

e) a assistência jurídica integral;

f) registro e a certidão de óbito;

III - o sistema penitenciário estadual garantirá a dignidade e integridade física e moral dos presidiários, facultando-lhes assistência espiritual e jurídica, aprendizado profissionalizante, trabalho produtivo e remunerado, bem como acesso aos dados relativos a execução das respectivas penas;

IV - a lei cominará sanções de natureza administrativa, econômica e financeira a entidades que incorrerem em discriminação por motivo de origem, raça, cor, sexo, idade, estado civil, crença religiosa ou de convicção política ou filosófica, e de outras quaisquer formas, independentemente das medidas judiciais previstas em lei;

V - o Poder Judiciário assegurará preferência no julgamento do "habeas-corpus", do mandado de segurança e de injunção, do "habeas-data", da ação direta de inconstitucionalidade, popular, indenizar por erro judiciário e da decorrente de atos de improbidade administrativa.

Art. 16. Os atos da administração pública de qualquer dos Poderes do Estado obedecerão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

§ 1º Os atos administrativos são públicos, salvo quando a lei, no interesse da administração, impuser sigilo.

§ 2º A administração é obrigada a fornecer a qualquer interessado certidão ou cópia autenticada, no prazo máximo de trinta dias, de atos, contratos e convênios administrativos, sob pena de respon-

sabilidade da autoridade competente ou do servidor que negar ou retardar a expedição.

§ 3º A autoridade competente terá o mesmo prazo do parágrafo anterior para atender requisições do Poder Judiciário, se outro não for o prazo por ele fixado.

§ 4º A lei fixará prazo para o proferimento da decisão final no processo contencioso administrativo-tributário, sob pena de seu arquivamento e da impossibilidade de revisão ou renovação do lançamento tributário sobre o mesmo fato gerador**.** (ADIN STF 124-8 - art. 16, § 4º - Liminar deferida em parte – Resultado final: procedente)

§ 5º No processo administrativo, qualquer que seja o objeto ou o procedimento, observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, o contraditório, a defesa ampla e o despacho ou decisão motivados.

§ 6º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e as campanhas dos órgãos e entidades da administração pública, ainda que não custeadas diretamente por esta, deverão ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, delas não podendo constar símbolos, expressões, nomes ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, e serão suspensas noventa dias antes das eleições, ressalvadas as essenciais ao interesse público.

Art. 181. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Art. 182. Incumbe ao Estado, na forma da lei:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

III - proteger a fauna e a flora, vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem extinção de espécie ou submetam animais a tratamento cruel;

IV - definir, em todas as regiões do Estado, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer

> utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

Percebe-se que, sem exceção, que os dispositivos constitucionais dados por violados constituem-se em sua maioria de normas constitucionais de eficácia programática, ou normas-programa, que são

> aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais.* 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 138).

As normas constitucionais de eficácia programática indicam os fins do Estado, definem as metas esquecidas pelo liberalismo econômico. É errôneo pensar que são elas destinadas ao cidadão, porque para ele só incidem indiretamente. Na verdade, voltam-se as normas programáticas aos agentes políticos do Estado, estes que detém o controle das fontes normativas e dos atos de execução delas. Estão umbilicalmente atreladas à disciplina das relações econômico-sociais e, como adverte José Afonso da Silva,

> o problema que se coloca agudamente na doutrina recente consiste em buscar mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, ainda concebidas como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática. Cogita-se de responder à seguinte questão, posta por Canotilho: "em que medida pode uma lei fundamental transformar-se em programa normativo do Estado e da sociedade. Mais concretamente: como pode (se é que pode) uma constituição servir de fundamento para o alargamento das tarefas estaduais e para a incorporação de fins econômico-sociais, positivamente regulantes das instâncias de regulação jurídica?" (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais.* 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 141).

O direito ao meio ambiente, expressa-se tanto na Constituição Federal, em seu art. 225, como no seu correspondente na Carta Estadual (art. 181), ao estabelecerem que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações". Estes dispositivos constituem norma programática que obriga o Poder Público e a coletividade a defender e a preservar o meio ambiente, no presente e futuro.

Nesse tocante, o exame da questão em sede de cognição sumária ou superficial, própria das medidas emergenciais, não permite concluir que o disposto nos artigos de lei impugnados contrariam a Carta Estadual, porque: a) em princípio, a lei não admite a degradação ambiental, antes, a ressalva, definindo a Bacia da Vargem do Braço como APA (art. 4.º, II, e art. 12, da Lei 14.661/09); b) a norma impugnada estabelece o desenvolvimento sustentável das comunidades que ocupavam a área há décadas (art. 13, Lei n. 14.661/09); c) há preservação dos mananciais hídricos da Vargem do Braço (art. 13, II, Lei n. 14.661/09); c) a lei determina o ordenamento da ocupação, uso e utilização do solo e das águas (art. 13, II, Lei 14.661/09); d) no art. 14, da lei em apreço, há determinação para a criação de um Conselho Deliberativo, que ficará encarregado de administrar a unidade de conservação e, por fim; e) em seu art. 15, a norma determina a criação de um projeto de manejo, que deverá seguir as normas ambientais, visando o desenvolvimento sustentável da região.

Como já frisado na fase oral do procedimento (votação em Plenário), as famílias que ocupam a localidade lá estão residindo há décadas, não havendo qualquer prova ou indício de que, após o advendo da novel Lei, tenha se agravado a degradação da área a preservar. Nesse tocante, basta ver a evolução da área, conforme demonstram as fotografias de fls. 118 (1978); 120 (2004); 122 (2006). À fl. 123, entretanto, figura uma grande edificação, certamente preocupante, porque, além de supostamente ocupar

área de preservação ambiental, promoveu o plantio e a movimentação do solo, bem como abriu estrada, entre outras circunstâncias.

Nada obstante, a respeitável decisão monocrática da lavra do eminente Desembargador Luiz Carlos Freyesleben também detectou que (fl. 405):

> Fotografias aéreas recentemente tiradas da região da Vargem do Braço (fls. 106-126), que demonstram a devastação de extensas áreas de floresta para construção de mansões sem qualquer tipo de tratamento do esgoto (existem casas até mesmo às margens do rio – fl. 110), e também para a exploração da agricultura, com utilização do maquinário especializado para plantio e colheita.

E complementou (fl. 405):

> Desse modo, penso que esta porção de terras, de onde nasce 80% da água potável que abastece a Grande Florianópolis, não pode ficar, por ora, disponível ou à mercê da exploração humana, pois isto significa colocar em risco não só a saúde e a dignidade de milhares de catarinenses, mas também a garantia de vida das futuras gerações, que dependem destes recursos naturais para subsistirem.

Embora o fato possa ser considerado grave, tem-se por certo que as irregularidades perpetradas por particulares não se iniciaram com o advento da lei, sendo factível presumir que eram anteriores a ela. Entretanto, como antes frisado, sob a ótica das duas normas em debate (revogada e revogadora), não há autorização, como é intuitivo, de poluição das fontes de água potável, sendo Lei n. 14.661/09 inequívoca nesse sentido. Vale dizer que, *in casu,* o que não era permitido no tocante à proteção dos mananciais hídricos naquela região pela norma revogada, também é vedado na novel legislação. Portanto, nada muda em relação ao confronto do texto legal e as normas programáticas da Constituição do Estado. Em princípio, eventual violação aos dispositivos de Lei deve ser resolvido em sede ação própria, qual seja, a ação civil pública. Ressoa claro na lição de Américo Bedê Freire Júnior:

> Há que falar, atualmente, em um efetivo direito à tutela metaindividual. Na Constituição Federal de 1988, reforça-se a necessidade de uma nova visão processual, posto que a Carta Magna contém inúmeros dispositivos que implicam a fixação de direitos subjetivos transindividuais (por exemplo, o art. 225, ao tratar do meio ambiente) e, como é cediço que não se pode mais aceitar passivamente a argumentação de que a Constituição escrita não passa de uma mera folha de papel (Lassale), sobressai a necessidade de o processo fornecer mecanismos hábeis para que se possa atingir o que Loewenstein denominava de Constituição normativa.
>
> Destaca-se, então, a ação civil pública como forma de permitir que políticas públicas (saúde, educação, escola e quejandos) sejam determinadas em prol da efetividade da Constituição.
>
> Nesse diapasão, vale trazer à tona decisão do STJ assim ementada: "Administrativo e processo civil. Ação civil pública. Ato administrativo discricionário: Nova visão. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autorizam que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender as propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido (inserta na Revista de Dialética Processual 14/120).
>
> A tutela coletiva tem condições de instrumentalizar o controle de políticas públicas de modo a fornecer à Constituição densidade suficiente para a tutela de direitos transindividuais. Nesse contexto, é de ser repensada a atuação do *Parquet,* uma vez que a Constituição Federal de 1988 viabilizou um novo papel ao Ministério Público, colocando no fortalecimento dessa instituição a esperança de que existisse um órgão capaz de viabilizar, pelo direito de ação, a implementação dos nobres ditames do Estado Democrático de Direito (*in O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: RT, 2005. p. 97).

Cabe, portanto, ao órgão Ministerial competente provocar, se assim o entender, a competente ação coletiva visando a restituição das áreas atingidas pela degradação ambiental, devolvendo o meio ambiente ao seu *status quo ante.*

Assim, para efeitos de análise da tutela cautelar, tem-se por ausentes os seus pressupostos autorizadores, quais sejam, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, este último porque a comunidade habita o Parque da Serra do Tabuleiro há décadas, inexistindo indício de que a degradação tenha aumentado após a edição da Lei n. 14.661/09.

Ao depois, é certo que as leis regularmente editadas pelo Poder Legislativo gozam de presunção de constitucionalidade, daí porque somente a certeza da inconstitucionalidade dos dispositivos legais atacados permitiria a suspensão cautelar. Nesse tocante,

> As normas ordinárias e mesmo as complementares são legítimas quando se conformam, formal e substancialmente, com os ditames da constituição. Importa dizer: a legitimidade dessas normas decorre de uma situação hierárquica em que as inferiores recebem sua validade da superior. São legítimas na medida em que sejam constitucionais, segundo um princípio de compatibilidade vertical (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais.* 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 55).

Não significa, contudo, que a norma não possa vir a ser declarada inconstitucional, no julgamento definitivo, mormente se após as providências cabíveis ficar evidenciada a generalizada degradação do meio ambiente, provocada pela aplicação da Lei. A Lei n. 12.069/2001, em seu art. 9.º, prevê a possibilidade de realização de provas complementares no procedimento da ADin, sendo de todo recomendável que se adote o procedimento. Colaciona-se:

> Art. 9º Vencido o prazo do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Desembargadores e pedirá dia para julgamento.
>
> § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o Relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

> § 2º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

Contudo, no momento, não é de se dar guarida à pretensão emergencial.

DECISÃO

Ante o exposto, denega-se a cautelar requestada.

O julgamento, realizado no dia 16 de setembro de 2009, foi presidido pelo Desembargador Solon D'Eça Neves, com voto, e dele participaram os Desembargadores Luiz Carlos Freyesleben (Relator), Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, Marcus Tulio Sartorato, Cesar Abreu, Ricardo Fontes, Salim Schead dos Santos, Edson Ubaldo, Cid Goulart, Hilton Cunha Júnior, Jaime Ramos, Alexandre d'Ivanenko, Newton Janke, Marli Mosimann Vargas, José Carlos Carstens Köhler, Jorge Luiz de Borba, Rejane Andersen, Joel Dias Figueira Júnior, Carlos Prudêncio, Pedro Manoel Abreu, Trindade dos Santos, Cláudio Barreto Dutra, Newton Trisotto, Sérgio Paladino, Mazoni Ferreira, Irineu João da Silva, Luiz Cézar Medeiros, Vanderlei Romer, Wilson Augusto do Nascimento, Nelson Schaefer Martins, José Volpato de Souza, Sérgio Roberto Baash Luz, Monteiro Rocha, Torres Marques, Gaspar Rubik, Volnei Carlin, Eládio Torret Rocha, Salete Sommariva, Lédio Rosa de Andrade, Moacyr de Moraes Lima Filho, Sérgio Izidoro Heil, Victor Ferreira e Cláudio Helfenstein.

Florianópolis, 14 de outubro de 2009.

Pedro Manoel Abreu
RELATOR

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Luiz Cézar Medeiros

Divergi da douta maioria escudado nos fundamentos aduzidos no voto do eminente Desembargador Luiz Carlos Freyesleben, relator originário.

Florianópolis, 21 de outubro de 2009.

Desembargador Luiz Cézar Medeiros

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA

Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2005.020342-9/0001.00, de Concórdia

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

> ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. LEI MUNICIPAL N. 3.173/99, DE CONCÓRDIA, QUE REGULAMENTA A UTILIZAÇÃO DE HERBICIDA A BASE DE 2.4-D. COMPETÊNCIA MUNICIPAL SUPLETIVA PARA LEGISLAR SOBRE MATÉRIA AMBIENTAL. INTERESSE LOCAL PRESENTE. VIABILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 30, I E II, DA CF/88 E ART. 11 DA LEI FEDERAL N. 7.802/89. PRECEDENTE DA CORTE. INCIDENTE REJEITADO.
>
> Não apresenta eiva de inconstitucionalidade a atividade legiferante de município que — em estrita atenção aos interesses ambientais predominantemente locais — procede à regulação, nos seus limites territoriais, do uso do herbicida hormonal do grupo dos fenoxiacéticos (2.4-D), valendo-se, para tanto, de sua competência suplementar constitucional outorgada pelo art. 30, incisos I e II, da CF/88.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Argüição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2005.020342-9/0001.00, da comarca de Concórdia (2ª Vara Cível), em que é argüinte Egrégia Primeira Câmara de Direito Público:

ACORDAM, em Tribunal Pleno, por maioria de votos, julgar improcedente a arguição, vencidos os Desembargadores Luiz César Me-

deiros, Wilson Augusto do Nascimento, José Volpato de Souza, Ricardo Fontes, Edson Ublado, Jorge Luiz de Borba, Cláudio Helfenstein, Gaspar Rubik, Newton Trisotto e José Mazoni Ferreira, que julgavam procedente a arquição.

RELATÓRIO

Cuida-se de arguição de inconstitucionalidade suscitada no bojo da apelação cível em mandado de segurança n. 2005.020342-9, de Concórdia, interposta por Dow Agrosciences Industrial Ltda. contra o Prefeito Municipal de Concórdia.

A Primeira Câmara de Direito Público, com fundamento nos arts. 480 e 481 do Código de Processo Civil, aventou, no transcorrer do julgamento do aludido reclamo, a necessidade de que o Tribunal Pleno se pronuncie acerca da inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 3.173/99, de Concórdia, por eventual afronta à sistemática de repartição de competência legislativas entre as unidades da federação, fixada na Constituição Federal de 1988, eis que, por intermédio da referida norma, o município haveria restringido, de modo supostamente indevido, a utilização do herbicida, a base de 2.4-D, nas fronteiras do seu território, transbordando, assim, de sua competência legiferante suplementar.

Eis o teor da mencionada lei municipal:

"Art. 1º Fica restrito, nos termos desta Lei, o uso de herbicida derivados da composição química de Sal Dimetilamina do Ácido 2.4 - Diclorofenoxiacético (2.4-D), Herbicida Hormonal do grupo dos Fenoxiacéticos nos limites da extensão do Município de Concórdia.

'Art. 2º A aplicação dos herbicidas referidos no artigo anterior deverá seguir as restrições:

'I – proibido sua aplicação até 5.000 (cinco mil) metros do perímetro urbano de Concórdia e de núcleos populacionais, visando a proteção do turismo em áreas verdes;

'II – proibido o uso dos produtos fora desta área, nos meses de junho a março nos limites do Município;

'III – proibido sua aplicação na Bacia do Rio Jacutinga e afluentes, acima dos pontos de captação de água para o abastecimento da área urbana, Linha Canavese, Distrito de Santo Antônio e Linha 24 de Fevereiro;

'Art. 3º O uso de agrotóxicos com o princípio ativo 2.4 – Diclorofenoxiacético, somente será permitido a produtores rurais ou a aplicadores, desde que possuam equipamento adequado, habilitação de usuário e aplicador de agrotóxicos, obtido em curso específico.

'Parágrafo único – Para aquisição dos agrotóxicos, os usuários deverão comprovar o determinado no *caput* deste artigo.

'Art. 4º Os estabelecimentos que comercializarem agrotóxicos com o princípio ativo 2.4 – Diclorofenoxiacético, deverão manter em seu poder, por 2 (dois) anos, os receituários prescritos pelo profissional habilitado.

'Art. 5º Fica o Poder Executivo incumbido de definir os tipos de equipamento adequados para aplicação dos agrotóxicos, as formas de aplicação e promover cursos e seminários para orientar e credenciar os usuários e aplicadores.

'Art. 6º A não observância desta Lei, por parte das empresas e/ou produtor rural, implicará as seguintes medidas, por parte do Executivo:

'a) para as empresas: I – advertência; II – multa; III – apreensão do produto; IV – interdição do estabelecimento comercial;

'b) para os produtores rurais: I – advertência; II – multa; III – apreensão do produto.

'Art. 7º O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no prazo de 30 trinta dias a partir da data de sua publicação.

'Art. 8º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

'Art. 9º Revogam-se as disposições em contrário".

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio de parecer da lavra do Dr. João Fernando Quagliarelli Borrelli, opinou pela rejeição do incidente de inconstitucionalidade (fl. 285/294), ante a constitucionalidade da norma enfocada.

É o relatório.

VOTO

Cumpre registrar, logo de início, que a controvérsia constitucional que subjaz a este incidente já restou, em outra oportunidade, superada por esta Corte de Justiça.

Refiro-me, especificamente, ao decidido na arguição de inconstitucionalidade em apelação cível em mandado de segurança n. 2004.030584-7 /0001.00, da relatoria do Des. Rui Fortes, de 17.12.08, na qual se apreciou a constitucionalidade da Lei n. 7.802-89, do município de Anchieta, regulamentadora do uso do mesmo herbicida de que ora se cogita, no ambito de seu respectivo território, a qual assim restou ementada:

"ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. LEI MUNICIPAL N. 1.287/02 QUE RESTRINGE O USO DE HERBICIDA A BASE DE 2.4-D. POTENCIALIDADE LESIVA À SAÚDE DO SER HUMANO. COMPETÊNCIA MUNICIPAL SUPLETIVA PARA LEGISLAR SOBRE MATÉRIA AMBIENTAL. INTERESSE LOCAL. POSSIBILIDADE. EXEGESE DO ART. 30, I E II, DA CF/88 E ART. 11 DA LEI FEDERAL N. 7.802/89. INCIDENTE REJEITADO.

'A teor do que preceitua o art. 30, I e II, da CF/88, os Municípios podem legislar, concorrentemente, com os demais entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal). Na hipótese, a Lei Municipal n. 1.287/02 adequou as legislações federal e estadual às peculiaridades locais, regulamentando e disciplinando as regras de utilização e armazenamento do herbicida hormonal do grupo dos fenoxiacéticos, não apenas proibindo seu uso, mas restringindo dentro de seu espaço territorial, porque configurado o interesse predominantemente local".

Saliento que, naquela assentada, este Órgão reconheceu a plena legitimidade constitucional da atuação legiferante do município que procede à regulamentação, no âmbito de seu território, e em estrita atenção aos relevantes interesses locais, do uso do herbicida de composição química de Sal Dimetilamina do Ácido 2.4 – Diclorofenoxiacético (2.4-D), herbicida hormonal do grupo dos fenoxiacéticos.

E este cenário, por certo, repete-se, por inteiro, na presente hipótese, quando em jogo juízo de constitucionalidade acerca da Lei n. 3.173/99, do município de Concórdia.

Nesse contexto, de se ressaltar que, tal como anteriormente consignado no posicionamento da maioria do Colegiado — ao qual aderi integralmente — este Órgão Pleno encontra-se, mais uma vez, defronte a um legítimo exercício, pelo Município, da competência legislativa constitucionalmente preconizada pelo art. 30, incisos I e II da CF/88.

De fato, o art. 30, inciso I, da CF/88 confere aos Municípios, expressamente, a faculdade legiferante de dispor sobre assuntos de interesse predominantemente local, no qual se insere, estreme de dúvidas, o tema relativo ao meio ambiente e, bem assim, as especificidades concernentes à atuação do sobredito produto herbicida, e seus derivados, em âmbito municipal.

Tanto é assim que, bem vistas as coisas, pode-se concluir, facilmente, que o município de Concórdia, ao dispor acerca do uso do mencionado agro-

tóxico, fê-lo em estrita atenção às suas relevantes características locais, como se observa, aliás, a partir do texto de seu art. 2º, *in verbis:*

"A aplicação dos herbicidas referidos no artigo anterior deverá seguir as restrições:

'I – proibido sua aplicação até 5.000 (cinco mil) metros do perímetro urbano de Concórdia e de núcleos populacionais, visando a proteção do turismo em áreas verdes;

'II – proibido o uso dos produtos fora desta área, nos meses de junho a março nos limites do Município;

'III – proibido sua aplicação na Bacia do Rio Jacutinga e afluentes, acima dos pontos de captação de água para o abastecimento da área urbana, Linha Canavese, Distrito de Santo Antônio e Linha 24 de Fevereiro".

De outra senda, registro, em acréscimo, que a atuação normativa questionada encontra raiz legitimante, ainda, no inciso II do prefalado art. 30 da CF/88.

E isto porque tal norma confere aos municípios, como cediço, a possibilidade de suplementar, no que couber, a legislação federal e estadual.

Nesse aspecto, urge referir que, tendo a União — mediante a Lei Federal n. 7.802/89 — e o Estado de Santa Catarina — por intermédio da Lei Estadual n. 11.069/89 — já se desincumbido de seus competências constitucionais concorrentes para legislar em tema de meio ambiente, aberta estava, de conseguinte, a possibilidade da atuação normativa específica do município de Concórdia.

É dizer: uma vez atendendo às particularidades locais e às necessidades não satisfeitas pela normação homogênea vigente, tanto da esfera da União como do segmento mais concreto dos Estados, está o município expressamente autorizado, pelo texto constitucional, a editar lei específica a respeito do tema, pois presentes os requisitos indispensáveis ao exercício da competência

legislativa suplementar, mormente se a legislação ambiental existente não seja justificável ante a peculiar realidade local.

Não por outro motivo é que esta Corte de Justiça já decidiu que o escopo dessa espécie de lei municipal "não é proibir totalmente o uso do herbicida, mas de equalizar, conciliar, encontrar um ponto de equilíbrio entre a atividade econômica e uso adequado, racional e responsável dos recursos naturais, respeitando-os e preservando-os para as gerações atuais e subsequentes" (Arg. Inc. em AC em MS n. 2004.030584-7/0001.00, Rel. Des. Rui Fortes, de 17.12.08).

Paulo Affonso Leme Machado, a propósito do tema vertente, ensina que "a lei federal n. 7.802/89 tratou da matéria introduzindo um sistema de registro de agrotóxicos e seus componentes, dependente de uma autorização conjunta do Ministério da Agricultura, do Ministério da Saúde e do Ministério do Meio Ambiente".

E, nesse sentido, após indagar se o Município poderá proibir agrotóxico registrado pelos Órgãos Federais, o referido jurista ensina, enfaticamente, que uma "possibilidade de intervenção do Município está em avaliar as suas condições locais, isto é, o levantamento e a análise da peculiaridade do interesse local".

Para, em arremate, asseverar: "Suponha-se que a cultura agrícola (hortícula, frutífera ou, até, florística, como no Município de Holambra/SP) tenha uma determinada característica que obrigue a adoção de um sistema de proteção ambiental. Nesse caso, não seria desarrazoável que uma norma municipal fosse instituída" (Direito Ambiental Brasileiro. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 367).

Nesse contexto, imperioso sublinhar que, na espécie, o município de Concórdia, ao proceder à regulamentação do uso e da utilização da substância enfocada, fê-lo em estrita atenção ao princípio da igualdade, de modo a

não dirigir sua atividade legiferante ao produto comercial desta ou daquela empresa específica.

De fato, como facilmente se observa a partir de uma percuciente leitura do texto normativo impugnado, o critério restritivo por ela manejado consubstancio-se, objetivamente, em um certo tipo de princípio ativo empregado em herbicidas, qual seja, qualquer derivado da composição química de sal dimetilamina do ácido 2.4 - Diclorofenoxiacético (2.4-D) – Herbicida Hormonal do grupo dos Fenoxiacéticos (art. 1º, *caput,* da Lei municipal n. 3.173/99).

Dessa feita, todos os produtos quimicamente formulados à base da sobredita substância, sem exceção, enquadram-se, inafastavelmente, na legítima restrição normativa ora combatida, o que evidencia, também, a natureza eminentemente técnico-objetiva da restrição levada a cabo pelo parlamento local.

Por derradeiro, tenho não se poder olvidar o tom efetivamente alvissareiro que sobressai da conduta parlamentar de proteção do meio ambiente de que ora se cogita.

E isto porque, a par de mostra-se verdadeiramente harmônica com as hodiernas preocupações ambientais, tem ela o especial condão de retomar, de modo deveras eficaz, os sentimentos os quais, durante séculos, nortearam os seres humanos que, de uma forma ou de outra, sempre mantiveram consigo sérias inquietações no que tange à subjugação do ambiente íntegro e à reificação dos seus elementos naturais constitutivos.

Recupero, em especial advertência a esta quadra em que nos encontramos, o teor de conhecida missiva que o Chefe Seattle, da tribo Suquamish, endereçou, nos idos 1854, ao 14º Presidente dos Estados Unidos da América, Franklin Pierce, em resposta à desmedida tentativa do governo americano em adquirir parcela do território ocupado, remotamente, por aqueles indígenas.

Após enfatizar, como premissa, que "somos parte da terra e ela é parte de nós", a sobredita autoridade pele-vermelha, deixou consignado, em texto épico, que "a límpida água que corre nos ribeiros e nos rios não é apenas água, mas o sangue de nossos antepassados. Se lhes vendermos a terra, recordar-se-á e lembrará aos vossos filhos que ela é sagrada, e que cada reflexo nas claras águas evoca eventos e fases da vida do meu povo. O murmúrio das águas é a voz do pai do meu pai. Os rios são nossos irmãos, e saciam nossa sede. Levam as nossas canoas e alimentam nossos filhos. Se lhes vendermos a terra, deveis lembrar e ensinar aos vossos filhos que os rios são nossos irmãos, e também o são deles, e deveis, a partir de então, dispensar aos rios o mesmo tratamento e afeto que dispensais a um irmão".

E, mais adiante, enfatizou:

"Nós sabemos que o homem branco não entende o nosso modo de ser. Ele não sabe distinguir um pedaço de terra de outra qualquer, pois é um estranho que vem de noite e rouba da terra tudo de que precisa. A terra não é sua irmã, mas sua inimiga, depois de vencida e conquistada, ele vai embora, à procura de outro lugar. Deixa atrás de si a sepultura de seus pais e não se importa. A cova de seus pais é a herança de seus filhos, ele os esquece. Trata a sua mãe, a terra, e seu irmão, o céu, como coisas que se compram, como se fossem peles de carneiro ou brilhantes contas sem valor. O seu apetite vai exaurir a terra, deixando atrás de si só desertos. E isso eu não compreendo. O nosso modo de ser é completamente diferente do vosso. A visão de vossas cidades faz doer os olhos do homem vermelho. Talvez seja porque o homem vermelho é um selvagem e não compreende... Nas cidades do homem branco não há um só lugar onde haja silêncio, paz. Um só lugar onde ouvir o desabrochar das folhas na primavera, o zunir das asas de um inseto. Talvez seja porque sou selvagem e não possa compreender.

Mais além, adverte aquele chefe indígena:

"Deveis ensinar a vossos filhos que o solo em que pisam são as cinzas de nossos avós. Para que eles respeitem a terra, ensina-lhes que ela é rica pela vida dos seres de todas as espécies. Ensinai aos vossos filhos o que nós ensinamos aos nossos: que a terra é nossa mãe. Quando o homem cospe sobe a terra, cospe sobre si mesmo. De uma coisa nós temos certeza: a terra não pertence ao homem branco; o homem branco é que pertence à terra. Disso nós temos certeza. Todas as coisas estão relacionadas como o sangue que une uma família. Tudo está associado. O que fere a terra fere também aos filhos da terra. O homem não tece a teia da vida: é antes um dos seus fios. O que quer que faça a essa teia, faz a si próprio".

Ao depois, enfatiza:

"Nem mesmo o homem branco, cujo Deus passeia e fala com ele como um amigo, não pode fugir a esse destino comum. Por fim talvez, e apesar de tudo, sejamos irmãos. Uma coisa sabemos, e que talvez o homem branco venha a descobrir um dia: o nosso Deus é o mesmo Deus. Hoje pensais que Ele é só vosso, tal como desejais possuir a terra, mas não podeis. Ele é o Deus do homem e sua compaixão é igual tanto para o homem branco, quanto para o homem vermelho. Esta terra tem um valor inestimável para Ele, e ofender a terra é insultar o seu Criador. Também os brancos acabarão um dia, talvez mais cedo do que toda as outras tribos".

E, por fim, conclui enfática e premonitoriamente:

"Contaminais os vossos rios e uma noite morrerão afogados nos vossos resíduos. Termina a vida, começa a sobrevivência".

Logo, ante essas considerações, infere-se que o município de Concórdia, ao editar a Lei n. 3.173/99, procedeu, simplesmente, à legítima regulação isonômica do uso e da utilização do herbicida a base de 2.4-D, com base nas circunstâncias presentes na realidade local, de forma harmônica com o sistema constitucional de repartição de competências (arts. 30, I e II da CF/88), até mesmo porquanto a própria à Lei Federal n. 7.802/89, em seu art. 11, previu

a possibilidade de o município legislar, justamente, sobre o uso e o armazenamento dos agrotóxicos, seus componentes e afins.

Isto posto, pelo meu voto eu reconheço a constitucionalidade da Lei n. 3.173/99, do município de Concórdia, e, de conseguinte, rejeito a presente arguição de inconstitucionalidade.

DECISÃO

Ante o exposto, o Tribunal Pleno decidiu, por maioria de votos, julgar improcedente a arguição, vencidos os Desembargadores Luiz Cézar Medeiros, Wilson Augusto do Nascimento, José Volpato de Souza, Ricardo Fontes, Edson Ublado, Jorge Luiz de Borba, Cláudio Helfenstein, Gaspar Rubik, Newton Trisotto e José Mazoni Ferreira, que julgavam procedente a arquição.

O julgamento, realizado no dia 2 de dezembro de 2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Souza Varella, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Desembargadores Wilson Augusto do Nascimento, Nelson Schaefer Martins, José Volpato de Souza, Sérgio Roberto Baach Luz, Monteiro Rocha, Fernando Carioni, Torres Marques, Luiz Carlos Freyesleben, Rui Fortes, Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, Marcus Tulio Sartorato, Salete Silva Sommariva, Ricardo Fontes, Salim Schead dos Santos, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Edson Ubaldo, Jaime Ramos, Alexandre d'Ivanenko, Moacir de Moraes Lima Filho, Marli Mosimann Vargas, Sérgio Izidoro Heil, José Carlos Carstens Köhler, João Henrique Blasi, Jorge Luiz de Borba, Victor Ferreira, Rejane Andersen, Joel Figueira Júnior, Cláudio Valdyr Helfenstein, Carlos Prudêncio, Gaspar Rubik, Pedro Manuel Abreu, Trindade dos Santos, Newton Trisotto, Solon d'Eça Neves, Mazoni Ferreira, Irineu João da Silva, Luiz Cézar Medeiros e Vanderlei Romer.

Florianópolis, 7 de dezembro de 2009.

Eládio Torret Rocha
RELATOR

INQUÉRITO

Inquérito n. 2007.053230-2, da Capital

Relator: Des. Lédio Rosa de Andrade

> INQUÉRITO PENAL MILITAR. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA PELA PRÁTICA DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTIGOS 166, 163 (POR DUAS VEZES) E 215, C/C ART. 218, III E IV, TODOS DO CÓDIGO PENAL MILITAR – CPM. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA OU DE PROVA SOBRE A MATERIALIDADE DOS DELITOS DE DIFAMAÇÃO E CRÍTICA INDEVIDA. NÃO CONFIGURADA A PRÁTICA DOS CRIMES DE DESOBEDIÊNCIA. RESPEITO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DENÚNCIA REJEITADA COM FUNDAMENTO NOS ARTIGOS 6º C/C 9º DA LEI N. 8.038/90, E ARTIGO 395, INCISO III DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Inquérito n. 2007.053230-2, da comarca da Capital (Vara da Justiça Militar), em que é indiciado Amauri Soares:

ACORDAM, em Tribunal Pleno, por maioria de votos, não receber a denúncia, vencidos os eminentes Desembargadores Marli Mosimann Vargas (Relatora), Cláudio Barreto Dutra, Sérgio Paladino, Solon d'Eça Neves, Irineu João da Silva, Eládio Torret Rocha, Monteiro Rocha e Jaime Ramos que recebiam a denúncia; e os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Torres Marques, Ricardo Fontes, Moacyr de Moraes Lima Filho, José Carlos Carstens Köhler, Luiz Cézar Medeiros e Sérgio Roberto Baasch Luz que votaram no sentido de afastar a preliminar e, no mérito, receber parcialmente a denúncia, somente no que diz respeito à infração do art.

163 do Código Penal Militar. O Excelentíssimo Senhor Desembargador Vanderlei Romer reviu seu voto. O Exmo. Sr. Des. Newton Janke proferiu voto em sessão passada.

RELATÓRIO

Trata-se de denúncia oferecida pela Exma. Sra. Dra. Procuradora de Justiça Vera Lúcia Ferreira Copetti em face de Amauri Soares, sargento da Polícia Militar e Deputado Estadual, na qual imputa ao indiciado as seguintes práticas delituosas: crime de difamação, de publicação ou crítica indevida e de recusa de obediência, por duas vezes, todos previstos nos artigos 215, 166 e 163 do CPM, respectivamente.

Juntou rol de testemunhas a serem inquiridas, à fl. 162.

Notificado, o indiciado ofereceu resposta à denúncia (fls. 182/183), alegando o desconhecimento dos fatos a ele imputados, bem como a inexistência de notificações para comparecimento às audiências ocorridas durante a tramitação do presente inquérito. Requereu, ao final, a improcedência da denúncia.

Os autos foram remetidos ao Ministério Público para parecer, oportunidade em que a Exma. Sra. Dra. Procuradora de Justiça Gladys Afonso opinou pelo recebimento da denúncia, porquanto o indiciado avocou em sua defesa apenas questões relacionadas ao mérito da causa, sendo que nesta fase processual é defeso discuti-las.

Fundamentou sua argumentação no artigo 395 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.719/08, dispositivo que enumera as hipóteses de não recebimento da denúncia, quais sejam: inépcia da peça acusatória, ausência de pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal ou falta de justa causa para o seu exercício, situações não configurados no presente caso.

O inquérito foi colocado em pauta e o indiciado devidamente intimado para comparecer à sessão do Tribunal Pleno, conforme documentos de fls. 208/209.

Na sessão de julgamento, após o voto da Relatora Desembargadora Marli Mosimann Vargas, no sentido de receber integralmente a denúncia, este relator pediu vista dos autos.

É o relatório necessário.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Sra. Dra. Gladys Afonso.

VOTO

A denúncia não deve ser recebida.

O presente inquérito policial militar foi instaurado a pedido do Promotor de Justiça Dr. Sidney Eloy Dalabrida, por conta de duas notícias de crime formuladas por três colegas de corporação do indiciado, imputando a este a prática dos delitos de difamação e publicação ou crítica indevida, ambos previstos nos artigos 215 e 166 do CPM, pois "por meio da Internet, imputou a outro militar fato ofensivo a sua reputação, criticou publicamente e de maneira indevida, atos praticados por superiores [...]", conforme relata parecer da Procuradoria Geral de Justiça, à fl. 189.

No decorrer do inquérito, "apesar de regularmente notificado", por duas vezes, conforme descrito na denúncia, à fl. 159, o indiciado deixou de comparecer às audiências inquisitoriais "designadas para a sua oitiva, desrespeitando, assim, um dos deveres mais básicos de todo policial militar, que é o de cumprir as instruções e as ordens das autoridades competentes" (fl. 159), razão pela qual também lhe foi imputada a prática do delito de recusa de obediência, previsto no artigo 163 do CPM.

1. Das irregularidades perpetradas durante a fase da investigação criminal e o desrespeito aos direitos e garantias individuais do indiciado

A meu ver, toda a fase de investigação criminal encontra-se maculada pelo desrespeito aos direitos individuais e fundamentais do indiciado e aos princípios constitucionais norteadores do Direito Processual Penal.

Primeiro, porque não respeitou o prazo de duração previsto no artigo 20 do Código de Processo Penal Militar, com a seguinte redação:

> Art. 20 - O inquérito deverá terminar dentro em vinte dias, se o indiciado estiver preso, contado esse prazo a partir do dia em que se executar a ordem de prisão; ou no prazo de quarenta dias, quando o indiciado estiver solto, contados a partir da data em que se instaurar o inquérito.
>
> § 1º - Este último prazo poderá ser prorrogado por mais vinte dias pela autoridade militar superior, desde que não estejam concluídos exames ou perícias já iniciados, ou haja necessidade de diligência, indispensáveis à elucidação do fato. O pedido de prorrogação deve ser feito em tempo oportuno, de modo a ser atendido antes da terminação do prazo.
>
> § 2º - Não haverá mais prorrogação, além da prevista no § 1º, salvo dificuldade insuperável, a juízo do ministro de Estado competente. Os laudos de perícias ou exames não concluídos nessa prorrogação, bem como os documentos colhidos depois dela, serão posteriormente remetidos ao juiz, para a juntada ao processo. Ainda, no seu relatório, poderá o encarregado do inquérito indicar, mencionando, se possível, o lugar onde se encontram as testemunhas que deixaram de ser ouvidas, por qualquer impedimento. [...]

Da análise dos autos, observa-se que o inquérito foi instaurado em 29.6.2006, devendo ser concluído em 8.8.2006. Prorrogado por mais 20 dias, como de fato aconteceu, deveria ter seu termo em 28.8.2006.

Entretanto, a autoridade processante, a destempo, pois os pedidos devem ser efetuados antes do término do prazo inicial, conforme orientação

legislativa, solicitou, em 21.9.2006, nova prorrogação por mais 30 dias, sem a devida fundamentação, uma vez que não há indícios na peça inquisitorial da necessidade de elucidação de "dificuldade insuperável" ao oferecimento da denúncia, conforme documentos de fls. 48, 73/76 e 81/82.

Ainda, a segunda prorrogação, concedida pelo Comandante Geral da PM, está eivada de total irregularidade, pois, de acordo com § 2º do artigo 20, tal prorrogação só poderia ser concedida por ministro de Estado, no caso estadual, por Secretário, o que não ocorreu na hipótese. Mesmo assim, embora determinada a segunda prorrogação de forma indevida, novamente o prazo de conclusão do inquérito não foi respeitado, tendo sido encerrado em 13.11.2006.

Segundo, não há como ignorar o fato de que o indiciado, sargento da Polícia Militar, é Deputado Estadual e, no período em que estava sob investigação criminal, transcorria-se sua campanha eleitoral. Em verdade, o inquérito policial militar transcorreu, com desobediência de prazos e prorrogações concedidas por autoridade incompetente, exatamente durante o todo o período eleitoral. Surge a possibilidade de, por conta de sua atuação na luta pela dignidade de seus colegas de corporação, tendo sido presidente da Associação de Praças do Estado de Santa Catarina – APRASC, a instauração do procedimento investigatório ter como objetivo macular sua imagem perante a sociedade e acarretar prejuízo eleitoral.

Tais desobediências à norma expressa, contudo, por maioria, não são entendidas como suficientes para eivar de nulidade o presente inquérito, porquanto é peça meramente informativa e possíveis irregularidades não tem o condão de viciar a ação penal.

Embora o inquérito não seja nulo, não há como receber denúncia baseada em indícios ou provas colhidas em procedimento investigatório temerário, não feito para apurar a verdade, mas com o intuito prévio de prejudicar.

Isto porque, quando se fazem imputações incabíveis a alguém, dando ensejo à persecução criminal injusta, viola-se, também, o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, entre nós, encontra-se positivado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Na sua acepção originária, este princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto de processos e ações estatais, negando sua condição de sujeito. Não é lícito e nem moralmente aceitável o uso de instituições imprescindíveis ao Estado Democrático de Direito para fins não democráticos, em especial para fins pessoais e/ou privados.

A aplicação rigorosa do princípio da dignidade humana reveste de extrema complexidade a fase de recebimento da denúncia e impõe ao órgão julgador a máxima cautela na apreciação de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes no caso concreto.

Após tais considerações, passa-se à analise específica das condutas delituosas imputadas ao indiciado.

2. Do crime de difamação

O artigo 215 do CPM prescreve o seguinte: "difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação".

Consta da denúncia como prática delituosa o seguinte fato:

> No dia 21 de abril de 2006, o denunciado Amauri Soares postou nota do site da Associação de Praças de SC (APRASC), atribuindo ao policial militar Leodésio Schorne de Amorim fato ofensivo à sua reputação, porquanto fez menção à informação por ele anteriormente veiculada, no sentido de que a vítima teria cometido irregularidades à época em que era responsável pela oficina mecânica do 4º BPM, consistentes na subtração e no desvio de bens públicos, quais sejam, direção hidráulica de veículos oficiais (doc 1, fls. 15/17).
>
> O ora denunciado praticou a conduta que ora lhe é imputada ciente de sua ilicitude, pois detinha conhecimento de que o comportamento imputado à vítima não ocorrera, tanto que já fora anteriormente

> condenado em primeira e segunda instância (autos 2302045191-4 da Comarca da Capital) [...].

A conduta descrita no artigo 215 do CPM é crime militar impróprio, doloso por excelência (*animus diffamandi*) e consiste em atribuir fato desonroso a alguém.

Assim, é essencial para a configuração do delito que a divulgação de determinado fato seja praticada com o intuito exclusivo de macular ou ofender a reputação de alguém.

No presente caso não se observa a prática dolosa por parte do indiciado.

A matéria postada no portal da Associação trata do uso de camisetas da APRASC pelos integrantes do movimento sem-terra, na qual o indiciado comenta sobre a necessidade de tomar-se cuidado com a deturpação dos fatos, promovida pela imprensa e pelas demais instituições, inclusive e principalmente o Poder Judiciário, para o qual está direcionada a crítica, assim redigida (fl. 17):

> Em 1989, os sequestradores de Abílio Diniz foram forçados a vestir camisetas do Lula. Depois se soube que foi uma fraude, que foram forçados, mas quando a verdade se revelou, Collor já era presidente eleito. [...]
>
> Então temos que tomar cuidado com as camisetas, e tomar cuidado também para não sermos emprenhados pelos olhos e pelos ouvidos, em matérias pretensamente jornalísticas que quase sempre têm uma motivação política muito bem definida. Se aparecer um bandido com a camisa da APRASC temos logo que desconfiar que foi uma armação. [...]
>
> Sobre a área de Irineópolis, ela pertence a União, é terra devoluta da União. Está sendo usada pelo filho do dono do Cartório da cidade, e ele quer fazer usucapião. Então é fácil, né, pois o dono do cartório conhece o mapa das terras do município. E o juiz deliberou à favor desse cidadão e mandou os sem terra irem embora. Normal, pois é quase sempre assim, inclusive quando um praça faz uma denúncia

> de um fato verídico e acaba sendo condenado como bandido, enquanto quem cometeu a irregularidade é a vítima. [...]
>
> Tanto o caso de Irineópolis quanto o caso dos hidráulicos seguem a mesma normalidade das instituições brasileiras.

Como pode-se observar do excerto transcrito, não há a menor intenção de ofender qualquer pessoa, pois a crítica está voltada para as instituições brasileiras, as quais agem, segundo a visão de alguns, no sentido de manter o *status quo* daqueles que estão no poder.

Mesmo entendendo-se como presente a prática delituosa, inexiste comprovação acerca da autoria delitiva. Não há nos autos qualquer comprovação da necessidade de prévia identificação ou obrigatoriedade de cadastro dos usuários para a participação no grupo de discussão, existindo, inclusive, a possibilidade de se postar comentários sem identificação. E se o denunciado foi realmente o autor dos comentários imputados como criminosos, o que se pode concluir é, ao inverso da denúncia, ter sido ele diligente e prudente, agindo de forma a evitar maiores conflitos sociais. Seus argumentos são pacificadores.

Para a deflagração da ação penal o inciso III do artigo 395 do CPP exige a presença de justa causa na denúncia. No caso dos autos, diante da inexistência de prova mínima e indícios de autoria do delito, pois a simples presença do nome do indiciado na nota postada não comprova que tenha sido ele, efetivamente, o autor do comentário, e, ainda, não inexistir qualquer ofensa a auto-intitulada vítima, deve ser rejeitada a denúncia por absoluta falta de justa causa para o seu recebimento.

Forçoso destacar, também, a ausência de pedido, pelo membro do Ministério Público, para a realização de procedimento ou diligência com o fim de comprovação da autoria, providência esta, que poderia ter sido requisitada tão logo recebidos os autos de inquérito, conforme dispõe o

artigo 26, inciso I, do CPPM. Por fim, não há como existir um delito sem vítima.

Assim, inexistindo o dolo da ofensa à honra de alguém e prova ou indício mínimo de autoria do crime de difamação, com fundamento no inciso III do artigo 395 do CPP, deve ser rejeitada denúncia, em relação do tipo previsto no artigo 215 do CPM.

3. Do crime de crítica ou publicação indevida

Reza o artigo 166 do CPM, que tipifica o crime de crítica ou publicação indevida: "publicar o militar ou assemelhado, sem licença, ato ou documento oficial, ou criticar publicamente ato de seu superior ou assunto atinente à disciplina militar, ou a qualquer resolução de governo".

Encontra-se na denúncia:

> No dia 30 de abril de 2006, Amauri Soares proferiu críticas indevidas dirigidas a atos praticados por superiores seus, políticas e resoluções de Governo, ao tecer comentários que foram reproduzidos em matéria jornalística intitulada "Tentativa de reduzir diárias", publicada no Jornal A notícia, de Joinville, oportunidade em que afirmou que Jair Luiz Dalbosco e Ricardo Elói Espíndola, ambos milicianos, figuram como beneficiários da concessão de diárias e de ajuda de custo aos integrantes da Classe Militar, sustentando, ainda, que "há generosidade na concessão do subsídio a setores ligados à cúpula militar", que "há exagero na liberação do benefício e que "a quantidade liberada (para Dalbosco) é exorbitante (doc. 3).

Acrescenta, ainda, a Exma. Procuradora de Justiça:

> Ao emitir tal juízo de valor acerca de seus superiores e de resoluções do governo que, em princípio, encontram-se em perfeita consonância com legislação pertinente, o denunciado deixou de observar o Estatuto dos Militares (Lei Estadual n. 6.218/83), que estabelece que as relações sucedidas no âmbito das Forças Armadas fundamentam-se na disciplina e hierarquia, as quais devem ser mantidas, a fim de que se iniba, entre os militares, a desordem e a desmoralização.

O artigo acima descrito possui dois verbos nucleares, "publicar" e "criticar", os quais estabelecem duas condutas distintas para o mesmo tipo penal.

Ao indiciado foi imputada a segunda conduta, por conta do texto abaixo transcrito, excerto da matéria intitulada "Tentativa de reduzir diárias", publicada na edição do dia 30 de abril de 2006 do Jornal A Notícia:

> O ex-presidente da Associação dos Praças do Estado de Santa Catarina (APRASC), sargento Amauri Soares, avalia que há generosidade na concessão do subsídio a setores ligados à cúpula militar. "Diferente do que ocorre em relação ao pessoal do trecho (militar que exerce serviço operacional)", afirma Soares, que comandou a entidade nos últimos cinco anos. O dirigente, que deixou o posto no final do mês passado, acredita ainda que há exagero na liberação do benefício. "A quantidade liberada (para Dalbosco) é exorbitante", diz Soares. (fl. 149).

O artigo jornalístico, em sua quase totalidade, é de responsabilidade do jornalista e não do denunciado. Mas a tentativa de criminalização foi direcionada tão só contra o indiciado.

As palavras acima citadas expressam apenas a constatação de fatos que levaram o acusado a conclusões lógicas, sem juízo de valor ou crítica. Ademais, cumpre frisar que o indiciado não promoveu qualquer matéria jornalística, apenas foi ouvido na citada reportagem. Também não fez referência a qualquer pessoa, pois os nomes constantes da reportagem foram incluídos pelo jornalista responsável.

Portanto, no presente caso, o indiciado não cometeu crime algum, apenas exerceu seu direito fundamental e constitucional à liberdade de expressão e ao controle de possíveis atos injustos praticados por gestores públicos. O militar não está excluído deste direito constitucional, em especial na condição de candidato ao Parlamento, pois, nesta condição, tem compromissos políticos com sua base eleitoral.

Não obstante a inexistência da prática delituosa, em reconhecendo-a, falece a presente denúncia, também, de justa causa (artigo 395, inciso III do CPP) para o recebimento, pela mesma motivação exposta no delito de difamação, porquanto não há nos autos comprovação ou sequer indício da autoria delitiva e, muito menos, foram despendidos esforços no sentido da constituição de tal prova.

Dessa forma, é de ser rejeitada a denúncia também pelo crime de crítica indevida.

4. Dos crimes de recusa de obediência

O crime de recusa de obediência está assim descrito no artigo 163 do CPM: "recusar obedecer a ordem do superior sobre o assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou instrução."

A denúncia imputou a prática, por duas vezes, de tal delito ao indiciado, da seguinte forma:

> Nos dias 10 de outubro de 2006 e 7 de novembro de 2006, o denunciado Amauri Soares, tendo plena ciência da ilegalidade de seu comportamento, deixou de dar cumprimento à ordem legal emanada de autoridade militar, e, apesar de regularmente notificado (doc. 4 e 4A) por meio de requisições dirigidas por seu superior hierárquico, Capitão PM Quirino Hawerroth Filho (doc. 5 e 5A), deixou de comparecer às audiências designadas para a sua oitiva, desrespeitando, assim, um dos deveres mais básicos de todo policial militar, que é o de cumprir as instruções e as ordens das autoridades competentes. [...]

Também nestes crimes a rejeição da denúncia é a medida correta. .

Observa-se, no documento de fl. 151, que o investigado encontrava-se em gozo de férias e licença prêmio, nos períodos relacionados na denúncia, nos quais tramitou o inquérito e transcorreu a campanha política do indiciado. Dessa forma, estando afastado de seu posto, o sargento deveria

ser intimado para a realização de sua oitiva, na forma do do artigo 291 do CPPM, o qual prevê que tais intimações tem que ser realizadas com 24 (vinte e quatro) horas de antecedência: "Art. 291. As citações, intimações ou notificações serão feitas de dia e com antecedência de vinte e quatro horas, pelo menos, do ato a que se referirem."

Compulsando-se os autos, encontra-se o ofício n. 189/2006, datado de 9.10.2006, à fl. 95, recebido pelo indiciado, e com sua assinatura, às 17 horas da mesma data, com o intuito de intimá-lo para a oitiva no dia 10.10.2006 às 10 horas. Realizando mera verificação numérica concluise, sem nenhuma dificuldade, que o prazo era inferior ao tempo mínimo previsto no artigo 291 do CPPM, sendo, portanto, inválida a intimação.

Na mesma situação, à fl. 102, consta documento (Comunicação Interna n. 191/06, de 7.11.2006), no qual o sargento de dia, Paulo Chagas de Souza, informa ao superior que havia contatado o indiciado, por volta das 15 horas do dia 6.11.2006, para cientificá-lo sobre o depoimento a ser realizado no dia 7.11.2006, às 10:30 horas. Novamente a intimação deu-se em prazo inferior ao fixado legalmente. Dessa forma, também inconsistente.

Frise-se que a inexistência de depoimento na fase de investigação criminal incorreu em prejuízo ao depoente, pois foram-lhe imputadas práticas delituosas de negativa de obediência, além do prejuízo individual consubstanciado no cerceamento de defesa.

Ora, inválidas as intimações, nenhum delito foi praticado.

Ante a rejeição da denúncia quanto aos crimes imputados ao indiciado por ocasião da abertura do inquérito (difamação e crítica indevida), receber a denúncia por suposta prática delituosa ocorrida no decorrer da própria investigação criminal seria por demais incoerente e temerário, por conta da necessidade de rigor e prudência com a qual devem agir aqueles que tem o poder de iniciativa nas ações penais e também aqueles que podem

decidir sobre o seu curso, com o objetivo, único e claro, de resguardar os direitos e garantias fundamentais, consagrados constitucionalmente.

Ademais, a ausência de depoimento do indiciado acerca dos fatos a ele imputados fere de forma visceral o seu direito de defesa.

Embora na fase inquisitorial da persecução penal não exista, por parte da autoridade investigatória, a obrigação do cumprimento das garantias do contraditório e da ampla defesa, tais garantias não podem ser negadas ao indiciado, se este desejar exercê-las. Ou seja, o agente investigador deve proporcionar ao investigado a oportunidade de exercer seus direitos. Persiste no Direito Processual Penal brasileiro esta fase preliminar de caráter inquisitorial. A evolução da história certamente afastará esta prática medieval e autoritária. Mas, nos dias atuais, a Constituição Federal não permite desrespeitos diretos e aviltantes aos Direitos Fundamentais. E um deles é o direito de qualquer cidadão de ser submetido a um inquérito policial com um mínimo de isenção e não elaborado com a prévia e decidida intenção de condenar.

Não se pode perder de vista que a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. Assim, não se afigura admissível o uso do processo penal como substitutivo de uma pena que se revela tecnicamente inaplicável ou a preservação de ações penais ou de investigações criminais cuja inviabilidade já se divisa de plano. Tem-se, nesses casos, flagrante ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, repita-se quantas vezes for necessário. Assim, tal como a garantia do devido processo legal, o princípio da dignidade da pessoa humana cumpre função subsidiária em relação às garantias constitucionais específicas do processo.

Receber, portanto, a denúncia quanto aos crimes de desobediência, em tais condições, é permitir-se a utilização do processo como pena e tratar o indiciado como objeto e não como sujeito de direitos.

Neste sentido:

> O processo criminal inviável, na verdade, é um processo pecaminoso no sentido constitucional, porque ele onera, penaliza a parte simplesmente pela sua propositura. Em escritos doutrinários recentes tenho sustentado que a cláusula da dignidade da pessoa humana constitui um tipo de cláusula subsidiária em matéria de processo penal, como o é também a cláusula do devido processo legal. (Recebimento da Denúncia em Petição n. 3.989-3, Distrito Federal, voto do Ministro Gilmar Mendes, à disposição no sítio do STF: http://www.stf.jus.br)

5. Considerações finais e a definitiva ausência de justa causa

A atual redação do artigo 395 do CPP, dada pela Lei 11.719/2008, ao especificar as hipóteses de rejeição da denúncia, inclui a inépcia, a falta de pressuposto processual ou de condição para o exercício da ação penal, além da falta de justa causa.

Valendo-me das considerações do Ministro Gilmar Mendes, no mesmo voto acima citado, é certo que meras suposições não justificam o desencadeamento de uma ação penal, que representa, por si só, constrangimento à dignidade da pessoa do denunciado. Exige-se que a denúncia traga, no mínimo, a fumaça do bom direito, para que não se caracterize como temerária e não se convole em coação ilegal (CPP, art. 648, I).

Segundo Afrânio Silva Jardim a

> [...] justa causa é suporte probatório mínimo em que se deve lastrear a acusação, tendo em vista que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado *status dignitatis* do imputado. Tal lastro probatório nos é fornecido pelo inquérito policial ou pelas peças de informação, que devem acompanhar a acusação penal, arts. 12, 39,

> § 5, e 46, § 1 do CPP.(JARDIM, Afrânio Silva. Ação Penal Pública, Rio de Janeiro:Forense, 1998.)

Ademais, o Supremo Tribunal Federal tem decidido, reiteradamente, que não há justa causa para a ação penal quando comprovada, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de materialidade ou de prova sobre a autoria do delito, esta última, exatamente o caso dos presentes autos.

E quanto à vigência do principio do *in dubio pro societate* no momento do oferecimento da denúncia? A meu ver, se a prova do fato em si for fraca, não se admite mais o oferecimento de denúncia com base no princípio do *in dubio pro societate*, e, se for oferecida, a denúncia não deve ser recebida.

O principio do *in dubio pro societate* não é compatível com o Estado Democrático de Direito, em que a dúvida não pode autorizar uma acusação temerária, colocando um cidadão no banco dos réus.

O Ministério Público, como defensor da ordem jurídica e dos direitos fundamentais e garantias constitucionais, não pode, com base na dúvida, manchar a dignidade da pessoa humana e ameaçar a liberdade de locomoção com uma acusação penal, pois sabe-se que, muitas vezes, a simples acusação pública, que prescinde até de mera investigação criminal, é suficiente para destruir toda uma perspectiva de vida e sonhos de uma pessoa. Portanto, o recebimento de qualquer denúncia exige um mínimo de base, para sustentar um processo penal.

Por fim, por todo o exposto, a denúncia é de ser totalmente rejeitada, em relação aos crimes previstos nos arts. 166, 163 (por duas vezes) e 215, c/c art. 218, III e IV, todos do Código Penal Militar – CPM, em concurso material, com fundamento nos artigos 6º c/c 9º da Lei n. 8.838/90, e artigo 395, inciso III do CPP.

DECISÃO

Ante o exposto, o Tribunal Pleno decidiu, por maioria de votos, não receber a denúncia, vencidos os eminentes Desembargadores Marli Mosimann Vargas, Cláudio Barreto Dutra, Sérgio Paladino, Solon d'Eça Neves, Irineu João da Silva, Eládio Torret Rocha, Monteiro Rocha e Jaime Ramos que recebiam a denúncia. Os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Torres Marques, Ricardo Fontes, Moacyr de Moraes Lima Filho, Carstens Köhler, Luiz Cézar Medeiros e Sérgio Roberto Baasch Luz votaram no sentido de afastar a preliminar e, no mérito, receber parcialmente a denúncia, somente no que diz respeito à infração do art. 163 do CPM. O Excelentíssimo Senhor Desembargador Vanderlei Romer reviu seu voto.

O julgamento, realizado no dia 18 de novembro de 2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. João Eduardo Souza Varella, com voto, e dele participaram Desembargadora Marli Mosimann Vargas - Relatora, Desembargador Sérgio Izidoro Heil, Desembargador José Carlos Carstens Köhler, Desembargador João Henrique Blasi, Desembargador Jorge Luiz de Borba, Desembargador Victor Ferreira, Desembargadora Rejane Andersen, Desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein, Desembargador Rodrigo Antônio, Desembargador Carlos Prudêncio, Desembargador Pedro Manoel Abreu, Desembargador Souza Varella, Desembargador Cláudio Barreto Dutra, Desembargador Sérgio Paladino, Desembargador Solon d´Eça Neves, Desembargador Irineu João da Silva, Desembargador Luiz Cézar Medeiros, Desembargador Vanderlei Romer, Desembargador Eládio Torret Rocha, Desembargador Wilson Augusto do Nascimento, Desembargador José Volpato de Souza, Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, Desembargador Monteiro Rocha, Desembargador Fernando Carioni, Desembargador Torres Marques, Desembargador Luiz Carlos Freyesleben, Desembargador Rui Fortes, Desembargador Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, Desembargador Marcus Tulio Sartorato, Desembargador Cesar Abreu, Desembargadora Salete Silva Sommariva, Desembargador

Ricardo Fontes, Desembargador Salim Schead dos Santos, Desembargador Edson Ubaldo, Desembargador Jaime Ramos, Desembargador Alexandre D'Ivanenko, Desembargador Lédio Rosa de Andrade, Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho, Desembargador Jorge Schaefer Martins, Desembargador Newton Trisotto e Desembargador Volnei Carlin. Proferiu voto em sessão passada o Desembargador Newton Janke.

Florianópolis, 9 de fevereiro de 2010.

Lédio Rosa de Andrade
RELATOR

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Luiz Cézar Medeiros:

As razões do meu dissenso estão expressas no voto da eminente Relatora originária.

Florianópolis, 22 de fevereiro de 2010.

Desembargador Luiz Cézar Medeiros

Declaração de voto vencido do Des. Jaime Ramos

Votei pelo recebimento da denúncia com fundamento nas razões declinadas pela eminente Relatora originária, Desembargadora Marli Mosimann Vargas, no voto que proferiu em Plenário.

Com o devido respeito.

Florianópolis, 1º de março de 2010.

Des. Jaime Ramos

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Torres Marques

Ementa aditiva do Des. Torres Marques

INQUÉRITO POLICIAL. DENÚNCIA CONTRA DEPUTADO ESTADUAL. SUPOSTA PRÁTICA DOS CRIMES TIPIFICADOS NOS ARTS. 166, 163 (DUAS VEZES) E 215, C/C ART. 218, III E IV, TODOS DO CPM. PRELIMINAR DE NULIDADE DECORRENTE DO EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. DILAÇÕES PRECEDIDAS DE AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE COMPETENTE (ART. 20, §§ 1º E 2º, DO CPPM). PEÇA INFORMATIVA, CUJOS VÍCIOS NÃO REPERCUTEM NA AÇÃO PENAL.

CRIME DE DIFAMAÇÃO. MENSAGEM POSTADA EM FÓRUM DE DISCUSSÃO IMPUTANDO FATO OFENSIVO À REPUTAÇÃO DE POLICIAL MILITAR. AUSÊNCIA DE PROVA MÍNIMA A RESPEITO DA AUTORIA DELITIVA. POSSÍVEIS DILIGÊNCIAS NÃO SOLICITADAS NA PEÇA INAUGURAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. REJEIÇÃO QUE SE IMPÕE.

CRIME DE CRÍTICA OU PUBLICAÇÃO INDEVIDA. MATÉRIA VEICULADA EM JORNAL DE CIRCULAÇÃO REGIONAL ATRIBUINDO AO INDICIADO DECLARAÇÕES QUE CRITICAM ATOS DE SEUS SUPERIORES E RESOLUÇÕES ADOTADAS PELO GOVERNO. AUSÊNCIA DE QUALQUER PROVA A RESPEITO DA VERACIDADE DAS AFIRMAÇÕES CONTIDAS NA MATÉRIA OU PEDIDO DE DILIGÊNCIA VISANDO APURÁ-LA. REJEIÇÃO DA EXORDIAL NESTE PONTO.

CRIMES DE RECUSA DE OBEDIÊNCIA. NÃO COMPARECIMENTO ÀS AUDIÊNCIAS DESIGNADAS. DECLARAÇÕES CARREADAS AO FEITO ATESTANDO A PRÉVIA NOTIFICAÇÃO DO INDICIADO. INÍCIO DE PROVA APTA A ENSEJAR O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

Trata-se de inquérito policial instaurado para apurar a suposta prática, por Amauri Soares, sargento da Polícia Militar, eleito Deputado Estadual no pleito eleitoral realizado em 1º de outubro de 2006, dos crimes previstos nos arts. 166, 163 (por duas vezes) e 215, c/c art. 218, III e IV, todos do Código Penal Militar – CPM, em concurso material.

Segundo narra a denúncia, o indiciado cometeu o crime de difamação quando postou, no sítio da Associação de Praças do Estado de Santa Catarina – APRASC, no dia 21 de abril de 2006, uma mensagem ofensiva à reputação do policial militar Leodésio Schorne de Amorim, confirmando informação anteriormente veiculada por ele no mesmo endereço, no sentido de que a vítima teria cometido irregularidades quando respondia pela oficina mecânica do 4º Batalhão da Polícia Militar.

O crime de crítica ou publicação indevida ocorreu no dia 30 de abril de 2006, quando ponderações negativas do indiciado a respeito de atos praticados por superiores e de políticas e resoluções de Governo foram reproduzidas em matéria jornalística intitulada de "Tentativa de reduzir as diárias", publicada no Jornal "A Notícia".

No artigo, que tratava da concessão de diárias e de ajuda de custo a integrantes da classe militar, citando como exemplos aquelas concedidas a Jair Dalbosco e Ricardo Elói Espíndola, o indiciado emitiu críticas indevidas ao declarar que "há generosidade na concessão do subsídio a setores ligados à cúpula militar", que "há exagero na liberação do benefício" e, em relação a Dalbosco, que "a quantidade liberada é exorbitante".

Por fim, a denúncia atribui ao indiciado o crime de recusa de obediência, por duas vezes, porquanto não se apresentou nas audiências designadas para sua oitiva nos dias 10 de outubro e 7 de novembro de 2006, apesar do Capitão da Polícia Militar Quirino Hawerroth Filho, seu superior hierárquico, ter determinado seu comparecimento.

Concluído o inquérito policial militar, os autos foram remetidos a esta Superior Instância, onde foi determinada a notificação do indiciado para oferecer resposta, nos termos do art. 4º, §1º, da Lei n. 8.038/90.

No prazo legal, o indiciado apresentou defesa preliminar, sustentando, em suma, que não foi o autor da nota postada no sítio da APRASC; que não concedeu a entrevista veiculada no Jornal "A Notícia"; e que não foi notificado para comparecer nas audiências designadas para sua oitiva (fls. 182/183).

Com vista dos autos, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo recebimento da denúncia (fls. 189/192).

É o relatório.

De início, convém salientar que o presente inquérito observou os preceitos da legislação processual penal militar desde a sua instauração, uma vez que a Constituição de 1988 estabeleceu, no art. 124, que "à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei".

Não obstante, o indiciado foi eleito Deputado Estadual no pleito realizado em 1º de outubro de 2006, ocorrendo, em seguida, sua diplomação. Assim, a competência para julgamento da demanda passou a ser do Tribunal de Justiça, nos termos do art. 42, §1º, da Constituição do Estado de Santa Catarina.

Em consequência, o feito foi remetido a esta Corte, na qual passou a ser observado o rito previsto na Lei n. 8.038/90, que disciplina as ações penais originárias da competência dos Tribunais.

Da preliminar de nulidade decorrente do excesso de prazo:

Por ocasião do início do julgamento do presente inquérito policial militar, após a Desembargadora Marli Mosimann Vargas ter exposto os fatos e proferido seu voto no sentido de receber a denúncia; o Desembargador Lédio Rosa de Andrade requereu vista do processo. Na sessão seguinte, arguiu a nulidade decorrente do excesso de prazo para a conclusão do procedimento e, quanto ao mérito, votou pela rejeição integral da denúncia.

Compulsando os autos percebe-se que, efetivamente, houve a dilação do prazo previsto para sua conclusão. Contudo, não há nenhuma irregularidade, pois as prorrogações foram precedidas de autorização da autoridade competente, mediante a adoção das regras instituídas pelos §§ 1º e 2º do art. 20 do CPPM (fls. 48, 55, 75/76 e 81/82).

Ressalta-se que, embora o referido dispositivo condicione a dilação especial ao juízo do Ministro de Estado, a doutrina esclarece que a autorização fica "a critério do atual Comandante da Força" (Claudio Amim Miguel e Nelson Coldibelli. Elementos de Direito Processual Penal Militar, 3 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, fl. 36). E, no caso, a segunda prorrogação foi deferida pelo Comandante Geral da Polícia Militar de Santa Catarina, o Coronel Edson de Souza, ou seja, a autoridade competente para tanto (fls. 81/82).

Demais disso, ainda que houvesse algum vício no inquérito, não haveria que se falar em nulidade, porquanto o inquérito policial é peça meramente informativa e eventuais vícios não contaminam a ação penal. A propósito, colhe-se dos julgados do Superior Tribunal Militar:

> CALÚNIA. INJÚRIA. DIVULGAÇÃO. CORRESPONDÊNCIA. VÍCIOS DO INQUÉRITO. NULIDADE PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA. NOMEAÇÃO DE CURADOR. RÉU REVEL. INTIMAÇÃO POR TELEFONE. LEGALIDADE. 1 - O Inquérito é peça meramente informativa, cujo fim é fornecer elementos para o ajuizamento de uma ação penal, eis por que os

> vícios dele decorrentes não causam nulidade da ação penal respectiva. (Acórdão n. 2004.01.049722-6/RS, rel. Marcos Augusto Leal de Azevedo, j. 25/05/2006).

Feitas esta digressões, passa-se à análise dos crimes imputados ao indiciado separadamente:

Do crime de difamação:

O art. 215 do CPM prescreve que constitui crime "difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação".

Percebe-se que efetivamente foi postada no fórum de discussão do sítio da APRASC, às 20:31h do dia 21 de abril, uma mensagem imputando fato ofensivo à reputação do policial militar Leodésio Schorne de Amorim.

A mensagem afirma que no caso dos hidráulicos – forma como a acusação relativa ao desvio e à subtração de direções hidráulicas de automóveis militares por Leodésio ficou conhecida na época – a imputação era verdadeira. Depois de finalizar o texto com uma saudação, o autor identificou-se como "Sargento Soares" (fls. 15/17).

Verifica-se a existência de provas da materialidade do crime narrado na exordial acusatória, contudo, não há elementos quanto à autoria delitiva. Isso porque não constam informações relativas à necessidade de cadastro ou identificação prévia dos usuários para a participação no referido fórum de discussão.

De forma diversa, analisando as demais mensagens constantes no referido fórum, percebe-se inclusive a possibilidade de postar-se textos sem identificação (fls. 12/26).

Diante deste quadro, forçoso reconhecer a ausência de justa causa para o recebimento da denúncia, porquanto não foi carreada ao feito prova

mínima da autoria, imprescindível para a deflagração da persecução penal. A respeito, Sérgio Ricardo de Souza e Willian Silva lecionam:

> A justa causa, prova mínima da autoria e materialidade aliada às condições da ação (possibilidade jurídica, interesse de agir e legitimidade), deve dar contorno de razoabilidade à pretensão contida na inicial. Para se permitir o exercício do direito de ação no plano processual é indispensável que o titular demonstre de imediato elementos sérios e idôneos da existência da conduta e indícios razoáveis da autoria para emissão do juízo de admissibilidade. (Manual de processo penal constitucional: pós-reforma de 2008. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 141).

Na mesma esteira, destaca Aury Lopes Jr:

> deve a acusação ser portadora de elementos probatórios que justifiquem a admissão da acusação e o custo que representa o processo penal em termos de estigmatização e penas processuais.
>
> Não há que se confundir esse requisito com a primeira condição da ação. Lá exigimos fumaça da prática do crime, no sentido de demonstração de que a conduta praticada é aparentemente típica, ilícita e culpável. Aqui, a análise deve recair sobre a existência de elementos probatórios de autoria e materialidade. (Direito processual penal e sua conformidade constitucional, vol. I, 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 209, p. 362).

Assim, o simples fato de o nome do indiciado constar como o autor da mensagem ofensiva não constitui prova mínima da autoria, exigida para a deflagração da persecução penal. Em caso semelhante, já decidiu esta Corte:

> LEI DE IMPRENSA – INTERNET – CRIME CONTRA A HONRA – VEICULAÇÃO DE MENSAGEM CALUNIOSA POR INTERNAUTA NÃO IDENTIFICADO EM PÁGINA DE RECADOS VIRTUAIS ACESSÍVEL A QUALQUER PESSOA – INSUBMISSÃO DOS ESCRITOS AO CRIVO DO ADMINISTRADOR DO SÍTIO ELETRÔNICO – RESPONSABILIDADE PREVISTA NO ART. 28 DA LEI N. 5.250/67 NÃO CARACTERIZADA, SOB PENA DE ANALOGIA *IN MALAM PARTEM* – DELITO NÃO CONFIGURADO – REJEIÇÃO DA

QUEIXA-CRIME MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Criminal n. 2006.016116-2, de Brusque, rel. Des. Gaspar Rubik, 1ª Câmara Criminal, j. 19/12/2006).

No mais, anota-se que o subscritor da denúncia, em nenhum momento, requereu a produção das provas hábeis a demonstrar a autoria da mensagem ofensiva, providência que poderia ter sido requisitada tão-logo recebidos os autos de inquérito, conforme dispõe o art. 26, I, do CPPM. Também não o fez quando do oferecimento da exordial acusatória.

E embora a Lei n. 8.038/90 possibilite a realização de diligências a pedido das partes (art. 10), ou mesmo a realização de provas reputadas imprescindíveis, a critério do relator (art. 11, §3º), tais fases não se prestam à realização da prova essencial da acusação.

Frente ao exposto, entendo que a denúncia deve ser rejeitada em relação ao crime tipificado no art. 215 do CPM, com fundamento no art. 6º da Lei n. 8.038/90, c/c art. 9º do mesmo Diploma e art. 395, III, CPP.

Do crime de crítica ou publicação indevida:

Segundo a redação do art. 166 do CPM, constitui crime "publicar o militar ou assemelhado, sem licença, ato ou documento oficial, ou criticar publicamente ato de seu superior ou assunto atinente à disciplina militar, ou a qualquer resolução do Governo".

Jorge Cesar de Assis esclarece que o artigo tipifica "condutas distintas: o publicar, sem licença, ato ou documento oficial; e o criticar publicamente ato de seu superior ou assunto atinente à disciplina militar, ou a qualquer resolução do governo" (Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 344).

Quanto à segunda conduta imputada ao indiciado no caso em apreço, o autor esclarece que "criticar revela um juízo de valor, uma meditação sobre o objeto da crítica" (*op. cit.*).

Conforme Cícero Robson Coimbra Neves e Marcelo Streifinger, "a crítica, para ser delituosa, recairá sobre três objetos, a saber: a) o ato de superior, b) o assunto atinente à disciplina e c) a resolução do governo" (Apontamentos de direito penal militar: parte geral, volume 2. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 171).

Extrai-se do feito que na edição do dia 30 de abril de 2006 do Jornal "A Notícia" foi veiculada uma matéria intitulada "Tentativa de reduzir as diárias", da qual se extrai o seguinte trecho:

> O ex-presidente da Associação dos Praças do Estado de Santa Catarina (APRASC), sargento Amauri Soares, avalia que há generosidade na concessão do subsídio a setores ligados à cúpula militar. "Diferente do que ocorre em relação ao pessoal do trecho (militar que exerce serviço operacional)", afirma Soares, que comandou a entidade nos últimos cinco anos. O dirigente, que deixou o posto no final do mês passado, acredita ainda que há exagero na liberação do benefício. "A quantidade liberada (para Dalbosco) é exorbitante", diz Soares (fl. 149).

De fato, a matéria publicada imputa ao indiciado declarações que criticam atos de seus superiores e resoluções adotadas pelo Governo, e teriam sido feitas juntamente com considerações a respeito da concessão de diárias na Polícia Militar.

Todavia, não foi requisitada a realização de nenhuma prova visando apurar se o indiciado efetivamente prestou referidas declarações à imprensa, seja no recebimento do inquérito policial militar, no oferecimento da peça acusatória ou no decorrer da instrução, muito embora conste no feito o nome do veículo de informação e da jornalista responsável pela matéria publicada.

Dessarte, ausente prova mínima da autoria, indispensável para a deflagração da persecução penal, entendo que a denúncia deve ser rejeitada em relação ao crime previsto no art. 166 do CPM, com fulcro no art. 6º da Lei n. 8.038/90, c/c art. 9º do mesmo Diploma e art. 395, III, CPP.

Dos crimes de recusa de obediência:

O crime de recusa de obediência está previsto no art. 163 do CPM, que o define como "recusar obedecer a ordem do superior sobre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou instrução".

Segundo Cícero Robson Coimbra Neves e Marcelo Streifinger, a objetividade jurídica deste crime é "a autoridade militar (traduzida no descumprimento da ordem do superior) e a disciplina militar (perturbada por esse descumprimento)" (*op. cit.*, p. 144).

Do conjunto probatório carreado ao inquérito policial militar,percebe-se que o indiciado não compareceu em duas audiências, que foram designadas para sua oitiva.

Ao tratar do disposto no art. 221, §2º, do CPP, que dispõe sobre a requisição de militares ao superior para serem inquiridos como testemunhas, Sérgio Ricardo de Souza e Willian Silva sustentam que se trata de regra de exceção, vejamos:

> O dispositivo em comento dispõe que "os militares deverão ser requisitados à autoridade superior", tratando-se de regra de exceção, criada particularmente para reger a intimação de militares das forças armadas, e aplicável aos servidores militares estaduais, integrantes das polícias militares e corpos de bombeiros militares, tendo a medida por finalidade resguardar a hierarquia e a disciplina que regem os militares (*op. cit.*, p. 456).

À fl. 95 foi acostado o ofício n. 189/2006, segundo o qual o indiciado foi cientificado no dia 9 de outubro de 2006, às 17h, para comparecer ao ato designado para o dia seguinte, às 10h. E a comunicação interna de n. 191/06, de fl. 102, informa que o indiciado foi notificado via telefone, no dia 6 de novembro de 2006, para comparecer à audiência designada para o dia seguinte, às 10h30min, bem como para comparecer junto à companhia e retirar o ofício encaminhado com tal finalidade.

Segundo o Comandante da Companhia de Policiamento de Guarda, Capitão Quirino Hawerroth Filho, apesar de não ter recebido o ofício de fl. 95 na data que consta no documento, nas duas oportunidades o indiciado foi notificado via telefone para comparecer às audiências designadas e para retirar o ofício respectivo junto à companhia (fls. 103/105).

No mesmo sentido foram as declarações prestadas pelos militares Paulo Chagas de Souza (fls. 106/108) e Carlos Nunes (fls. 109/111), que realizaram as diligências necessárias para a notificação do indiciado.

Cumpre consignar que a alegação do indiciado no sentido de que não foi notificado para comparecer às audiências por telefone ou pessoalmente, contrapõe-se com o fato de que reconheceu ter firmado o recebimento do ofício n. 189/2006 com data retroativa. Essa situação corrobora, inclusive, as declarações prestadas pelas testemunhas no sentido de que o indiciado foi cientificado por telefone no dia 9 de outubro de 2006, comprometendo-se a comparecer junto à companhia para documentar o ato.

Dessa forma, constata-se a presença de indícios de provas aptas a ensejar o recebimento da denúncia em relação ao crime de recusa de obediência, previsto no art. 163 do CPM, por duas vezes.

De outro tanto, não há falar que a notificação se deu fora de prazo, pois se trata de ordem de superior, cujo cumprimento pode ser exigido de forma imediata. Ademais, conforme dito acima, o inquérito policial militar é peça meramente informativa, para o qual não há a necessidade de constituição de defensor ou preparo de defesa.

Ao discorrer acerca do art. 5º, LV, da CF/88, Alexandre José de Barros Leal Saraiva leciona que:

> A dicção constitucional, à primeira vista, pode levar o operador do direito a crer que no decorrer do IPM devem ser observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.
>
> Entrementes, após uma análise menos superficial, há de se considerar que ditas garantias constitucionais não abrangem a *informatio delicti*.
>
> Ora, o IPM não é processo, mas mero procedimento administrativo, sem partes, em que não existe nenhuma acusação, portanto nenhum acusado, mas somente o indiciado, que é a pessoa objeto da investigação (Inquérito policial e auto de prisão em flagrante nos crimes militares. São Paulo: Atlas, 1999, p. 16).

Demais disso, o fato de o indiciado estar afastado do serviço ativo quando ocorreram, em tese, as situações de insubordinação – pois em 10 de outubro de 2006 estava em férias e no dia 7 de novembro de 2006 em licença prêmio (fl. 151) – não afasta a configuração do ilícito, pois se trata de crime próprio que pode ser perpetrado por militar inativo, inclusive. A respeito, colhe-se da doutrina:

> A exemplo do art. 157 do CPM, não se utilizou no tipo penal a expressão "militar", mas sim "superior", significando que o delito pode ser perpetrado por militares da ativa ou inativos, desde que contra um superior. Nessa construção, o militar inativo poderá perpetrar este delito, exceto na compreensão de superior funcional, porquanto não está ele, em atividade, no desempenho de função (Cícero Robson Coimbra Neves e Marcelo Streifinger. *op. cit.*, p. 144/145).

Por fim, anota-se que entre as datas dos fatos (10 de outubro e 7 de novembro de 2006) e o presente julgamento não transcorreu lapso temporal suficiente para o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado, estabelecido em 4 (quatro) anos pelo art. 125, VI, do CPM.

Posto isso, voto pelo afastamento da preliminar suscitada, e pelo recebimento da denúncia tão-somente em relação ao crime previsto no art. 163 do CPM (por duas vezes).

Foram esses os motivos do dissenso.

Florianópolis, 1º de março de 2010.

Torres Marques

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino

Ementa aditiva do Des. Sérgio Paladino

INQUÉRITO. DENÚNCIA QUE SE APRESENTA FORMALMENTE PERFEITA, PREENCHENDO TODOS OS REQUISITOS ARROLADOS NO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER DAS CAUSAS PREVISTAS NO ART. 43 DO MESMO DIPLOMA PARA A QUE SE A REJEITE. RECEBIMENTO.

Se a denúncia descreve, detalhadamente, a conduta do denunciado e lhe imputa a prática, em tese, de crime cuja punibilidade

> não tenha sido tangida por qualquer das causas capazes de ensejar a respectiva extinção, afigura-se formalmente perfeita, ensejando, por conseguinte, a instauração da ação penal.

Dissenti da douta maioria por entender que se impunha o recebimento da denúncia, pois os fatos nela narrados configuram, em tese, os crimes militares capitulados nos arts. 163, 166 e 215, todos do Código Penal Militar.

Com efeito, a exordial apresenta-se formalmente perfeita, atendendo a todos os requisitos alinhados no art. 41 do Código de Processo Penal, quais sejam, a descrição do fato delituoso com todas as suas circunstâncias, a qualificação do indiciado e a classificação do delito.

Além disso, há no caderno processual indícios da respectiva autoria, impondo-se a instauração da ação penal para que se apure, mediante a asseguração do contraditório e da ampla defesa, a imputação.

Destaque-se, por oportuno, que o recebimento da denúncia não implica em juízo de certeza, tampouco na condenação do indiciado, significando, unicamente, a deflagração do procedimento por intermédio do qual perseguir-se-á a descoberta da verdade real.

De outro vértice, para a rejeição da peça vestibular fazia-se mister a prova inequívoca da inexistência do fato, de causa extintiva da punibilidade ou da ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público, a teor do estatuído no art. 43 do Código de Processo Penal, diversamente do que ocorre no caso concreto.

Em caso semelhante, assentou a jurisprudência deste Tribunal:

> Se o fato, em tese, constitui crime e se existem indícios a indicar, *prima facie*, a prática descrita na denúncia, formalmente perfeita, impõe-se a apuração devida, mediante instrução do processo, e irrecusável a recepção da inicial acusatória.

> Sabe-se que o despacho de recebimento ou não da denúncia é pronunciamento resultante de cognição sumária e a rejeição liminar da denúncia só é admissível quando evidente, desde o início, a manifesta improcedência da acusação, a extinção da punibilidade, ou a inexistência dos requisitos formais que a justifiquem, conforme preceitua o art. 43 do CPP (INQ n. 98.017720-0, de Balneário Camboriú, rel. Des. Francisco Borges).

Diante disso, recebia a denúncia.

Florianópolis, 10 de março de 2010.

Sérgio Paladino

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2008.044476-3, de Itajaí

Relator: Des. Edson Ubaldo

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – TRANSPORTE AÉREO – CANCELAMENTO DE VOO – ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DA TRANSPORTADORA – NÃO OCORRÊNCIA – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA – RELAÇÃO CONSUMERISTA – ABALO MORAL – CONFIGURAÇÃO – DESÍDIA DA TRANSPORTADORA – FALTA DE ATENDIMENTO ADEQUADO E DEVIDO – AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES – ABALO PRESUMIDO – DEVER DE REPARAÇÃO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – PLEITO DE REDUÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – APELO DESPROVIDO

Caracterizando o contrato de transporte aéreo relação de consumo, a responsabilidade civil da transportadora é objetiva, sendo ela parte legítima para figurar no pólo passivo de ação indenizatória decorrente de falha na prestação do serviço (cancelamento de voo).

O usuário de transporte público, em especial o passageiro de empresa aérea, não deve ser tratado com o costumeiro desprezo a toda hora mostrado pelos meios de comunicação, especialmente o televisivo, em cenas deprimentes, capazes de fazer corar estátuas. O passageiro é **gente** e não pode ser encarado como se fosse carga

inanimada, abandonado à própria sorte num saguão de aeroporto, sem informações corretas e muitas vezes sem recursos, naquele momento, para prover suas necessidades básicas de repouso e alimentação.

É preciso dar um **basta** aos maus tratos e aos abusos cometidos contra os passageiros por duas ou três empresas aéreas que monopolizam esse tipo de transporte nos céus brasileiros e que, por isso mesmo, não se importam com os transtornos e aflições sofridos pelos usuários de seus precários serviços. Cabe aos magistrados impor severas penas pecuniárias aos causadores desses abusos, pois caso contrário jamais ter-se-á um melhor serviço e um maior respeito ao ser humano que, além de pagar caro por uma passagem, ainda fica à mercê das conveniências financeiras das transportadoras.

A recente Resolução n. 141, da ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil, prevê ampliação dos direitos dos passageiros do transporte aéreo em casos de voos atrasados ou cancelados, reduzindo o prazo para que a companhia preste assistência ao passageiro, ampliando o direito à informação e determinando a reacomodação imediata para viagens canceladas, interrompidas e para os passageiros preteridos de embarcar em voos com reserva confirmada.

O juiz, ao fixar o valor da indenização, deve levar em consideração os princípios da razoabilidade e da reprovabilidade, a teoria do desestímulo, o dano causado, o prejuízo sofrido e as qualidades do ofensor e do ofendido.

No caso presente foi pouco expressivo o *quantum* fixado, mas a ausência de inconformismo da autora não permite a sua elevação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.044476-3, da comarca de Itajaí (2ª Vara Cível), em que é apelante TAM Linhas Aéreas S/A, e apelada Patricia Terra Sá:

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

RELATÓRIO

Patrícia Terra Sá ajuizou, na Comarca de Itajaí, ação de indenização por danos morais em desfavor de TAM Linhas Aéreas S.A., relatando, em síntese, que na data de 19 de novembro de 2006 viajava, juntamente com seus dois filhos adolescentes, de Maceió-AL para Navegantes-SC. Informou que, realizada conexão de voos no aeroporto de Congonhas, em São Paulo-SP, fora surpreendida com a notícia de cancelamento da viagem.

Disse que após terem permanecido no aeroporto por longo período – aproximadamente 13 horas –, durante o qual não foi prestada qualquer informação ou assistência por parte da companhia aérea, no dia seguinte (20 de novembro), às 07:50 horas, embarcaram em um novo voo com destino a Navegantes-SC.

Postulou, ao final, pela procedência do pedido e a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais, em valor a ser arbitrado pelo juízo.

Deferido o benefício da justiça gratuita (fl. 34).

Citada, a ré ofereceu resposta sob a forma de contestação (fls. 46/60), aduzindo, em preliminar, a ilegitimidade passiva *ad causam*; no mérito, sustentou a ausência de sua responsabilidade, haja vista o cancelamento do voo ter ocorrido em razão de uma operação padrão realizada pelos

controladores de tráfego aéreo em todo o país, além de ter argumentado a ausência de danos morais passíveis de reparação.

Réplica às fls. 85/90.

Sobreveio sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito, Dr. Gilberto Gomes de Oliveira, que, decidindo antecipadamente a lide, julgou procedente o pedido inicial, nos termos do art. 269, inciso I, do CPC, condenando a ré ao pagamento de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de indenização por danos morais, incidindo correção monetária a partir do arbitramento e juros de mora a contar do evento danoso. *In fine*, condenou-a ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que fixou em 15% sobre o valor da condenação.

Irresignada, a ré apelou (fls. 99/113), alegando: (a) a ilegitimidade passiva *ad causam*, vez que o cancelamento do voo ocorreu única e exclusivamente em razão da ação dos controladores de tráfego aéreo; (b) a ausência de sua responsabilidade pela culpa exclusiva de terceiro, não havendo nexo causal entre sua conduta e suposto prejuízo da autora; (c) a inexistência de danos morais passiveis de indenização; e, em caso de manutenção da sentença, pleiteou a (d) redução da verba indenizatória.

O recurso de apelação foi recebido em duplo efeito (fls. 116).

Contrarrazões às fls. 119/129.

Ascenderam os autos a esta Corte.

VOTO

De início, cumpre destacar que a relação estabelecida entre as partes é de consumo, enquadrando-se autora (usuária do transporte) e ré (prestadora do serviço) nos exatos termos dos arts. 2° e 3° do Código de Defesa do Consumidor, respectivamente, aplicando-se-lhes os princípios daí decorrentes.

Acerca do assunto, elenca-se precedente desta Corte:

> INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. VIAGEM AÉREA INTERNACIONAL. BAGAGENS EXTRAVIADAS. PLEITOS ACOLHIDOS. CÓDIGO BRASILEIRO DA AERONÁUTICA. NÃO INCIDÊNCIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REGRAMENTO JURÍDICO DE APLICAÇÃO, NO CASO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR INQUESTIONÁVEL. PREJUÍZOS MATERIAIS COMPROVADOS. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. VALORES ARBITRADOS ADEQUADAMENTE. SENTENÇA INCENSURÁVEL. INSURGÊNCIA RECURSAL DESPROVIDA.
>
> 1 O contrato de transporte aéreo reflete nítida relação de consumo, inserindo-se o transportador no conceito de fornecedor e o passageiro no de consumidor, pelo que a relação jurídica dele decorrente é alcançada pelos reflexos da legislação consumerista.
>
> (...) (TJSC, AC n. 2007.053379-9, Rel. Des. Trindade dos Santos, Quarta Câmara de Direito Civil, de 05/06/2008) (grifo nosso)

A) Da preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*

Aduz a apelante sua ilegitimidade para a demanda, haja vista que os fatos enfrentados ocorreram única e exclusivamente pela ação dos controladores de tráfego aéreo.

Sem razão a insurgência, porquanto reconhecida a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, resta afastada a preliminar suscitada, cuja matéria será melhor analisada no mérito.

B) Da Responsabilidade Civil

Da abordagem consumerista decorre a responsabilidade objetiva do fornecedor, prevista no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como

> por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
>
> (...)
>
> § 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
>
> I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
>
> II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.
>
> (...)

Em sede de relação de consumo, mostra-se irrelevante a aferição da culpa pelo evento danoso, pois comprovado o dano e o nexo causal entre este e as atividades desenvolvidas pelo fornecedor, configurada está a responsabilidade civil, cujo afastamento apenas se faz possível pela culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

No caso dos autos, alega a apelante que o cancelamento do voo da autora ocorreu em razão de fato de terceiro – ação dos controladores de tráfego aéreo –, razão pela qual não estaria configurado o nexo causal entre sua conduta e os danos suportados pela autora, devendo ser afastada a responsabilização.

Em que pese a insurgência, razão não lhe assiste. A responsabilidade de indenizar, no caso, é objetiva. Se a empresa aérea entende que sofreu prejuízos com isso, cabe-lhe buscar a compensação junto a quem, a seu ver, seja responsável pelos danos. O que não pode, por óbvio, é furtar-se a seus deveres e obrigações perante o passageiro que não deu causa e em nada contribuiu para a ocorrência.

B.1) Dos danos

Como bem examinado na sentença, o dano moral passível de indenização é evidente, estando caracterizado não só pela má prestação do serviço que ensejou o cancelamento do voo (cuja culpa, é de se reconhecer,

não é somente da ré), mas também pela desídia da apelante na prestação do serviço ao consumidor, obrigando a autora, juntamente com seus dois filhos adolescentes (com 12 e 16 anos de idade), a passar uma noite no aeroporto, acomodados com as bagagens no chão, sem qualquer informação ou assistência e angustiados por não saberem por quanto tempo lá permaneceriam.

Essa forma de tratar o passageiro, que os meios de comunicação mostram a toda hora, em especial o televisivo, envergonha os brasileiros. As cenas dos saguões dos aeroportos são de fazer corar estátuas. Os pobres funcionários das empresas aéreas – porque os donos ou responsáveis maiores nunca aparecem nessas ocasiões –, de modo geral não dispõem de autonomia para oferecer as soluções mínimas asseguradas pela lei ao usuário, quando não são proibidos de prestar informações corretas e verdadeiras.

Pessoas idosas, deficientes, enfermos, crianças, mulheres grávidas, todos são tratados com absoluto desprezo. Aí vem o espetáculo deprimente de passageiros amontoados no chão, junto a suas bagagens, sem que o transportador responsável pelos serviços lhes ofereça um mínimo de conforto em tais circunstâncias, ou seja, informação correta, acomodação digna e alimentos, como é de seu dever.

O verdadeiro monopólio exercido por duas ou três empresas que dividem entre si os céus brasileiros, faz com que o passageiro seja tratado como carga inanimada, cujo valor está na proporção do custo pago pelo transporte – custo esse que, como todos sabemos, é dos mais caros do mundo.

Cabe, pois, aos magistrados brasileiros, impor a essas empresas severas penas pecuniárias e indenizações exemplares, a fim de que possa haver melhoria na prestação dos serviços e um mínimo de respeito ao direito do consumidor.

A propósito, cabe noticiar a recente Resolução da ANAC - Agência Nacional de Aviação Civil (Resolução n. 141), publicada na data de ontem (15 de março), que prevê nova regulamentação dos direitos dos passageiros do transporte aéreo em casos de voos atrasados ou cancelados, reduzindo o prazo para que a companhia preste assistência ao passageiro, ampliando o direito à informação e determinando a reacomodação imediata para viagens canceladas, interrompidas e para os passageiros preteridos de embarcar em voos com reserva confirmada.

Yussef Said Cahali ensina que o dano moral é "a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física - dor-sensação, como a denomina Carpenter - nascida de uma lesão material; seja a dor moral - dor-sentimento, de causa material" (In: Dano e Indenização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 7).

E Sergio Cavalieri Filho caracteriza esta espécie de dano como:

> [...] a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no âmbito familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais acontecimentos (Programas de responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 105). (AC n. 2008.053981-1/000000. Relator Desembargador Cesar Abreu. Julgada em 05.06.2009)

Neste norte, sopesando-se que o dano moral está incutido na esfera subjetiva da pessoa e encontra-se diretamente relacionado a sentimentos de dor, mágoa e tristeza, e, diante da proporção das consequências do evento

para a autora em razão do cancelamento do voo, entendo que o abalo moral por ela sofrido é irrefutável, sendo passível de reparação.

Cumpre citar julgado recente deste egrégio Tribunal de Justiça:

> APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – **TRANSPORTE AÉREO – ATRASO E CANCELAMENTO DE VÔO – RESPONSABILIDADE CIVIL – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – ABALO MORAL PRESUMIDO –** QUANTUM INDENIZATÓRIO – CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE – DANOS MATERIAIS – MÍNGUA PROBATÓRIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS DESPROVIDOS.
>
> É objetiva a responsabilidade da companhia aérea por eventuais defeitos ocorridos na prestação de seus serviços.
>
> Apresenta-se como verdadeiro dilema imposto ao magistrado a fixação de numerário suficiente para compensar o abalo moral sofrido, visto sua incomensurabilidade. Assim, deve ele pautar por parâmetros ligados as condições financeiras das partes envolvidas, as circunstâncias que geraram o dano e o abalo experimentado, a fim de encontrar um valor que não acarrete enriquecimento exagerado e nem provoque renitência delitiva.
>
> Por atingir a porção mais íntima do indivíduo, o abalo moral prescinde de comprovação do prejuízo, porquanto é tido como dano *in re ipsa*.
>
> Imprescindível para o reconhecimento do direito do autor aos danos materiais, a prova documental do decréscimo ocorrido em seu patrimônio. (TJSC, AC 2008.076709-4, Rel. Des. Fernando Carioni, Terceira Câmara de Direito Civil, de 02/03/2009) (grifo nosso)

Afasta-se, portanto, a alegação de ausência de danos morais.

B.2) No nexo de causalidade

No tocante ao nexo de causalidade, este também se mostra incontroverso, pois é fato que a autora contratou o serviço de transporte da ré (aquisição de passagens), com viagem marcada para 19/11/2006, itinerário

Maceió-AL – Navegantes – SC, com escala em Congonhas - SP, tendo, neste local, havido o desembarque dos passageiros diante do cancelamento do voo, de onde somente partiram em 20/11/2006, às 07:50 horas.

Diante dos fatos, e porque configurada a responsabilidade civil da apelante, resta afastada a tese de ausência de nexo causal ante a culpa de terceiro.

Como dito, tratando a responsabilidade do transportador aéreo da espécie objetiva, não há que se perquirir da culpa. A alegação de que o cancelamento do voo decorreu de falha nos equipamentos que gerenciam as freqüências de rádio (pane no Cindacta-1), que acabou originando o denominado "apagão aéreo", com a consequente necessidade de sequenciamento de voos pelos controladores de tráfego, não caracteriza a excludente de culpa de terceiro.

É sabido e consabido que à ré, na condição de prestadora do serviços de transporte aéreo, incumbia realizar a acomodação dos passageiros, facilitando-lhes a comunicação, hospedagem e alimentação em locais adequados, e prestando todas as informações e esclarecimentos necessários ao atendimento mínimo devido em tais circunstâncias, de modo a evitar-lhes transtornos ainda maiores dos que os já suportados pelo cancelamento do voo, que não se deu por caso fortuito ou força maior, mas, ao que tudo indica, por conveniência da própria transportadora.

Deste modo, configurado o nexo causal entre o dano e a prestação do serviço, e porque ausente qualquer excludente de responsabilidade, resta improvido o apelo quanto a este ponto.

C) Do *quantum* indenizatório

No que tange ao pleito da apelante de ver diminuído o valor fixado a título de indenização por danos morais, ao argumento de que se mostra excessivo (absurdo), de igual forma não merece prosperar.

Sobre o tema, é importante frisar que a indenização reveste-se de tríplice função. A primeira é a função reparadora ou compensatória, por intermédio da qual o julgador pretende reconstituir, no patrimônio do lesado, aquela parte que restou desfalcada, procurando restabelecer o status quo anterior à ocorrência da lesão, devendo ser fixada, ainda que impossível a reconstituição da integridade psíquica e moral violada. A segunda é a chamada função punitiva, através da qual se objetiva repreender o causador do dano, como forma de atuar no ânimo do agente, impedindo-o de prosseguir na sua conduta danosa. Há quem se refira, ainda, à função pedagógica, na condição de alerta sobre a ilicitude do fato, desestimulando a prática de atos idênticos por outros membros da sociedade.

Sobre a quantificação do dano moral, a Primeira Câmara de Direito Civil, à unanimidade, em processo do qual fui Relator, já decidiu:

> O valor da indenização por dano moral deve ser fixado pelo juiz de forma a observar critérios peculiares de cada situação, analisando as questões sócio-econômicas das partes, o grau de intensidade do dolo ou culpa, as repercussões dos fatos, observando a razoabilidade necessária para tanto, a fim de que possa servir, por um lado, de alívio para a dor psíquica sofrida pelo lesado, sem importar, no entanto, em enriquecimento ilícito. De igual forma, para a parte ofensora, desempenhando uma séria reprimenda a fim de evitar a prática de novos atos antijurídicos. (Apelação Cível n. 2007.016281-3, de Joinville. DJU 12.03.2008).

Nessa ótica, não merece guarida a pretensão da apelante, devendo ser mantida a importância arbitrada na sentença (R$ 5.000,00).

Registro que, conforme tem sido o entendimento desta Câmara em relação ao arbitramento dos danos morais em casos como este, o valor fixado pela r. sentença poderia ser mais elevado e este relator não teria dúvida alguma em aumentá-lo, especialmente diante das peculiaridades do caso em comento. Ocorre, porém, que a parte autora não pleiteou sua majoração, devendo-se manter o montante fixado.

Pelo exposto, voto pelo desprovimento do recurso.

DECISÃO

Ante o exposto, decidiu a Primeira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

O julgamento, realizado no dia 16 de março de 2010, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Edson Ubaldo, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Carlos Adilson Silva e Desa. Denise Volpato.

Florianópolis, 19 de março de 2010.

Edson Ubaldo
RELATOR

Apelação Cível n. 2006.018279-5, de Porto União

Relatora: Desa. Subst. Denise Volpato

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA CUMULADA COM RETIFICAÇÃO DE REGISTRO PÚBLICO – SENTENÇA TERMINATIVA – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO DECRETADA EM FACE DA AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO ESCRITA DEMONSTRANDO O INTERESSE DOS PAIS DE CRIAÇÃO EM ADOTAR.

RECURSO DA AUTORA COM O FITO DE VER RECONHECIDA A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO MANEJO DA AÇÃO – SUBSISTÊNCIA – PEDIDO DE RECONHECIMENTO JURÍDICO DE VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO QUE TEM AMPARO EM PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – RECURSO PROVIDO.

1- A tendência atual do Direito, e mais especificamente do Direito de Família, é a de gradativamente abandonar as formas jurídicas rígidas e em confronto com a realidade social em nome da satisfação da plena liberdade de desenvolvimento dos cidadãos no seio social.

2- Longe das antigas fórmulas de caráter patrimonialista – onde os casamentos eram ajustados pelo patriarca, e as mulheres estavam submetidas ao alvedrio do pai ou marido –, após as conquistas feministas e a regulamentação do divórcio, há algumas décadas a família baseia-se na livre vontade dos parceiros em manter laços de cunho afetivo. Essa nova realidade, por mais que não esteja completamente consolidada em nossa legislação positiva, não pode ser desprezada pelo intérprete do Direito. A função do Poder Judiciário, nesses casos, é a de resguardar a liberdade dos cidadãos de agruparem-se conforme seus interesses afetivos,

conferindo-lhes a proteção jurídica (e porque não patrimonial) digna, tal qual lhes seria igualmente conferida se o agrupamento (a família) pudesse ser enquadrado na forma tradicional.

3- Em 1988 a novel Constituição deu um primeiro passo na seara do reconhecimento jurídico das entidades familiares estabelecidas tão-somente com base no afeto ao emprestar a devida proteção do Direito à União Estável. A partir de então houve um deslocamento do conceito jurídico de família para a união de pessoas decorrente do vínculo de afeto, e não simplesmente na união jurídica advinda do ato formal representado pelo casamento. Com base nesta inovação legal – engendrada pela Constituição –, combinada com a aplicação prática do Princípio da Dignidade Humana, plenamente possível emprestar caráter oficial ao Estado de Filiação nascido e desenvolvido simplesmente com base no afeto.

4- É inexorável o reconhecimento judicial de que a família na sociedade contemporânea é fruto muito mais do afeto e do sentimento de humanidade do que do DNA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.018279-5, da comarca de Porto União (2ª Vara), em que é apelante D. P., e apelado E. de J. T. de L. F. e outro:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por maioria de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para cassar a Sentença de primeiro grau e determinar a instrução do processo, especialmente a produção de prova oral. Custas legais. Vencido o Desembargador Stanley da Silva Braga, que fará declaração de voto.

RELATÓRIO

D. P. aforou Ação Declaratória de Paternidade e Maternidade Sócio-afetivas c/c Retificação de Registro de Nascimento com o fim de ver reconhecido pelo Direito e, após o competente registro, pela sociedade, seu vínculo de filiação afetiva com J. T. de L. F. e L. P. de L., ambos já falecidos. Alegou ter sido entregue pelos seus pais biológicos para que fosse criada pelos pais afetivos aos 2 (dois) anos de idade. Afirmou ter sido criada como filha, e ter igualmente prestado assistência aos pais quando enfermos ao final de suas vidas. Asseverou não terem os pais afetivos deixado outros descendentes ou ainda patrimônio a ser inventariado. Requereu o reconhecimento judicial do vínculo afetivo decorrente de sua ligação com os pais que a criaram toda a vida. Juntou documentos (fls. 08/22) e pleiteou a gratuidade na tramitação do feito.

Em despacho de fl. 22v o Magistrado Singular determinou a emenda da inicial a fim de que a requerente indicasse o inventariante do espólio dos requeridos para que fosse realizada a citação.

A requerente opôs Embargos de Declaração (fls. 23/26) no qual informou não haverem herdeiros necessários, nem patrimônio a ser inventariado, não podendo indicar um inventariante para responder à demanda.

Instado a opinar no feito, o Ministério Público, em parecer de fl. 27v opinou fosse a requerente intimada a apresentar uma parte contrária para angularizar a relação jurídico-processual.

A sugestão inserta no parecer foi aceita pelo Juízo *a quo* (fl. 28).

A requerente interpôs recurso de Agravo Retido (fls. 30/34) contra a decisão.

Em novo parecer (fl. 35v), o representante do Ministério Público opinou pelo indeferimento do agravo em razão da decisão atacada ser irrecorrível por se tratar de despacho de mero expediente.

O MM Juiz Monocrático sentenciou (fl. 37) o feito nos seguintes termos: "ANTE O EXPOSTO, indefiro a petição inicial e julgo extinto o processo, com fulcro nos artigos 282, II; 284, parágrafo único; 295, I, IV, parágrafo único, III e 267, I, IV e VI, todos do Código de Processo Civil. Sem custas em face à Justiça Gratuita."

Irresignada, a requerente interpôs Apelação (fls. 39/43) na qual alega não haver empeço à citação editalícia do espólio porquanto ele não tem sua existência pautada pela abertura do inventário, mas sim pela abertura da sucessão. Assevera, ainda, não haver óbice jurídico ao pedido somente porque os requeridos não deixaram herdeiros, cabendo a citação por Edital na espécie (que chamaria todo e qualquer interessado a ingressar no feito). Aduz não poder a ação ter um fim em si mesma, devendo expressar a correta solução da questão controvertida posta em juízo. Indica haver a possibilidade jurídica da alteração dos registros públicos relativos ao estado de filiação das pessoas, não podendo ser impedido seu Acesso à Justiça ao argumento de impossibilidade jurídica do pedido. Alegou haver precedentes jurisprudenciais aceitando a prevalência da paternidade sócio-afetiva sobre a descendência biológica. Requereu a anulação da Sentença atacada, para possibilitar que a recorrente produza as provas requeridas.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Mário Gemin (fls. 51/52v), que opina pelo desprovimento do recurso.

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 recurso.

Trata-se de recurso de apelação no qual a requerente pretende a anulação da Sentença que, em síntese, indeferiu a petição inicial por não haver indicação do(s) inventariante(s) dos espólios requeridos e igualmente decretou a carência da ação por impossibilidade jurídica do pedido.

Pois bem, seu reclamo merece prosperar.

2. Do Agravo Retido

Inicialmente importante esclarecer que se deixa de conhecer do Agravo Retido de fls. 30/34 porquanto não requerido expressamente na petição de apelação, na forma do artigo 523, §1º, do Código de Processo Civil.

3. Do mérito

3.1. Da citação do espólio

Restou consignado na Sentença (fl. 37), *verbis*:

> "Conforme se sabe, o espólio é uma figura jurídica que existe apenas quando em curso o processo de inventário e enquanto não realizada

> a partilha, sendo representado em juízo pelo inventariante (art. 12, V, do CPC). Dessa forma, não existindo a ação de inventário, conforme informa o advogado postulante, inviável seu requerimento de citação do espólio ou 'espólios' (sic fl 02)."

Ocorre que, a despeito da correta interpretação da norma processual em comento, o fato de não haver um processo de inventário, ou ainda, de não se vislumbrar a possibilidade de citação de qualquer parte adversa não tem o condão de inviabilizar o pleito exordial.

Isso porque acaso o Magistrado entendesse não haver possibilidade prática de citação do espólio de quem faleceu sem deixar descendentes, ou ainda patrimônio, caberia ter recebido o pedido formulado como de jurisdição voluntária, que efetivamente é.

As ações declaratórias podem encerrar um pedido resolução (ou esclarecimento) judicial de uma situação de dúvida jurídica em face de pretensão resistida por outro cidadão ou organização, como igualmente encerrar um pedido de declaração pública de um fato que tenha tamanha relevância para o Direito que necessite da intervenção oficial do Poder Judiciário, ainda que não haja explicitamente uma parte adversa.

Este último é o caso dos autos: onde a requerente pretende a declaração judicial de estado de filiação diverso do que consta em seu registro de nascimento. Neste caso, ainda que não haja parte adversa para ser citada (em razão do falecimento dos interessados), imperioso reconhecer-se o direito da postulante ao manejo do presente expediente processual, ainda que em procedimento de jurisdição voluntária.

Segundo a regra inscrita no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o direito ao reconhecimento do estado de filiação é imprescritível, podendo a presente ação ser manejada a qualquer tempo, inclusive contra os possíveis herdeiros dos supostos pais, *in verbis*:

> "Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça."

A teoria processual, baseada na aplicação prática dos princípios constitucionais da Ampla Defesa e do Devido Processo Legal, preleciona ser imprescindível a participação no processo de toda e qualquer pessoa (física ou jurídica) que tenha a sua esfera jurídica-patrimonial afetada pela decisão jurisdicional.

A despeito disso, a propositura de pleito de retificação/alteração de registro de nascimento não tem necessariamente de ser um processo contencioso. Nem sempre haverá uma pretensão resistida contra outra pessoa senão o próprio Estado, instado a se manifestar pela propositura do procedimento jurisdicional.

Conforme texto do artigo 1.105, do Código de Processo Civil, todos os interessados são chamados a intervir no procedimento especial de jurisdição voluntária, sem que isso conflua obrigatoriamente em um processo contencioso. Não havendo impugnação, o processo se mantém na esfera administrativo-judicial (voluntária). É o que se infere do texto do referido artigo:

> "Serão citados, sob pena de nulidade, todos os interessados, bem como o Ministério Público."

Ao contrário do processo de natureza contenciosa, os procedimentos de jurisdição voluntária não prescindem da citação e participação de um terceiro a fim de se formar com regularidade a relação processual. A citação preceituada pelo dispositivo legal supratranscrito visa tão-somente cientificar eventuais interessados em intervir no processo (tornando-a, assim, contenciosa). Note-se, bem por isso o Código de Processo Civil utiliza o termo "interessados", e não "partes".

Ressalta-se, a satisfação da pretensão autoral reclama procedimento com imperiosa participação do Estado-Juiz com o fito de manter-se a idoneidade das informações constantes nos registros de natureza pública, como os de nascimento.

In casu, não há falar em necessidade absoluta de citação porquanto não há pretensão resistida. Mesmo assim, por se tratar de demanda com vistas a obtenção de efeitos declaratório-constitutivos (alteração de registro público), mister se faz a intervenção estatal por meio de procedimento jurisdicional, tornando evidente o interesse de agir da parte.

Desta feita, não havendo como citar-se uma parte adversa, em interpretação extensiva do artigo 1.105, do CPC, caberia ao Magistrado singular, determinar tão-somente a publicação de Edital informando ao corpo de cidadãos, qual seja, a todos os interessados, do ajuizamento da demanda, e assim viabilizar à autora seu Direito de Acesso à Justiça (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal); como também atribuir o devido valor probante ao documento de fl. 20 (Certidão de Inexistência de Dependentes Habilitados à Pensão por Morte, expedido pelo INSS).

3.2. Da impossibilidade jurídica do pedido/interesse de agir

Concernente às condições da ação, em Sentença restou declarada a impossibilidade jurídica do pedido de alteração do registro de nascimento da requerente pois não havia documento lavrado/firmado pelo espólio requerido (os pais adotivos) que comprovasse o seu interesse em adotá-la oficialmente.

Equivocou-se novamente o Magistrado sentenciante, pois que a demanda declaratória e constitutiva deflagrada é plenamente possível de ser manejada.

Inicialmente curial realizar-se um aparte científico com relação às condições da ação.

A despeito da propriedade legal da aplicação da possibilidade jurídica do pedido como uma limitadora autônoma do Direito de Ação, é importante ressaltar sua relativa impropriedade técnica.

Isso porque o Código de Processo Civil de 1973 teve como marco a Teoria Eclética da Ação, desenvolvida por Enrico Tullio Liebman em meados do século passado. Segundo esse teórico – seguido por quase que a totalidade dos processualistas brasileiros – a ação é um "direito ao processo e ao julgamento de mérito" (não necessariamente um direito ao resultado favorável) (Liebman, Enrico Tullio. Manual de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.151).

Conforme originalmente concebido pelo jurista italiano – e positivado em nossa legislação processual – o exercício do Direito de Ação – garantido constitucionalmente –, apesar de abstrato (independer do resultado favorável, ou da existência do direito material postulado), estaria condicionado a coexistência de três elementos básicos sem os quais o cidadão não poderia movimentar a máquina estatal a fim de obter a resolução do mérito da causa; são eles: o interesse de agir, a legitimidade *ad causam* e a possibilidade jurídica do pedido (ora analisada).

Nesse sentido salienta o professor Cândido Rangel Dinamarco em notas explicativas ao Manual de Processo Civil escrito pelo próprio Liebman (Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 160):

> "[...]Alfredo Buzaid [...] na condição de autor do Anteprojeto que veio a dar no Código vigente, incluiu [nele] as conhecidas três condições hauridas na teoria liebmaniana (possibilidade jurídica, legitimidade *ad causam*, interesse de agir: cfr. CPC. arts. 267, inc. 267, inc. VI, e 295, incs. II-III e par. ún., inc. III."

Ocorre que, a partir da 3ª edição de sua obra, em 1973, o mentor teórico de nosso código processual alterou seu entendimento acerca das condições da ação, como continua a explicar o professor Dinamarco na obra supracitada:

> "Sucede que, tendo entrado em vigor na Itália, no ano de 1970, a lei que instituiu o divórcio (lei n° 898, de 1.12.70), na 3ª edição do seu *Manuale* o autor sentiu-se desencorajado de continuar a incluir a *possibilidade jurídica* entre as condições da ação (afinal, esse era o principal exemplo de impossibilidade jurídica da demanda); e nisso tudo vê-se até certa ironia das coisas, pois no mesmo ano de 1973, em que vinha a lume o novo Código de Processo Civil brasileiro, consagrando legislativamente a teoria de LIEBMAN com as suas três condições, surgia também o novo posicionamento do próprio pai da idéia, renunciando a uma delas [...]." (p. 160-161)

Essa alteração conceitual, no entanto, não significou um abandono a idéia de impedimento legal ao manejo do pedido, mas o deslocamento de seu núcleo para um elemento maior: o interesse de agir.

A partir de então, para Liebman, assim deveria ser compreendido o interesse de agir:

> "O interesse de agir decorre da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, por isso, a assertiva de lesão desse interesse e a aptidão do provimento pedido a protegê-lo e satisfazê-lo. **Seria uma inutilidade proceder ao exame do pedido para conceder (ou negar) o provimento postulado**, quando na situação de fato apresentada não se encontrasse afirmada uma lesão ao direito ou interesse que se ostenta perante a parte contrária, ou quando os efeitos jurídicos que se esperam do provimento já tivessem sido obtidos, ou ainda quando o provimento pedido fosse em si mesmo inadequado ou inidôneo a remover a lesão, ou, finalmente, **quando ele não pudesse ser proferido, porque não admitido pela lei (p. ex., a prisão por dívidas)**." (p.155) [grifei]

E conclui:

> "Em conclusão, o interesse de agir é representado pela relação entre a situação antijurídica denunciada e o provimento que se pede para debelá-la mediante a aplicação do direito; deve essa relação consistir na utilidade do provimento, como meio para proporcionar ao interesse lesado a proteção concedida pelo direito. **Desaparecidas as ações típicas, vinculadas a cada uma das relações jurídicas substanciais, ele é o elemento característico da ação, o elemento com base no qual a ordem jurídica mede a aptidão da situação**

> **jurídica [fattispecie] deduzida em juízo, a colocar-se como objeto da atividade jurisdicional e verifica se o pedido se conforma aos objetivos do direito, sendo merecedor de exame.**" (p. 155-156) [grifei]

Dessarte, ainda que a legislação pátria elenque de forma autônoma a possibilidade jurídica do pedido como uma das condições da ação, em apreço a melhor técnica processual, passa-se à análise da adequação do pleito ao ordenamento jurídico pátrio sob o prisma do interesse de agir.

Pois bem, nesse sentido consignada no item anterior do presente voto (tópico 3.1) a existência do interesse de agir com relação ao binômio necessidade-adequação, imperioso reconhecer-se igualmente ser o pedido inaugural amparado pelo Direito, mormente diante da aplicação da hermenêutica constitucional.

A tendência atual do Direito, e mais especificamente do Direito de Família, é a de gradativamente abandonar as formas jurídicas rígidas e em confronto com a realidade social em nome da satisfação da plena liberdade de desenvolvimento dos cidadãos no seio social.

Nesse viés, com base na Teoria Neoconstitucionalista do Direito, a interpretação das normas exige um exercício mais apurado do jurista porquanto o Direito necessita ser compreendido como uma ferramenta de promoção da dignidade humana e integração social, assim, como tal, deve amoldar-se à realidade na qual está inserido, e não a desprezar em nome de conceitos arcaicos e superados de célula famíliar e sociedade.

Sobre este aspecto teórico destaca-se da doutrina constitucional:

> "Assim, o direito do século XXI distancia-se das propostas de teorias de direito, até então, dominantes. Em primeiro lugar, é oposto ao positivismo, naquilo em que este mais se apoiava. Como todos sabem a estrutura do positivismo sustenta-se pela separação do direito com a moral e a política (e porque não em relação à economia, que não ocupava o papel que ocupa hoje). Em segundo lugar, também se afasta das inconsistências do jusnaturalismo e nos poucos pontos em

> que poderia ser confundido com ele, pois o neoconstitucionalismo é fundado em propostas de incremento de racionalidade, como a festejada ponderação. Finalmente, e em terceiro lugar, o realismo jurídico e a sua dimensão sociológica não ficam descurados de uma proposta que age sobre o direito útil." (MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e a teoria da interpretação. In: Revista Forense. 396.v. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 90)

E ainda,

> "Busca-se, dentro dessa nova realidade, não mais apenas atrelar o constitucionalismo à idéia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, buscar a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, especialmente diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais." (LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 13.ed. 3.tir. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 9)

Por derradeiro, complementa o Ilustre professor de Direito Constitucional Luís Roberto Barroso:

> "O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.
>
> Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e alcance." (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito

> constitucional no Brasil). In: Revista de Direito Administrativo. 1.v. 240.n. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.42)

Desprezar a formação familiar com base no afeto em nome da conceituação de vínculo biológico, ou ainda decorrente do nascimento na constância da união conjugal (como prevê o Código Civil, por exemplo, em seus artigos 1.597, 1.601 e 1.617) não só representa uma afronta à moralidade em si – princípio supra-jurídico que sempre mereceu a atenção do Direito de Família – como igualmente uma declaração de *non liquet* (Pronunciamento exarado pelos antigos Pretores romanos indicando a impossibilidade de julgamento da causa por falta de expressa previsão legal).

Analisada a prova documental arregimentada pela recorrente (fls. 11/22) não é plausível concluir-se pela inexistência de documentação indicativa da vontade dos interessados em efetivar a adoção da requerente.

Isso porque, os documentos de fls. 13, 14, 15, 16 e 17 – fichas de matrícula escolar –, todos preenchidos de próprio punho pelo falecido pai adotivo – J. T. de L. F. – e por ele firmado, indicam o nome da recorrente como "D. P. de L." (ou seja, acrescido de seu sobrenome).

Trata-se de prova contundente do desejo da adoção de D. P., ora recorrente, como filha do coração, pouco importando as razões que a impediram de assim ser reconhecida.

Em contrapartida, os documentos de fls. 11 e 12 atestam a dedicação e os cuidados da recorrente com seus pais adotivos: seja ao onerar com o funeral do pai, seja dedicando-se a cuidar da mãe enferma, ou ainda ao ser declarante de seus óbitos (fls. 21 e 22).

Nesta seara é preciso afastar-se da visão dogmática, e com os olhos do coração ponderar, em situações tais, que a resposta jurisdicional não se encontra tão-somente na letra seca da Lei, e para tanto, não se olvidar do disposto nos artigos 4º e 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil:

> "Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.
>
> Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum." [grifei]

Assim, o pleito inaugural, por mais que não se enquadre nos moldes legais de adoção por meio de escritura pública, ou outra declaração de vontade, deve ser analisado sob a ótica da conformação do Direito aos fins sociais (LICC, artigo 5º), que são, em última análise a razão de existir das Leis.

Nesse diapasão se respalda o reconhecimento inexorável de que a família na sociedade contemporânea é fruto muito mais do afeto e do sentimento de humanidade do que do DNA.

Longe das antigas fórmulas de caráter patrimonialista – onde os casamentos eram ajustados pelo patriarca, e as mulheres estavam submetidas ao alvedrio do pai ou marido –, após as conquistas feministas e a regulamentação do divórcio, há algumas décadas a família baseia-se na livre vontade dos parceiros em manter laços de cunho afetivo.

Essa nova realidade, por mais que não esteja completamente consolidada em nossa legislação positiva, não pode ser desprezada pelo intérprete do Direito. A função do Poder Judiciário, nesses casos, é a de resguardar a liberdade dos cidadãos de agruparem-se conforme seus interesses afetivos, conferindo-lhes a proteção jurídica (e porque não patrimonial) digna, tal qual lhes seria igualmente conferida se o agrupamento (a família) pudesse ser enquadrado na forma tradicional.

Nesse sentido, leciona Paulo Luiz Netto Lôbo:

> "A excessiva preocupação com os interesses patrimoniais que matizam o direito de família tradicional não encontram eco na família atual, vincada por interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por um elemento aglutinador e nuclear distinto: a afetividade. Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada

> pela Constituição, conduzindo ao fenômeno que denominamos repersonalização." (LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Famílias. In: *Revista Brasileira de Direito de Família.* v.24. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 151)

No âmbito do direito positivo, em 1988 a novel Constituição deu um primeiro passo na seara do reconhecimento jurídico das entidades familiares estabelecidas tão-somente com base no afeto ao emprestar a devida proteção do Direito à União Estável, humanizando as relações. A partir de então houve um deslocamento do conceito jurídico de família para a união de pessoas decorrente do vínculo de afeto, e não simplesmente na união jurídica advinda do ato formal representado pelo casamento; valendo o mesmo para a filiação.

Com base nesta inovação legal – engendrada pela Constituição –, combinada com a aplicação prática do Princípio da Dignidade Humana, plenamente possível emprestar caráter oficial ao Estado de Filiação nascido e desenvolvido simplesmente com base no afeto.

Neste norte, oportuna a lição da advogada, e ex-desembargadora do quadro de magistrados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias (*Quem é o pai?* Revista Brasileira de Direito de Família. v.15 Porto Alegre: Síntese, 2002):

> "Esse ponto de identificação só pode ser encontrado pelo reconhecimento da existência de um vínculo afetivo. É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do Direito Obrigacional – cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no Direito de Família, cujo elemento estruturador é o sentimento de amor, o elo afetivo que funde as almas e confunde os patrimônios, fazendo gerar responsabilidades e comprometimentos mútuos.
>
> Essa nova realidade também se impõe na identificação dos vínculos de parentalidade. Conforme JOÃO BAPTISTA VILLELLA: 'As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso, para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo,

imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade'.

A mudança dos paradigmas da família reflete-se na identificação dos vínculos de parentalidade, levando ao surgimento de novos conceitos e de uma linguagem que melhor retrata a realidade atual: filiação social, filiação socioafetiva, posse do estado de filho.

Todas as expressões nada mais significam que a consagração, também no campo da parentalidade, do mesmo elemento que passou a fazer parte do Direito de Família. Tanto como aconteceu com a entidade familiar, agora também a filiação passou a ser identificada pela presença de um vínculo afetivo paterno-filial. O Direito resta por ampliar o conceito de paternidade, compreendendo o parentesco psicológico, que acaba prevalecendo sobre a verdade biológica e a realidade legal.

Cabe o questionamento feito por RODRIGO DA CUNHA PEREIRA: 'podemos definir pai como o genitor, o marido ou companheiro da mãe, ou aquele que cria os filhos e assegura-lhes o sustento, ou aquele que dá seu sobrenome ou mesmo nome?' A resposta só pode ser uma: nada mais autêntico do que reconhecer como pai quem age como pai, quam dá afeto, quem assegura a proteção e garante a sobrevivência.

A filiação socioafetiva corresponde à realidade que existe, e juridicizar a verdade aparente garante a estabilidade social. A posse do estado de filho 'revela a constância social da relação paterno-filial, caracterizando uma paternidade que existe, não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de elementos que somente estão presentes, frutos de uma convivência afetiva.' [p. 8-9]

[...]

Diante de situações já estabelecidas, impõe-se, para a identificação do vínculo parental, questionar se goza a criança da posse de estado de filho. Reconhecida a existência de uma filiação socioafetiva, com relação aos dois parceiros, imperativo afirmar a possibilidade – ou melhor, a necessidade – de ambos, ainda que sejam do mesmo sexo, estabelecerem um vínculo jurídico, visando principalmente à proteção de quem afinal, é filho dos dois. [p. 11]

> [...]
>
> Há de se reconhecer que a verdade real é que goza o filho da posse de estado, 'a prova mais exuberante e convincente do vínculo parental', conforme enfatiza ZENO VELOSO, que questiona: 'se o genitor, além de um comportamento notório e contínuo, confessa, reiteradamente, que é o pai daquela criança, propaga este fato no meio em que vive, qual razão moral e jurídica para impedir que esse filho, não tendo sido registrado como tal, reivindique, juridicamente, a determinação de seu estado?:'" [p. 14]

Não há como se negar ao filho do coração o direito de obter o reconhecimento jurídico, mesmo que falecidos os "pais de criação" – de fazer constar em seus documentos de identificação – sua verdadeira identidade familiar.

O Poder Judiciário não pode atentar contra uma realidade social, supostamente consolidada pelo tempo, em nome de um impedimento legal – de um todo inexistente – ao manejo de pleito tão nobre como o ora analisado.

Como impedir a requerente que supostamente conviveu, foi criada pelos pais não biológicos e retribuiu o afeto cuidando deles no final de suas vidas, de ver impresso em seus documentos oficiais a sua realidade familar? Como negar guarida ao pedido de retificação de registro que não espelha a verdadeira identidade da requerente, que de fato se identifica como um ser humano fruto da relação de afeto e da educação recebida de seus pais do coração?

Pensar de modo contrário seria o mesmo que perpetrar um atentado contra a identidade da requerente, direito personalíssimo constitucionalmente garantido. Esse certamente não é o papel do Estado, e como tal igualmente não é o papel do Poder Judiciário.

Nesse sentido, embora não se possa considerar que atualmente haja no Judiciário brasileiro muitos precedentes favoráveis ao pleito inaugural,

gradativamente percebe-se um movimento jurisprudencial no sentido de emprestar validade substancial à filiação socio-afetiva:

> "DIREITO CIVIL - FAMÍLIA - NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - IMPROCEDÊNCIA EM PRIMEIRO GRAU - INCONFORMISMO - ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM - PRELIMINAR AFASTADA - DOCUMENTO NOVO JUNTADO EM ALEGAÇÕES FINAIS - POSSIBILIDADE - INEXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO BIOLÓGICA - EXAME DNA NEGATIVO - ALEGAÇÃO ACOLHIDA - VÍNCULO GENÉTICO INEXISTENTE - ANULAÇÃO DO REGISTRO CIVIL FUNDADO EM VÍCIO DE CONSENTIMENTO - AFASTAMENTO - RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO - ATO IRREVOGÁVEL - FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA QUE EXCLUI A BIOLÓGICA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> O pai registral possui legitimidade para contestar paternidade de filho nascido durante relacionamento com a genitora, embora concebido anteriormente a esse lapso temporal.
>
> A teor do art. 397 do CPC é lícito às partes juntar aos autos documentos novos, em qualquer tempo, desde que respeitado o contraditório e ausente a má-fé.
>
> A inexistência de vínculo genético entre o requerente e o menor não exclui a paternidade socioafetiva, caso esta venha a ser demonstrada.
>
> O reconhecimento voluntário da filiação através de registro civil, sedimentado por elos de afetividade caracteriza relação paterna-filial socioafetiva em ato irrevogável, mormente quando ausentes quaisquer vícios formais ou materiais maculando a higidez do ato.
>
> **No conflito entre paternidade socioafetiva e biológica, prevalece aquela, fulcrado no princípio constitucional da dignidade humana. [grifei]** (TJSC, Apelação Cível n. 2006.015175-2, rel. Des. Monteiro Rocha, julgado em 25/09/2008)

E,

> "Apesar do resultado negativo do exame de DNA, deve ser mantido o assento de paternidade no registro de nascimento, tendo em vista o

> caráter sócio afetivo da relação que perdurou por aproximadamente vinte anos, como se pai e filha fossem." (TJMG. Apelação Cível n. 1.0105.02.060668-4/001, rel. Desa. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, julgado em 26/04/2007)

Em substancial avanço no viés do reconhecimento jurídico da filiação como fruto da relação afetiva, destaca-se o pioneiro julgado exarado pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de relatoria do Ilustre Desembargador José Cralos Teixeira Giorgis:

> "AÇÃO DECLARATÓRIA. ADOÇÃO INFORMAL. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO. PATERNIDADE AFETIVA. POSSE DO ESTADO DE FILHO. PRINCÍPIO DA APARÊNCIA. ESTADO DE FILHO AFETIVO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE HUMANA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ATIVISMO JUDICIAL. JUIZ DE FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE. REGISTRO.
>
> A paternidade sociológica é um **ato de opção**, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que não acontece, às vezes, com quem apenas é a fonte geratriz. Embora o ideal seja a concentração entre as paternidades jurídica, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa o desapreço à biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares.
>
> Uma de suas formas é a **"posse do estado de filho"**, que é a exteriorização da condição filial, seja por levar o nome, seja por ser aceito como tal pela sociedade, com visibilidade notória e pública.
>
> Liga-se ao **princípio da aparência**, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo um caráter de seriedade à relação aparente.
>
> Isso ainda ocorre com o "estado de filho afetivo", que além do nome, que não é decisivo, ressalta o tratamento e a reputação, eis que a pessoa é amparada, cuidada e atendida pelo indigitado pai, como se filho fosse.
>
> O ativismo judicial e a peculiar atuação do juiz de família impõe, em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio

> da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação do autor, com veredicto declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva, e todos os seus consectários.
>
> **APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA."** [grifo do original] (TJRS, Apelação Cível n. 70008795775, rel. Des. José Cralos Teixeira Giorgis, julgado em 23/06/2004)

Desta feita, plenamente possível o manejo do pleito declaratório-constitutivo de reconhecimento da paternidade e maternidade sócio-afetiva.

Ademais, julgar-se de forma contrária seria incorrer em afronta à expressa determinação constitucional – artigo 227, §6º –, que não permite qualquer forma de discriminação legal entre filhos, sejam eles biológicos, registrais ou por adoção, *in verbis:*

"§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação."

Segregar-se a requerente, impedindo-a de produzir a prova oral expressamente requerida na inicial é ceifar-lhe o exercício de direito constitucionalmente protegido de Acesso à Justiça.

Confirmar a prematura Sentença, que desconsiderou o início de prova documental produzida (fls. 11/22) e o pedido expresso de produção de prova oral, significa consagrar o cerceamento ao acesso à jurisdição, desconsiderando-se o direito à dignidade humana.

Deste modo, ante a adequação procedimental, a veemência das informações extraídas da documentação acostada aos autos, e o expresso requerimento de produção de prova oral formulado na exordial, tem-se como absolutamente possível o manejo da ação pretendida pela autora com o fito de ver reconhecida juridicamente sua filiação socio-afetiva.

Se assim o é, flagrante o interesse de agir da requerente, impõe-se a anulação da Sentença proferida devendo os autos retornarem ao primeiro grau para que, adotadas as medidas cabíveis, seja regularmente instruído, especialmente com a produção de prova oral.

Ante o exposto, o voto é no sentido de dar provimento ao recurso, para anular a Sentença e determinar seja produzida em primeiro grau a prova oral requerida.

DECISÃO

Nos termos do voto da Relatora, a Câmara decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para cassar a Sentença de primeiro grau e determinar a instrução do processo, especialmente a produção de prova oral. Vencido o Desembargador, que fará declaração de voto.

O julgamento, realizado no dia 8 de fevereiro de 2010, foi presidido Excelentíssimo Desembargador Joel Dias Figueira Junior, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Desembargador Stanley da Silva Braga.

Florianópolis, 12 de março de 2010.

Denise Volpato
RELATORA

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Stanley da Silva Braga:

Dissenti da Douta maioria em face das razões que passo a expor:

Consta do pedido inicial que a ora Apelante/autora visa obter prestação jurisdicional que lhe declare filha de João Teixeira de Lima Filho

e de Lícia Pereira de Lima, operando-se, para tanto, uma substituição e retificação em seu assentamento de nascimento no qual constam os nomes de João Pereira e Nelci Alves Pereira, envergando a condição de seus pais biológicos (doc. fls. 10).

Por isso, moveu a ação contra os espólios de João Teixeira de Lima Filho e de Licia Pereira de Lima, ambos falecidos, requerendo que se realizassem as citações por edital para que possíveis terceiros interessados inominados pudessem contestar o feito.

Alegou que, aos dois anos de idade, foi entregue por seus pais biológicos aos cuidados dos mencionados titulares dos espólios e que por eles foi criada desfrutando do estado de filha.

Diante das alegações e da prova documental colacionada requereu fosse atribuída a sua paternidade e maternidade à João Teixeira de Lima Filho e Lícia Pereira de Lima, substituindo-se os nomes constantes no assentamento de nascimento existente.

Após oitiva do Ministério Público o feito foi extinto sob a fundamentação da impossibilidade jurídica do pedido.

Esta é a questão posta em julgamento.

Releva mencionar que a apelante/autora não trouxe aos autos uma cópia da certidão de seu registro de nascimento, onde poderiam ser conhecidos, também, os nomes de seus avós pois, coincidentemente, o sobrenome PEREIRA é atribuído tanto aos seus pais biológicos como à Lícia, sua pretendida mãe sócio afetiva.

Feito o relatório, e estas considerações, passo à análise da lide.

Primeiramente, entendendo de forma diversa da Douta maioria, ouso afirmar que é inaplicável à espécie a regra do art. 27 do ECA posto que o feito não se prende ao reconhecimento de paternidade com base em um

'estado de filiação' da autora, porquanto este já existe e está definido, não sendo decorrente de ato jurídico nulo ou anulável em qualquer aspecto formal ou material.

O que pretende a autora/apelante, por via judicial, é a modificação de um estado de filiação pré existente e regularmente registrado.

Não se trata pois de situação de resolução judicial de dúvida jurídica, vez que dúvida inexiste, ou de declaração pública de fato relevante para o Direito, vez que a apelante/autora tem paternidade e maternidade conhecidas e regularmente registradas.

Portanto, ainda que o reconhecimento do 'estado de filiação' seja direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, nos precisos termos do art. 27 do ECA, sua modificação depende, inexoravelmente, de situação jurídica que a autorize, não sendo plausível juridicamente que essa modificação, de tamanha importância e complexidade, fique ao alvedrio e discricionariedade apenas de uma das partes interessadas.

Há que ser anotado, também, que o feito tem importantes repercussões de ordem material porquanto, se modificado o assentamento de nascimento, quanto à paternidade e à maternidade, como pretendido pela ora apelante/autora, a mesma passa a ser herdeira dos requeridos e poderá requerer junto ao INSS o pagamento das pensões previdenciárias decorrentes do falecimento dos mesmos.

Estar-se-ia, então, criando pela via judicial, benefício indevido em prejuízo ao erário público.

Daí a inafastável aplicação da regra do art. 1.105 do CPC, com a citação de parentes e eventuais colaterais dos falecidos para que venham intervir no processo, defendendo, se assim o quiserem, seus direitos.

A citação editalícia é exceção que deve ser utilizada com cautela e, no caso presente, difícil crer que a apelante/autora desconheça o nome,

o prenome, a qualificação, o estado civil, o domicílio e a residência de parentes diretos e colaterais daqueles que a criaram.

Note-se, também, que o pedido inicial foi dirigido contra o espólio de João Teixeira de Lima Filho e de Lícia Pereira de Lima.

Como bem salientou o Togado 'a quo' o espólio é uma 'figura jurídica' que existe quando em curso o processo de inventário e partilha dos bens, direitos e obrigações deixados pelo 'de cujus'.

Vale mencionar que as certidões de óbito juntadas pela requerente revelam que João Teixeira de Lima Filho e Lícia Pereira de Lima faleceram sem deixar bens.

Assim, em não havendo bens, direitos ou obrigações a serem inventariados e partilhados, não há que se falar em espólio, sendo pois o pedido dirigido contra 'figura jurídica' inexistente.

Acrescente-se que é a própria autora da ação que, por seu advogado, afirma que inexistem herdeiros necessários, tampouco bens passíveis de inventário, e que este não foi aberto (fl. 33).

Verdadeiro, ainda, é que nas demandas em que se vindica estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, a citação do pai registral é impositiva, na condição de litisconsorte necessário (CPC, art. 47).

Em recente decisão assim se posiciona o Superior Tribunal de Justiça:

> Conquanto desnecessária a prévia propositura de ação anulatória de registro civil, sendo bastante o ajuizamento direto da ação investigatória de paternidade, é essencial, sob pena de nulidade, a integração à lide, como litisconsorte necessário, do pai registral, que deve ser obrigatoriamente citado para a demanda onde é interessado direto, pois nela concomitantemente postulada a descosntituição da sua condição de genitor (STJ- 4ªT., Resp 512.278, Min. Aldir Passarinho Jr., j. 14.10.08, DJ 3.11.08)

Reza, ainda, o art. 282, II, do CPC que a inicial deverá conter os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do réu, sendo caso de indeferimento da inicial (art. 284, Parágrafo único do CPC) o descumprimento da determinação da emenda da inicial.

Vê-se, *ab initio*, que, se não fosse por outro motivo, o que acima se expôs seria fundamentação suficiente para o indeferimento da inicial, impondo-se tal conclusão vez que movida a ação contra figura de ficção jurídica evidentemente inexistente e, por tal razão, incapaz de produzir qualquer oposição ao pedido inicial ou ter nele interesse e legitimidade nos termos do art. 3º do CPC e nele (pedido) não ter sido incluído no pólo passivo litisconsorte necessário (o pai biológico), seja por si ou por seus descendentes.

Ainda que assim não fosse, pretende a autora, ora apelante, ver declarada uma nova filiação imprimindo-se, por decisão judicial, a substituição e a modificação de seu assentamento de nascimento, onde constam, regularmente, os nomes de seus genitores biológicos.

O registro civil prova o nascimento e estabelece presunção de verdade em favor de suas declarações. Ninguém será admitido a impugnar-lhe a veracidade e seu conteúdo impregna-se de fé pública, principalmente quando fulcrada em declaração expressa do pai perante o Notário, na qual reconhece a qualidade de genitor do menor.

Lecionando sobre a filiação estabelecida em decorrência da 'posse do estado', Silvio Rodrigues assim se expressa:

> O novo Código Civil reproduz literalmente essas regras em seus arts. 1.064 e 1.065. Advirta-se, porém, tratar agora de filiação retirando o adjetivo 'legítima', com as conseqüências daí decorrentes. Assim, mesmo a filiação havida fora do casamento submete-se a esses princípios. *Não se pretenda, entretanto, utilizar a posse do estado como substitutiva do reconhecimento voluntário ou judicial da filiação. Esse meio excepcional de prova só se faz diante da falta ou defeito comprovado do termo de nascimento, não quando este represente a circunstância*

> *fática existente no momento de sua celebração* (in DIREITO CIVIL, Direito de Família, Ed. Saraiva, vol. 6, 27ª ed., 2002, p.334/335). Sem grifo no original

De outro vértice, o art. 1.064 do CCB/02 veda, irrestritamente, a possibilidade de alguém vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo, apenas e tão somente, provando-lhe o erro ou a falsidade.

Por seu turno, o art. 1.065 do CCB/02 impõe a inexistência do termo ou o seu comprovado defeito para que a parte interessada possa se valer da posse do estado de filiação.

Não se desconhece que as manifestações jurisprudenciais recentes têm abrandado o rigor dessas regras, permitindo que o estado de filiação decorrente de relação sócio afetiva prevaleça sobre o estado de filiação decorrente das relações biológicas.

Contudo, é de fundamental importância frisar que tais decisões referem-se, em sua totalidade, à situações em que o pai biológico vindica a modificação dos termos do assentamento de nascimento de seu filho, sob a alegação da falsidade, vez que, no referido ato registral, o pai sócio afetivo se declarou pai biológico do registrando.

Ora, esse não é efetivamente o caso dos autos.

Aqui a apelante/autora, sendo possuidora de registro de nascimento onde constam os nomes de seus pais biológicos, pretende, pela via da jurisdição voluntária, modificar os termos do registro suprimindo o nome de seus pais biológicos e inserindo o nome de terceiras pessoas, somente ao argumento da existência de relação sócio afetiva entre ela e os pretendidos substitutos.

O pedido é juridicamente impossível pois contraria frontalmente as regras insculpidas nos arts. 1.064 e 1.065 do CCB/02.

Na lição do saudoso mestre Orlando Gomes, "uma vez declarada a vontade de reconhecer, torna-se irretratável, *muito embora possa ser anulada quando viciada por erro ou coação*" (Curso de Direito Civil – Direito de Família, 10ª edição, Forense, 1995, p. 232). Sem grifo no original

Sobre o tema, tem-se o seguinte precedente desta Corte de Justiça:

> "Ação Declaratória Negativa de Paternidade – Reconhecimento da mesma através do Registro de Nascimento – Ato jurídico irrevogável – Inteligência da Lei n.º 8.560/92 – Vindicação contrária ao que consta do Registro Civil – Inteligência do art. 348 do C.C. – *Impossibilidade jurídica do pedido* – Extinção do processo – Sentença confirmada – Apelo improvido.
>
> O registro civil prova o nascimento e estabelece presunção de verdade em favor de suas declarações. Ninguém será admitido a impugnar-lhe a veracidade; seu conteúdo impregna-se de fé pública, a menos que tenha ocorrido erro ou falsidade do registro" (AC n.º 1996.005701-3, Des. Cláudio Barreto Dutra – sem o grifo no original). Sem grifo no original

A propósito, ensina Nelson Nery Junior:

> "O pedido é juridicamente possível quando o ordenamento não o proíbe expressamente. Deve entender-se o termo 'pedido' não em seu sentido estrito de mérito, pretensão, mas conjugado com a causa de pedir" (in Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.1007/1008).

E Luiz Rodrigues Wambier:

> "Entende-se como impossibilidade jurídica do pedido a caracterização de uma vedação manifesta ao que a parte autora pretende, ou ao instrumento processual por ele utilizado. Mas mesmo nesta segunda concepção, em que a condição da ação "fica restrita a um aspecto processual", para sua aferição é "indispensável o exame da relação material subjacente" (Luiz Rodrigues Wambier et alii, Curso avançado de processo civil, RT, 2002, 5ª ed., v. 1, p. 130).

A esse respeito, leciona, também, Egas Dirceu Moniz de Aragão que "Sendo a ação direito público subjetivo de obter a prestação jurisdicional, o

essencial é que o ordenamento jurídico não contenha uma proibição ao seu exercício; aí, sim, faltará a possibilidade jurídica. Se o caso for de ausência de um preceito que ampare em abstrato o pronunciamento pleiteado pelo autor, ainda não se estará, verdadeiramente, em face da impossibilidade jurídica. [...] Não havendo veto há possibilidade jurídica; se houver proibição legal não há possibilidade jurídica" (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1998, v. II, p. 396).

Já se decidiu nesta Corte:

"O reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido traduz-se na vedação legal ao pleito formulado na inicial" (Apelação Cível n. 2009.027541-5, de Quilombo - Relator: Des. Fernando Carioni).

Portanto, entendo, data máxima vênia da Douta maioria desta Câmara, que acertada foi a decisão de Primeiro Grau, respaldada, também, pelo Douta manifestação do Ministério Público, tanto da instância 'a quo' quanto nesta Instância recursal e, portanto, deve a mesma ser mantida em todos os seus termos, pois concluiu o v. acórdão pela cassação da sentença e baixa do feito à origem para permitir à autora a produção de provas.

Ora, ainda que se torne induvidosa a relação sócio afetiva mantida entre a autora/apelante e João Teixeira de Lima Filho e Lícia Pereira de Lima, continuará existindo o óbice legal, imposto pelos arts. 1.064 e 1.065 do CCB/02, para a modificação pretendida, importando esta situação no reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido e conseqüente desprovimento do recurso.

É como voto.

Florianópolis, 20 de fevereiro de 2010.

Stanley da Silva Braga

Apelação Cível n. 2006.025202-3, de Criciúma

Relatora: Desa. Subst. Denise Volpato

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE NOME – CRIANÇA ABANDONADA PELOS PAIS BIOLÓGICOS E ENTREGUE AOS AVÓS MATERNOS DESDE TENRA IDADE (DOIS MESES) – REQUERENTE CRIADO E CONHECIDO NO MEIO SOCIAL POR "RICARDO HENRIQUE", NOME DIVERSO DO QUE FOI REGISTRADO, "FERNANDO" – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA.

APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* NA REPRESENTAÇÃO LEGAL DA CRIANÇA – INSUBSISTÊNCIA – REQUERENTE REPRESENTADO PELOS AVÓS MATERNOS, GUARDIÕES COMPROMISSADOS EM PROCESSO JUDICIAL DE GUARDA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 33, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – PRELIMINAR AFASTADA.

MÉRITO – INSURGÊNCIA COM RELAÇÃO AO PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DO NOME AO ARGUMENTO DA AUSÊNCIA DE PERMISSIVO LEGAL – IMPROCEDÊNCIA – COMPROVAÇÃO NOS AUTOS DO RECONHECIMENTO PÚBLICO DO REQUERENTE COMO SENDO "RICARDO" – APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ARTIGO 58, DA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS – POSSIBILIDADE JURÍDICA DE SUBSTITUIÇÃO DO NOME POR APELIDO PÚBLICO E NOTÓRIO – EXCEÇÃO LEGAL AO PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE DO NOME – PREVALÊNCIA DO INTERESSE DA CRIANÇA SOBRE A RIGIDEZ CONSTANTE NA NORMA REGISTRAL – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PROTEÇÃO DA INTEGRIDADE PSÍQUICA DA CRIANÇA QUE SE IDENTIFICA POR NOME DIVERSO DO REGISTRADO – ATRIBUTO DA PERSONALIDADE QUE

SE SOBREPÕE À SEGURANÇA JURÍDICA ADVINDA DA IMUTABILIDADE − SENTENÇA MANTIDA − RECURSO DESPROVIDO.

-"'O princípio da inalterabilidade do nome sofre exceção quando evidente o interesse individual ou a vantagem social', permitindo, pois, a mudança do nome da requerente Izildinha para Izilda (in Apelação cível n. 34.175, de Joinville, Rel. Designado Des. Nestor Silveira, publicado no DJE de 31.1.94)." (TJSC, Apelação Cível n. 96.000919-1, rel. Des. Carlos Prudêncio, julgado em 24/09/1996)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.025202-3, da comarca de Criciúma (Vara da Faz., Acid. de Trab. e Registros Públicos), em que é apelante Representante do Ministério Público, e apelado Fernando Ford de Oliveira Filho:

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

RELATÓRIO

Fernando Ford de Oliveira Filho, ora representado por seus avós maternos Valvite Crescêncio de Lima e Olinda Pinheiro de Lima, ajuizou Ação de Retificação de Registro Civil objetivando a alteração do seu registro civil, tendo em vista que desde o seu nascimento atende pelo nome de Ricardo Henrique. Asseverou desconhecer o nome do seu registro (Fernando), haja vista ter sido escolhido e registrado pelo companheiro de sua mãe, pai biológico que desapareceu após o seu nascimento, abandonando também sua mãe. Afirmou ter sido deixado por sua mãe, após dois meses do seu nascimento, estando sob a guarda e responsabilidade de seus avós maternos desde então. Atestou a pretensão da mãe biológica em registrar seu nome

como sendo Ricardo Henrique de Lima Oliveira, porém foi impedida pela iniciativa do pai biológico que além de escolher o nome, omitiu o sobrenome materno "de Lima". Por essas razões, pretendem os representantes do menor, detentores da sua guarda, a retificação do registro de nascimento do menor para se chamar Ricardo Henrique de Lima Oliveira, conforme é conhecido tanto na sua família, quanto no meio social.

Realizada Audiência de Instrução e Julgamento (fls. 68/70), foram ouvidos o menor (fl. 69), seus avós (fl. 70) e duas testemunhas (fls. 71/72).

O representante do Ministério Público manifestou-se pelo indeferimento do pleito (fl. 74v).

Pela Magistrada de Primeiro Grau foi proferida a Sentença, julgando a lide nos seguintes termos: "ISTO POSTO Julgo procedente (art. 269,I, CPC) os pedidos iniciais, determinando ao Oficial competente as devidas retificações no registro de nascimento do requerente (fl.17) conforme o peticionado à fl.07, o qual passa a ter a seguinte grafia: RICARDO HENRIQUE DE LIMA OLIVEIRA. Sem custas. Transitado em julgado, expeça-se mandado."

Irresignado com a prestação jurisdicional, o Ministério Público interpôs recurso de apelação (fls. 80/85), no qual sustenta que: a) a pretensão exordial extrapola o ônus delineado pelo instituto da guarda conferida aos avós maternos; b) inexiste provas quanto a ausência dos pais biológicos, bem assim da extinção do poder familiar; c) pretendem os avós, por indução, alterar a identidade da criança sem sequer lhe dar direito à escolha; d) a Lei dos Registros Públicos admite a mudança ou retificação do prenome somente em caso de erro gráfico ou de exposição ao ridículo. Por essas razões, pleiteia a reforma da Sentença de Primeiro Grau para que seja indeferida a alteração de nome em face de Fernando Ford de Oliveira Filho, com fundamento nos arts. 56, 57 e 58, todos da Lei n. 6.015/1973.

Apresentadas as contra-razões (fls.87/96), ascenderam os autos a este Tribunal de Justiça.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Plínio César Moreira (fls.104/108), opinando pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

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 recurso.

1. Preliminar de irregularidade da representação

Insurge-se o Ministério Público contra a representação do requerente pelos avós, detentores de guarda da criança.

Alega o *parquet* que a responsabilidade pela representação judicial dos interesses do requerente/apelado deve ser atribuída tão-somente aos pais, porquanto não houve a decretação da perda do poder familiar.

Sem razão, contudo.

Isso porque, dessome-se do processado haver sido deferida aos avós, nos autos nº 020.03.012215-5, a guarda do menor requerente/apelado (Termo de Guarda e Responsabilidade à fl. 49).

Desta feita, como bem salientou a Magistrada Singular, nos termos da determinação contida no art. 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente, lhes é conferida por lei a legitimidade processual para representação judicial de todo e qualquer interesse da criança, *in verbis*:

> "Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais."

Irrelevante, portanto, se no caso presente não houve a destituição do poder familiar conferido aos pais pela legislação civil, pois exercício de fato desse ônus (verdadeiro dever legal) é realizado pelos avós (guardiões da criança).

Assim, plenamente possível o patrocínio de causa judicial com representação dos guardiões quando encontra-se em jogo o melhor interesse da Criança ou Adolescente.

Ademais, a representação encontra-se dentro dos limites impostos pela Certidão de Guarda e Responsabilidade (fl. 50), na qual os avós comprometeram-se a "fornecer àquele(a) menor tudo quanto o(a) mesmo(a) vier a necessitar, para trazê-lo(a) sempre em relativo conforto e bem-estar, moral e mental."

Outrossim, despropositado o argumento ministerial de que os avós pretendem com a iniciativa substituírem-se aos pais biológicos da criança.

Conforme se extrai dos autos, não há notícias de que os progenitores do requerente/apelado tenham tentado contata-la ou lhe forneçam o conforto material ou afetivo necessários ao pleno desenvolvimento.

Acaso o representante do Ministério Público entendesse estarem os avós agindo com motivação "obscura", como aduz (fl. 83), tivesse intentado adequada medida/procedimento com o fim de resguardar o melhor interesse da criança – exercendo em plenitude sua função social (delegada pela Constituição) – e tentado contato com os pais biológicos para descobrir se há ou não má-fé dos guardiões tornar-se-ia plausível a tese.

Contudo, a conclusão que se infere da análise dos autos é diametralmente oposta à alegação do *parquet*. O próprio Ministério Público, em parecer lavrado nos autos do procedimento judicial de nº 020.03.012215-5 (Pedido de Guarda), entendeu que a fixação da guarda em nome dos avós representava o melhor interesse do requerente/apelado.

Desta feita, conferida legalmente a guarda da criança aos avós, não há empeço ao manejo de ação judicial pelo requerente/apelado sob a representação dos guardiões.

Afasta-se, portanto, a preliminar aventada.

2. Mérito

Trata-se de apelação cível interposta pelo representante do Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra Sentença proferida pela Juíza de Primeiro Grau, Dra. Eliza Maria Strapazzon, da Vara da Fazenda e Registros Públicos da Comarca de Criciúma que, nos autos da Ação Voluntária de Retificação de Registro de Nome (autos n. 020.05.026329-3), movida por Fernando Ford de Oliveira Filho, representado por seus avós e guardiões legais, Valvite Crescêncio de Lima e Olinda Pinheiro de Lima, julgou procedente os pedidos iniciais, determinando ao Oficial competente

as devidas retificações no registro de nascimento do requerente, passando a ter a seguinte grafia: Ricardo Henrique de Lima Oliveira.

O objeto do presente recurso cinge-se ao pedido de reforma da Sentença de Primeiro Grau para que seja indeferida a alteração de nome em face de Fernando Ford de Oliveira Filho, com fundamento nos arts. 56, 57 e 58, todos da Lei n. 6.015/1973.

Pois bem, a pretensão do Ministério Público não merece prosperar.

No caso vertente, o autor/apelado ingressou com ação judicial visando alterar seu nome, Fernando Ford de Oliveira Filho, para Ricardo Henrique de Lima Oliveira, sustentando que desde o seu nascimento é assim chamado pelos seus guardiões legais – os avós.

Dessome-se também do processado o fato do desaparecimento do pai biológico após o nascimento do requerente/apelado e, em seguida, o abandono da sua mãe, sendo deixado sob a guarda de seus avós maternos.

Dito isso, inicialmente é curial ressaltar que a doutrina e a jurisprudência espelham o ensinamento sob o qual o nome, abarcando o prenome e o sobrenome, consiste num dos direitos da personalidade e, via de regra, imutável, só admitindo alteração quando existente erro gráfico (art. 109, da lei n. 6.015/73) ou quando o prenome for suscetível de exposição ao ridículo o seu portador (art. 55, parágrafo único, c/c art. 58 parágrafo único, da Lei n. 6.015/73).

Conforme ensina o civilista Walter Ceneviva, o requerimento de alteração do nome "não [pode] se trata[r] de questão de gosto ou de preferência do indivíduo, a quem enseja alteração" (Lei dos registros públicos comentada, 19. Ed. São Paulo:Saraiva, 2009, p.160).

Desta feita, a legislação pátria confere ao nome robusta solidez, porquanto o objetivo do legislador ao prever a regra geral da imutabilidade do nome é tão-somente evitar que a pessoa, por malícia ou capricho, esteja a

todo instante a mudá-lo, fato que culminaria em inimaginável confusão no quadro geral de uma sociedade politicamente organizada.

Assim, as hipóteses de alteração do nome encontram-se limitadas a poucos casos – aptos a relativizar a segurança jurídica advinda da inalterabilidade do registro civil – em que a própria lei presume a lesão ao atributo da personalidade do cidadão.

Nesse sentido, extrai-se do acervo jurisprudencial Catarinense:

> "CIVIL. REGISTROS PÚBLICOS. RETIFICAÇÃO DE PRENOME (LEI N. 6.015/73, ART. 58). INEXISTÊNCIA DE MOTIVO JUSTIFICADO. PEDIDO JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL. RECURSO DESPROVIDO.
>
> É juridicamente impossível a alteração do prenome por mero capricho pessoal, sobretudo quando não demonstradas quaisquer das hipóteses autorizadoras de que trata a Lei n. 6.015/73." (TJSC, Apelação Cível n. 2007.033315-1, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, julgado em 05/02/2009)

Ocorre que, no caso *sub judice*, os guardiões pretendem o resguardo moral do infante, tendo em vista que ele não se identifica com o nome constante do registro civil; conforme extrai-se do depoimento do requerente/apelado (fl. 69), *verbis:*

"que o menor foi ouvido em audiência afirmando que se chama Ricardo Henrique de Lima; que afirma que mora com o vô e a vó, afirmando que tem duas mães, se referindo a mãe biológica e a mãe (vó)."

Nesse sentido, ainda, imperioso ressaltar que o requerente/apelado, após solicitação do representante do Ministério Público em audiência (fl. 68), redigiu o seu nome como RICARDO (fl. 73) e não como FERNANDO. Este fato vem a corroborar com a pretensão exordial pois demonstra a insofismável identificação do requerente/apelado com o prenome RICARDO HENRIQUE.

Da mesma forma, as testemunhas Érica Nonnenmacher Hilario (fl. 71) e Ana Rocha Machado (fl.72), confirmaram que a criança é conhecida como Ricardo, respectivamente:

> "Que a depoente sempre chamou o menor de Ricardo; que a depoente somente ficou sabendo mais tarde alguns meses após a criança estar na escola, quando solicitaram o registro e que ficaram sabendo que o mesmo estava registrado por Fernando Ford de Oliveira Filho; que a depoente não conhece a mãe biológica de Ricardo afirmando que são os avós Olinda e Valvite que cuidam da criança, sendo que inclusive a senhora Olinda trabalha na creche na lavanderia e atualmente trabalha na cozinha; que todos na escola chamam o menor como Ricardo, inclusive as crianças, seus coleguinhas."
>
> "Que a depoente afirma que conhece os avós do menor há mais de dez anos, afirmando que era vizinha sendo que morava no apartamento 603 e os avós do menor, no 203 e que atualmente mudaram-se para um prédio na rua de trás, sendo que continuam vizinhos; que tem conhecimento e presenciou que os avós do menor tinha uma filha de nome Gislaine, que era conhecida por "Ouro" sendo que a mesma teve o menor em São Paulo ainda quando era solteira, veio visitar os pais em Criciúma e deixou o menor para os pais cuidarem quando a mesma ainda era recém-nascida, ainda 'embrulhadinha em um tip-top bem pequenininho'; que a depoente conhece o menor presente na audiência como Ricardo; que sempre conheceu o menor por Ricardo e nunca ficou sabendo que o mesmo era registrado por outro nome; [...] que no prédio onde morava e onde mora atualmente todos conhecem o menor por Ricardo." [grifei]

Dessarte, ainda que o prenome "Fernando" não contenha equívoco no seu registro ou erro de grafia, nem tampouco poder de propiciar situação vexatória capaz de causar distúrbio psicológico, cediço que o prenome "Ricardo Henrique", diverso do registro, é aquele pelo qual o apelante se identifica e, igualmente, pelo qual se tornou conhecido no meio familiar e social.

Sobre o tema, Silvio de Salvo Venosa leciona:

> "O art. 58 da lei dos Registros Públicos dispunha originalmente que o prenome era imutável. A Lei n. 9.708, de 18-11-98, deu nova redação a este dispositivo: "O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos e notórios". [...]
>
> A possibilidade de substituição do prenome por apelido público notório atende à tendência social brasileira, abrindo importante brecha na regra que impunha a imutabilidade do prenome, que doravante passa a ser relativa." (Direito Civil: parte geral. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 191/192)

Nesta senda, curial ressaltar, que a incidência do art. 58 da Lei de Registros Públicos não se restringe aos "casos de inclusão de apelidos públicos e notórios", mas também pode ser aplicável na substituição de nome por outro comprovadamente pelo qual o requerente é conhecido e/ou reconhecido no meio social em que vive. Da jurisprudência:

> "Oportuno invocar recente precedente desta Casa, oriundo da Colenda Quarta Câmara Civil a qual, ainda que pela sua maioria, decidiu que "O princípio da inalterabilidade do nome sofre exceção quando evidente o interesse individual ou a vantagem social", permitindo, pois, a mudança do nome da requerente Izildinha para Izilda (in Apelação cível n. 34.175, de Joinville, Rel. Designado Des. Nestor Silveira, publicado no DJE de 31.1.94)." (TJSC, Apelação Cível n. 96.000919-1, rel. Des. Carlos Prudêncio, julgado em 24/09/1996)

Ademais, tendo como foco a imutabilidade do registro civil, bem como o melhor interesse da criança, cabe inquirir qual bem jurídico merece ser protegido em detrimento do outro: a aplicabilidade da legislação sem sequer levar em conta a substituição de nome por outro comprovadamente reconhecido pelo meio social em que vive o interessado, ou sua integridade psicológica.

Acima de qualquer determinação referente à ramo jurídico concernente aos registros públicos, o bem-estar da criança e do adolescente foi erigido constitucionalmente ao patamar de prioridade, *in verbis:*

"Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."

Deste modo, tendo como norte o bem-estar da criança, que se reconhece e é reconhecida como "Ricardo Henrique", e não como "Fernando", e considerando-se o nome como um atributo da personalidade da pessoa humana, há de se relativizar a norma geral da imutabilidade a fim de se elastecer a determinação contida no art. 58, da Lei de Registro Públicos, e permitir a mudança do nome conforme requerido.

Se assim o é, *in casu*, possível a alteração do Registro Civil de nascimento do requerente/apelado, passando a ter a seguinte grafia: "Ricardo Henrique de Lima Oliveira".

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento, mantendo-se incólume a Sentença de Primeiro Grau.

DECISÃO

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

O julgamento, realizado no dia 26 de janeiro de 2010, foi presidido pelo Excelentíssimo. Sr. Des. Edson Ubaldo, com voto, e dele participou o Excelentíssimo. Sr. Des. Carlos Adilson Silva.

Florianópolis, 29 de janeiro de 2010.

Denise Volpato
RELATORA

Apelação Cível n. 2006.034232-2, de Imaruí

Relator: Des. Subst. Carlos Adilson Silva

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR ATO INFRACIONAL EM RAZÃO DO REGISTRO DE BOLETIM DE OCORRÊNCIA POR PARTE DOS RÉUS. PRÁTICA DE FURTO CONFESSADA PELO PRIMO DO AUTOR QUE CONFIRMOU A PARTICIPAÇÃO DESTE NA PRÁTICA DO ATO INFRACIONAL. MERCADORIAS SUBTRAÍDAS DO MERCADO ONDE O AUTOR TRABALHOU ANTERIORMENTE, ENCONTRADAS NA CASA DOS AVÓS DO AUTOR E DE SEU PRIMO. ELEMENTOS SUFICIENTES A AUTORIZAR O REGISTRO DA OCORRÊNCIA PELOS RÉUS, NO EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. POSTERIOR ARQUIVAMENTO DO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL EM FACE DO AUTOR POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ OU LEVIANDADE NO REGISTRO DOS FATOS PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. INOCORRÊNCIA DE ATO ILÍCITO A CONFIGURAR DANO MORAL INDENIZÁVEL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

É direito do cidadão o acionamento da autoridade policial para averiguação e apuração da responsabilidade quando vítima de crime contra o seu patrimônio.

"Age no exercício regular de direito aquele que dá início a procedimento policial para apurar suposto crime de furto. Para que haja a responsabilidade civil em decorrência do registro da ocorrência policial é necessário que o fato descrito seja falso ou a acusação proferida com má-fé" (AC. n. 2004.000380-3, de Concórdia, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. em 11.12.2007).

A comunicação feita à autoridade policial, a fim de averiguar a existência de um crime, por si só, não culmina na responsabilidade indenizatória, constituindo exercício de um dever legal e regular de direito, salvo se restar provada a má-fé ou leviandade do comunicante.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.034232-2, da comarca de Imaruí (Vara Única), em que é apelante W. F. do N., e apelado José Mendes Filho e outro:

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

RELATÓRIO

Wagner Fraga do Nascimento, assistido por seu genitor Volnei Antônio do Nascimento, ajuizou ação de reparação por danos morais em face de José Mendes Filho e Zélia da Rocha Mendes, aduzindo, em suma, que os réus efetivaram registro de ocorrência na delegacia de polícia civil da cidade e comarca de Imaruí/SC, acusando-o de ser autor de furto ao supermercado de propriedade dos apelados.

Noticiou que o Ministério Público requereu o arquivamento do procedimento de Apuração de Ato Infracional instaurado contra sua pessoa, por inexistência de elementos que autorizem a imposição de medida sócio-educativa, e, que, após o ocorrido, tem sofrido muitas humilhações, inclusive entre os colegas de escola.

Entendendo que foi arbitrária a deflagração do procedimento administrativo para apuração de ato infracional, requereu a condenação dos réus/ora apelados, ao pagamento de indenização, por danos morais, no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Regularmente citados, os réus apresentaram contestação (fls. 52/56), asseverando que, diante do furto ocorrido no supermercado de sua propriedade, os mesmos valeram-se dos procedimentos legais para apurar a responsabilidade pela respectiva conduta reprovável, razão pela qual não lhes cabe a indenização pretendida, posto que agiram, ao noticiar o crime, no exercício regular de direito, não praticando nenhum ato ilícito contra a pessoa do autor que justifique o dever de indenizá-lo pelo aventado dano moral que alega ter sofrido. Requereram, ao fim, a improcedência do pleito formulado na peça vestibular.

Após a tentativa de conciliação resultar inexitosa (fls. 69), foi realizada a audiência de instrução e julgamento (fls. 73/79), com a oitiva das testemunhas arroladas pelas partes

Finda a instrução, autor e réis apresentaram suas derradeiras alegações, encartadas à fls. 80/84 e 86/89, reeditando os termos da inicial e da peça de resistência.

O Ministério Público opinou pela improcedência do pedido inicial (fls. 92/94).

Sobreveio sentença julgando improcedente o pedido constante da peça inaugural, declarando extinto o feito e condenando o autor ao pagamento da verba honorária arbitrada em R$ 500,00 (quinhentos reais), deixando de condená-lo ao pagamento das custas processuais por ser beneficiário da gratuidade judiciária. (fls. 95/98).

Irresignado, a tempo e modo, o autor interpôs o apelo de fls. 105, onde pugna pela reforma do *decisum a quo,* defendendo que a magistrada constar na decisão vergastada que "Imaruí é uma cidade pequena e que as pessoas se envolvem na vida das outras".

Salienta que em razão da ausência da ré Zélia na audiência, o que no Juizado Especial é obrigatória, o *decisum* em relação à sua pessoa deveria ser totalmente procedente, posto que revel.

As contra-razões recursais descansam às fls. 110/113.

A douta Procuradoria de Justiça deixou de se manifestar no feito evocando o Ato 103/04 (fls. 137/138).

Adveio o julgamento de fls. 121/125, prolatado pela 4ª Turma de Recursos de Criciúma/SC, por meio do qual, por votação unânime, foi determinada a remessa dos autos ao egrégio Tribunal de Justiça, pela razão de, apesar da petição inicial ter sido endereçada ao Juizado Especial Cível, a comarca de Imaruí é dotada de Vara Única, e o procedimento adotado pelo julgador singular e todos os atos processuais praticados foram os do Juízo comum, atendendo as normas do Código de Processo Civil.

Ato contínuo, os autos foram distribuídos inicialmente ao e. Des. Joel Dias Figueira e, por último redistribuídos a este Relator, designado para atuar como cooperador deste Órgão Fracionário.

VOTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, passa-se a análise do mérito recursal.

Da revelia da ré Zélia da Rocha Mendes:

Tocante à alegação de revelia da requerida Zélia da Rocha Mendes por ausência na audiência de conciliação (consoante termo de fls. 69), cabem as seguintes considerações:

Os presentes autos apesar de endereçados ao Juizado Especial Cível, em verdade tramitaram no Juízo Comum, por ser a comarca de Imaruí 'Vara Única'. Assim não fosse, nem poderiam os autos ter regular processamento

no Juizado Especial porque o autor à época não possuía capacidade para demandar no Juizado em razão de ser menor de idade.

Logo, descabe a assertiva de revelia da ré Zélia da Rocha Mendes, por não comparecimento ao ato conciliatório, conforme preconiza o artigo 20 da Lei 9.099/95, porque os autos de origem tramitaram no Juízo Comum, sob o rito ordinário, sendo que a requerida Zélia, além de devidamente representada por procurador habilitado, que se fez presente ao ato de conciliação, acompanhando o também representado/primeiro requerido e marido de Zélia (José Mendes Filho), apresentou resposta a tempo e modo, contestando os termos da exordial (fls. 52/56 – Instrumento de Procuração à fls. 57).

Tanto o foi processado sob o rito ordinário, que a 4ª Turma de Recursos de Criciúma, determinou a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça para apreciação e julgamento do recurso de apelação, consoante decisum acostado à fls. 121/125, que registrou:

> "[...] Assim, por não conferir a Lei 9.099/95 capacidade para estar em Juízo nem ao absolutamente nem ao relativamente incapaz, reconhecer-se-ia a nulidade do processo, desde o início.
>
> Todavia, apesar da petição inicial ter sido endereçada para o Juizado Especial Cível, e a Comarca de Imaruí ser dotada de Vara Única, o procedimento ministrado pelo magistrado singular e atos processuais foram os do Juízo Comum, atendendo as normas do Código de Processo Civil.
>
> [...]
>
> Inegável o processamento dos autos no Juízo Comum e forçosa a remessa dos autos ao egrégio Tribunal de Justiça para a apreciação e julgamento do recurso."

Logo, ditando o regramento inserto no artigo 8º da Lei n. 9.099/95 (dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais): "*Art. 8º Não poderão ser partes, no processo instituído por esta Lei, o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil.*", não poderia o feito ter tramitado no Juizado

Especial em razão de o autor ser menor de idade quando do aforamento dos autos originais, sob pena de nulidade, portanto restando evidente o processamento do feito sob o rito ordinário, insubsistente a alegação de revelia da requerida Zélia da Rocha Mendes.

No mérito:

Dispõe o art. 159 do Código Civil de 1916 (correspondente ao art. 186 do atual Código Civil), aplicável ao caso: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar dano a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

Sabe-se que para configurar o ato ilícito são necessários três elementos, quais sejam: "*a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral; c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente"* (Diniz, Maria Helena,Código Civil anotado, Saraiva, 1999, 5ª ed., p. 169).

No mesmo sentido, Carlos Alberto Bittar discorre sobre a responsabilidade civil, afirmando que:

> "Com efeito, das ações que interessam ao direito, umas são conformes, outras desconformes ao respectivo ordenamento, surgindo, daí, os 'atos jurídicos', de um lado, e os 'atos ilícitos', de outro, estes produtores apenas de obrigações para os agentes.
>
> Entende-se, pois, que os ilícitos, ou seja, praticados com desvio de conduta – em que o agente se afasta do comportamento médio do bonus pater famílias – devem submeter o lesante à satisfação do dano causado a outrem.
>
> Mas, em sua conceituação, ingressam diferentes elementos, tendo-se por pacífico que apenas os atos resultantes de ação consciente podem ser definidos como ilícitos. Portanto, à antijuridicidade deve-se juntar a subjetividade, cumprindo perquirir-se a vontade do agente. A culpa lato sensu é, nesse caso, o fundamento da responsabilidade.

> Assim sendo, para que haja ato ilícito, necessária se faz a conjugação dos seguintes fatores: a existência de uma ação; a violação da ordem jurídica; a imputabilidade; a penetração na esfera de outrem.
>
> Desse modo, deve haver um comportamento do agente, positivo (ação) ou negativo (omissão), que, desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou a direito deste. Esse comportamento (comissivo ou omissivo) deve ser imputável à consciência do agente, por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência, imperícia), contrariando, seja um dever geral do ordenamento jurídico (delito civil), seja uma obrigação em concreto (inexecução da obrigação ou de contrato).
>
> [...]
>
> Deve, pois, o agente recompor o patrimônio (moral ou econômico) do lesado, ressarcindo-lhe os prejuízos acarretados, à causa do seu próprio, desde que represente a subjetividade do ilícito" (Responsabilidade civil na atividades perigosas, in Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência, 1988, p. 93-5).

Dos ensinamentos de José Aguiar Dias colhe-se que "*a culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais de sua conduta. [...] Consiste a imprudência da precipitação no procedimento inconsiderado, sem cautela, em contradição com as normas do procedimento sensato. É a afoiteza no agir, o desprezo das cautelas que devemos tomar em nossos atos*" (Da responsabilidade civil, Forense, 1997, 10ª ed., v. I, p. 120).

Nesse sentido, entende-se que "*o grande fundamento da culpa está na previsibilidade. Pois ela consiste na conduta voluntária que produz um resultado antijurídico, não querido, mas previsível ou excepcionalmente previsto, de tal modo que, com a devida atenção, poderia ser evitado*" (RT 415/242).

Todavia, para o caso em comento, importa considerar que a simples comunicação de um fato delituoso à autoridade policial, visando a apuração

e responsabilização, por si só, não tem o condão de gerar a responsabilidade indenizatória do comunicante; não importando se a investigação resultou infrutífera ou se apontou, após a instauração de procedimento para a apuração de ato infracional, a absolvição do denunciado.

A propósito: *"[...] Para que o informante seja compelido a pagar perdas e danos, imprescindível é que tenha agido com dolo, imprudência grave ou leviandade inescusável. Sem tais requisitos subjetivos e sem a má-fé do denunciante ou querelante, não haverá lide temerária apta a acarretar obrigação de compor perdas e danos"* (Perdas e danos, Rio de Janeiro: Aide, 1987, p. 33). (grifamos)

Mutatis mutandis, temos o seguinte posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

> "**Em princípio, o pedido feito à autoridade policial para que apure a existência ou autoria de um delito se traduz em legítimo exercício de direito, ainda que a pessoa indicada venha a ser inocentada.** Desse modo, para que se viabilize pedido de reparação, fundado na abertura de inquérito policial, faz-se necessário que o dano moral seja comprovado, mediante demonstração cabal de que a instauração do procedimento, posteriormente arquivado, se deu em forma injusta e despropositada, refletindo na vida pessoal do autor, acarretando-lhe, além de aborrecimentos naturais, dano concreto, seja em face de suas relações profissionais e sociais, seja em face de suas relações familiares" (Resp. N. 494.867, rel. Min. Castro Filho, j. 26.06.2003) (grifamos).

Segundo o contexto probatório somado à jurisprudência dominante, observa-se que os requeridos agiram no exercício regular de um direito, quando efetivaram o registro da ocorrência (furto no supermercado de sua propriedade) junto à autoridade policial, a fim de apurar a responsabilidade pela prática do delito que lhes acarretou prejuízo.

Ademais, emerge dos autos que os requeridos apenas comunicaram o ocorrido à autoridade policial (Boletim de Ocorrência n. 00040-2002-

00219 – fls. 04), em razão de seu estabelecimento comercial (Mercado Mendes), há meses vir sofrendo o desaparecimento de mercadorias em seu interior; sendo que na data de 1º.12.02, após retorno de uma viagem, perceberam que a porta fora arrombada e o novo desaparecimento de uma série de produtos; sendo que no dia seguinte, por comentários de vizinhos, descobriram o suposto envolvimento do autor Wagner na ocorrência.

Extrai-se do Boletim de Ocorrência acostado às fls. 04:

> "[...] e que na data acima referida, ao retornar de viagem com sua família, percebeu que a porta dos fundos do estabelecimento estava arrombada. Relata também que, no dia seguinte, ao questionar de alguns vizinhos, estes informaram que, na tarde dos fatos, perceberam quando o indiciado Wagner, do interior do estabelecimento, entregava mercadorias para o indiciado Evandro, que estava fora do mesmo, após ambos terem pulado um muro que protege os fundos da residência do comunicante/vítima. Relata ainda que, ao procurar Evandro, esse confessou a prática do furto, fazendo referência também à participação de Wagner, sendo que parte dos objetos foram devolvidos ao comunicante pelos pais deste último. Relata, por último, que as pessoas a seguir relacionadas ratificam suas informações, além de acrescentarem outras: Soldado Ailton, André (filho do policial Carlinhos), Alexandre (neto da dona Lica), Silvana (mulher do Alencar) e Vandinho e sua esposa. [...]."

Colhe-se da prova testemunhal:

> "[...]que as famílias do marido da declarante e o pai do autor não se dão bem em razão de desavenças familiares e era sempre assim, que o autor e Evandro se davam e saíam juntos; que num domingo viu Wagner em cima de um muro e o Evandro do lado de fora do muro com uma bolsa branca, destacando que o muro era do mercado do José Mendes; que a declarante morava na parte de cima do mesmo terreno daonde (*sic*) estavam os dois rapazes e a declarante nada fez; que a declarante já vivia com o pai de Evandro; que a declarante viu tal fato no mesmo dia que Ailton também viu, sendo que Ailton estava na frente da casa da sogra sentado num banquinho; que o fato aconteceu na parte da tarde; que não sabe para onde os jovens sairam e o tal muro ficava na parte dos fundos; que no dia seguinte a declarante soube que o estabelecimento dos réus teria sido furta-

do; que soube que os objetos foram encontrados na casa da sogra da declarante; [...] que viu os rapazes outras vezes ali por trás; [...] que no mesmo dia comentou os fatos com Vanderlei, seu marido, que a atitude de Vanderlei foi ficar quieto e que ia tentar descobrir mas no dia seguinte já saiu comentário; que a declarante estava na janela do quarto da filha e ia fechar a janela quando viu os dois; que dessa janela a declarante consegue ver a frente da casa da sogra da mesma; que tem certeza de que Wagner é que estava em cima do muro; que o fato foi comentado. [...]." (Depoimento de Lucimar Ramos Figueiredo do Nascimento – Informante, fls. 74)

[..] que não se dá com Volnei depois da morte do pai de ambos, uns 6 a 7 meses depois do rolo dos dois filhos do declarante e do pai do autor; que o declarante acompanhou todo o processo anterior; que o guri prestou declarações primeiro e a orientação dada pelo declarante foi para não mentir e contar a verdade; que soube que o autor negou até o último dia; que o filho do autor frequentava e parava às vezes na casa da avó e na época trabalhava no mercado Mendes; que Wagner trabalhou um tempinho no mercado; que quando surgiu o fato a mãe do autor pegou as duas bolsas e levou para o Mercado Mendes tendo falado com a Sra. Zélia que Evandro e Wagner teriam mexido; que escutou isto de Zélia e do próprio filho pois quando soube do ocorrido o declarante apertou o mesmo e ele disse que aguardou do lado de fora enquanto Wagner é que pulou; que soube de Ailton que Evandro e Wagner foram visto no sábado no trapiche decerto combinando; que nenhum dos dois jovens precisam disso e fizeram porque "são safados e sem vergonha"; **que na praia o fato foi bastante comentado e viu o dono do mercado tentar encobrir**; que a dona Silvana trabalhava com a mãe do declarante e viu as bolsas. [...] que na época dos fatos o pai do declarante já havia morrido, tanto que Wagner às vezes vinha para cuidar da mãe, retificando o afirmado acima; que Wagner trabalhava para os requeridos na época dos fatos com certeza. [...]". (Depoimento de Vanderlei Antônio do Nascimento – tio do autor, Informante – fls. 75). (grifamos)

" [...] que desde os fatos o pai do autor não fala com a depoente; que a depoente trabalhava na casa da avó do Wagner; que a depoente viu o Wagner comendo muitas coisas tais como chocolate, e coisa escondidas, mas nunca o viu mexer em nada; que a depoente foi trabalhar na segunda feira na casa dos avós do autor **e soube pelo**

próprio pai de Wagner de que no domingo no mercado do mendes (*sic*) teria sido roubado; que quando efetuava a limpeza a depoente percebeu embaixo da cama onde Wagner dormia havia muitos objetos do mercado, tais como cerveja, cartões telefônico, shampoos, isqueiros, maços de cigarro, salgadinhos; que a depoente pegou as coisas e disse para o pai do autor que se pegaram algo tudo estaria ali, tendo entregue os objetos numa bolsa; que o pai do autor ficou nervoso e depois que a depoente retornou do meio dia soube que o pai do autor levou tais objetos ao Mendes com a esposa **e soube pelo Sr. Zé Mendes tndo (*sic*) os pais de Wagner afirmado que este teria pego tais objetos**; que depois disso o pai do Wagner ameaçou a depoente, disse vários nomes para a depoente somente agora parou tendo a depoente também ameaçado o mesmo; que o pai de Wagner trabalhava com siri, pescado e todo dia faziam serviço de pescado na residência da avó de Wagner, sendo que Wagner estava sempre lá e dormia todas as noites lá; que a depoente via Evandro raramente e nos oito meses de trabalho apenas o viu uma única vez; **que na cidade houve muito comentário sobre os fatos**; [...]." (Depoimento de Silvana da Silva Souza – fls. 76). (grifamos)

"[...] que uma vez o autor pulou o muro do estabelecimento do réu, pegou a mercadoria e jogou para o declarante que estava fora; que o fato aconteceu perto do meio dia; que foi pego shampoo, isqueiro e outras que não se recorda; [...] **que teve pessoas que viram o autor e o declarante não**; que o autor convidou o declarante para praticar tal fato e ainda foi o declarante que levou a culpa; que o autor empurrou a porta que estava fechada mas não trancada, tendo acesso a tudo; que na época o declarante não usava droga não sabendo o autor; que desde o dia em que compareceram ao Ministério Público o declarante nunca mais falou com o autor; que encontraram os objetos na casa da avó de ambos que fica ao lado do mercado, sendo que ambos deixaram os objetos lá; que o fato foi praticado por ambos; **que houve muito comentário na cidade sobre o ocorrido, mais sobre o declarante e também sobre o autor, só que o pai do autor espalhou na praça que o declarante tinha feito tudo sozinho**; que na época o declarante e o autor nunca haviam tido qualquer problema; que não tem qualquer interesse em incriminar o autor, mas foi o que aconteceu mesmo e não sabe porque o autor quer abafar algo que aconteceu; [...]". (Depoimento

de Evandro Felipe Nascimento – primo do autor e envolvido no furto ao Supermecado Mendes – fls. 77).

"[...] **que a depoente escutou muitos comentários de terceiros de que Wagner tinha roubado o estabelecimento do requerido**; [...] **que nada escutou sobre os fatos dos requeridos, esclarecendo que pouco vai ao mercado dos réus**; que não sabe como as pessoas tiveram ciência de tal fato, [...] que o comentário na cidade durou até mais de um mês; [...] que ninguém sabe daonde (*sic*) surgiu o comentário, **esclarecendo ter ouvido na rua que o comentário saiu da casa dos avós de Wagner, de uma empregadinha que trabalha lá**; [...] que a empregada dizia para o Zé Mendes que via as coisa lá nos avós de Wagner; que os avós de Wagner não eram parentes do requerido; que não sabe o nome dos pais da requerida Zélia; [...] **que viu muita gente chamando o autor de ladrão, não sabendo dizer quem**. [...]." (Depoimento de Inês Osmarino Florentino – fls. 78).

"[...] a (*sic*) **algum tempo atrás havia um comentário na cidade de que alguém teria furtado no mercado do José Mendes; que escutou alguém dizer que Wagner é que teria praticado tal furto com outros meninos**; **que foi comentário de rua não apontar quem disse**; que como a depoente trabalhou na casa de um vizinho do requerido e por isso a pessoa indagou a depoente se ela não tinha visto nada; que as partes eram bem amigas; **que dos requeridos e seus funcionários a depoente nunca escutou nada dito sobre o assunto e em relação ao autor, chamando-o de ladrãozinho**; que se recorda que na época alguém da família do Sr. Volnei trabalhava no mercado; que Evandro, filho de Vandinho, também foi comentado como envolvido nos fatos; [...]". (Depoimento de Lúci de Souza Albring – fls. 79) (grifamos)

Nessas circunstâncias, impende ressaltar, que o simples fato de os réus comunicarem a ocorrência junto à Delegacia de Polícia para averiguação sobre furto no seu estabelecimento comercial, não se afigura como exercício abusivo do direito, hábil a ensejar a responsabilização dos comunicantes por eventuais danos danos subsequentes.

A comunicação do ilícito perante a autoridade policial, era bastante razoável, sendo, inclusive, instaurado procedimento de apuração de ato

infracional contra o autor, arquivado em relação à sua pessoa, porém, o primo deste, de nome Evandro assumiu a autoria do delito, sempre afirmando que o autor participou efetivamente dos fatos, embora tenha negado terminantemente.

Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho:

> "Repetem-se com muita freqüência ações de indenização por dano moral movidas por pessoas que, processadas penalmente, tiveram o inquérito arquivado ou foram absolvidas pela Justiça Criminal por falta de provas. Nessa questão tenho me posicionado, **com base na melhor doutrina e correta jurisprudência, no sentido de só ser possível responsabilizar civilmente o informante de um crime à autoridade policial se tiver agido com dolo, má-fé, propósito de prejudicar, ou ainda se a comunicação for absolutamente infundada, leviana e irresponsável**.
>
> E assim é porque o direito e o ilícito são antíteses absolutas - um exclui outro: onde há ilícito não há direito; onde há direito não pode existir o ilícito. Vem daí o princípio estampado no art. 188, I do Código Civil que não considera ilícito o ato praticado no regular exercício de um direito. Nessa linha de princípio não gravita na órbita da ilicitude civil a mera indicação de alguém como suspeito da prática de uma crime perante a autoridade competente, eis que a investigação de delitos e de seus respectivos autores é permitida por lei, dentro de certos limites, em atenção a superiores interesses públicos. É dever moral e legal de todos levar ao conhecimento da autoridade competente a ocorrência de fato ilícito, mormente quando circunstâncias do evento autorizam supor a existência de crime.
>
> E sendo obrigação legal da autoridade competente tomar as providências cabíveis, não cabe ao comunicante responder pela eventual prisão do indiciado, nem pelo enquadramento penal que lhe vier a ser dado; quem prende é a polícia, quem acusa é o Ministério Público e quem condena ou absolve é o juiz."(Programa de responsabilidade civil. 6.ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 107).

No caso em comento, a irresignação do autor/apelante pelo fato dos comentários negativos e humilhantes que ocorreram na cidade de Imaruí envolvendo o seu nome em razão do furto ao supermercado de propriedade

dos apelados, não merece prosperar, pois em que pese não mereça aprovação os comentários negativos que se propagaram pela cidade a respeito de sua suposta participação no furto, esta atitude, ao que tudo indica não partiu dos requeridos, e sim, consoante se extrai dos depoimentos das testemunhas oitivadas durante a instrução processual, 'eram comentários de rua', ou seja, feitos pela população em geral, sem que nenhum dos oitivados pudesse apontar os réus como divulgadores da calúnia/difamação contra o autor.

Ao contrário, a testemunha Inês Osmarino Florentino (fls. 78 dos autos) afirmou que o comentário saiu da própria casa dos avós do autor, citando inclusive a empregada que trabalhava na casa na época dos fatos.

Desta forma, a atitude de simples comunicação de furto à Delegacia de Polícia, visando a apuração e esclarecimento do crime praticado contra seu patrimônio, não caracteriza qualquer ato ilícito por parte dos requeridos, não se podendo constatar nos autos qualquer prova de abuso do uso desse direito ou ofensa à honra e imagem do autor, pois os réus somente exerceram um direito que a lei lhes confere.

Nessa senda, já decidiu este Sodalício:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - SUSPEITA DE FURTO EM SUPERMERCADO - ABORDAGEM POR POLICIAIS - **AVERIGUAÇÃO DO CRIME A PEDIDO DA VÍTIMA** - AUSÊNCIA DE DOLO, MÁ-FÉ OU FRAUDE - EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO (ART. 188, I, DO CC/2002) - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTABELECIMENTO - INOCORRÊNCIA - RECURSO DESPROVIDO.
>
> "O acionamento de investigação policial para averiguação de crime de furto não configura dano moral, pois se trata de exercício regular de direito. A conduta da Polícia na apuração do crime não pode ser imputada ao acionante da autoridade estatal."(Resp 302313 - ES, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 23.11.2005) (AC. n. 2006.029139-3, de Brusque, Rel. Desa. Salete Silva Sommariva, j. 16.01.2007).

E, ainda:

> "APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - COMUNICAÇÃO DE DELITO À AUTORIDADE COMPETENTE - BOA-FÉ DO COMUNICANTE - EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO -RESPONSABILIDADE CIVIL INEXISTENTE - ARTIGO 188, I, DO CÓDIGO CIVIL - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - DEVER DE INDENIZAR AFASTADO -SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.
>
> Não enseja pedido de indenização por dano moral a mera comunicação de crime perante autoridade policial, porquanto age o agente tão-somente no exercício regular de um direito. *"Inadmitido o pedido indenizatório se a representação não se reveste de dolo, temeridade ou má-fé*" (RT 249/133). (AC n. 2007.004947-4, de Curitibanos, Relator: Des. Fernando Carioni, j. 31.10.2007).

Por fim:

> "APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - IMPUTAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE FURTO A AUTORIDADE POLICIAL - INQUÉRITO POLICIAL - DENÚNCIA - ABSOLVIÇÃO - AUSÊNCIA DE DOLO - EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO - RECURSO DESPROVIDO.
>
> Age no exercício regular de direito aquele que dá início a procedimento policial para apurar suposto crime de furto. Para que haja a responsabilidade civil em decorrência do registro da ocorrência policial é necessário que o fato descrito seja falso ou a acusação proferida com má-fé." (AC 2004.000380-3, de Concórdia, Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 30.01.2008).

Por derradeiro, apesar de não ser a matéria focada no presente apelo, até porque o autor teve o procedimento para apuração de ato infracional 'arquivado', registra-se apenas para corroborar as afirmações das testemunhas e de todo o componente probatório do presente caderno processual, que as testemunhas arroladas pelo próprio autor na fase de investigação policial (consoante declarações prestadas por João Batista Alexandre Nunes, Jéfferson Florentino Pacheco, Reginaldo Demétrio Domingos e Edemilson Abílio Alves e insertas à fls. 25/28, respectivamente), afirmaram unanimemente que souberam dos fatos no dia seguinte, pois estavam fora de Imaruí, disputando

uma partida de futebol em local próximo (Aratingaúba), e não sabiam porque foram indicados como 'testemunhas' pelo autor, e, assinalando que souberam da ocorrência através de 'comentários de populares', não identificando nenhum dos declarantes os requeridos como divulgadores do fatos sobre o furto e sobre a pessoa do autor na cidade de Imaruí.

Ainda, nos moldes do regramento inserto no artigo 333, inciso I da Lei Instrumental Civil: "*Art. 333. O ônus da prova incumbe [...] I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;*".

Seguindo as diretrizes acima expendidas, imperiosa a manutenção da sentença *a quo*, vez que não logrou êxito o apelante em comprovar nos autos a prática de ilícito por parte dos réus/apelados que autorizasse a imposição de responsabilização civil por eventual dano moral que tenha sofrido.

É o voto.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Primeira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

O julgamento, realizado no dia 20 de outubro de 2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio, com voto, e dele participou a Exmª. Srª Desª Denise Volpato.

Florianópolis, 22 de outubro de 2009.

Carlos Adilson Silva
RELATOR

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2007.009758-5, de Lages

Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. FURTO DE AUTOMÓVEL DA CONSUMIDORA EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL DOS PEDIDOS. APELOS DE AMBOS OS LITIGANTES. RÉU. NULIDADE DE SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO ANTECIPADO (CPC, ART. 330, I). MÉRITO. DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE DEPÓSITO PELO SUPERMERCADO (CC/2002, ART. 642). OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR PRESENTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS DEVIDA. DANOS MORAIS INOCORRENTES. MERO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL, SEM REPERCUSSÃO NA ESFERA ÍNTIMA DO CONSUMIDOR. REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS ANTE A SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. APELO DO RÉU CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. AUTORA. PRETENDIDA MAJORAÇÃO DOS DANOS MORAIS E MATERIAIS. PROVIMENTO PARCIAL, APENAS PARA MAJORAR O VALOR DOS DANOS MATERIAIS. APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS..

Não caracteriza cerceamento de defesa a prolatação de sentença antecipada quando a instrução probatória revela-se desnecessária

à solução da lide, nos termos do artigo 330 do Código de Processo Civil.

O furto de automóvel nas dependências de estabelecimento comercial caracteriza descumprimento da contrato de depósito, razão por que se impõe ao depositário o dever de reparar os danos decorrentes do evento, conforme o artigo 642 do Código Civil de 2002.

À falta de valoração, na tabela FIPE, de veículo correspondente ao da autora e, em face da juntada de três orçamentos sobre o valor do carro, todos feitos por empresas idôneas do ramo automotivo, arbitra-se o valor da indenização por danos materiais com base no menor deles.

Somente se reconhece o dano moral decorrente do descumprimento contratual quando, por sua natureza ou gravidade, os efeitos sejam tais que repercutam na esfera da dignidade da vítima, conforme recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.009758-5, da comarca de Lages (3ª Vara Cível), em que são apelantes e apeladas A. Angeloni e Cia Ltda e Michelle Almeida:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, prover parcialmente o recurso da ré para afastar o dano moral, e, por maioria de votos, vencido o Exmo. Des. Mazoni Ferreira, prover em parte o recurso da autora para elevar o dano material a R$ 34.000,00. Custas legais.

RELATÓRIO

A. Angeloni e Cia Ltda. (ré) e Michelle Almeida (autora) apelaram da sentença do doutor Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da comarca de Lages que, em ação de reparação de danos, movida pela pessoa física contra a jurídica, julgou parcialmente procedentes os pedidos para condenar a ré ao pagamento de R$ 20.000,00 por danos materiais e R$ 2.000,00 por danos morais, em decorrência de furto de automóvel pertencente à autora nas dependências do estabelecimento réu.

A ré alegou a nulidade da sentença e requereu o retorno dos autos à origem para instrução, alegando haver sido impedida de produzir prova testemunhal comprobatória da contribuição da autora para a ocorrência do evento danoso.

No mérito, requereu a reforma total da sentença com vistas à improcedência dos pedidos, atribuindo à autora a culpa pelo furto, por não haver trancado a porta do carro.

A autora, por seu turno, requereu a majoração dos valores dos danos materiais e dos morais, alegando que a caminhoneta furtada vale, pelo menos, R$ 34.000,00, mas a sentença fixou a indenização em apenas R$ 20.000,00, correspondente aos danos materiais, devendo, por isso, ser parcialmente reformada. Ademais, entende que os danos morais experimentados merecem reparação mais substanciosa, razão por que pede sua majoração.

Somente a autora contra-arrazoou (fls. 171-179), requerendo o desprovimento do apelo da ré.

VOTO

É apelação cível de A. Angeloni e Cia Ltda (ré) e Michelle Almeida (autora) de sentença do doutor Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da comarca

de Lages que, em ação de reparação de danos, movida pela pessoa física contra a jurídica, julgou parcialmente procedentes os pedidos e condenou a ré ao pagamento de R$ 20.000,00 por danos materiais e R$ 2.000,00 por danos morais, decorrentes do furto do automóvel, pertencente à autora, das dependências do supermercado Angeloni de Lages, mais as custas processuais e honorários advocatícios de 15% do valor da condenação.

Do apelo da ré, A. Angeloni e Cia. Ltda.

Diz Angeloni e Cia., em seu apelo, que houve nulidade da sentença, pois o Juiz de Direito, ao proferir antecipadamente a sentença, cerceou-lhe o direito da produção de provas indispensáveis à sua defesa, pois pretendia demonstrar, mediante a ouvida de testemunhas, a contribuição da autora para a ocorrência do fato danoso, ao estacionar seu automotor sem fechar-lhe a porta.

Na verdade, a preliminar confunde-se com o mérito e, por isso, serão analisados em conjunto.

Ocorre que, em verdade, pouco importa que a autora tenha contribuído para a ocorrência do furto, deixando ou não a porta destravada, sendo certo que o furto é incontroverso.

Na hipótese em exame, como em todos os casos que envolvem o estacionamento de automóvel em pátio ou garagem de estabelecimento comercial, cuja oferta desse serviço se traduz em comodidade para os clientes e um atrativo a mais para a clientela, estabelece-se contrato de depósito entre o prestador do serviço de guarda do veículo e o consumidor, tendo o supermercado o dever de guarda e restituição de coisa móvel infungível no estado em que se encontrava quando foi estacionado, conforme se tem do artigo 627 do Código Civil de 2002.

Caracterizado o contrato de depósito, "o depositário recebe o bem móvel para satisfazer o interesse precípuo do depositante, na conservação

da coisa até o momento da restituição" (ROSENVALD, Nelson. *Código Civil comentado*. Coordenador: Ministro César Peluzo. 2. ed. Barueri: Malone, 2008. p. 627). Por isso, nos casos de danos à coisa depositada, o depositário "assumirá total responsabilidade pela sua destruição, mesmo diante de culpa levíssima, sendo a exclusão do dever de indenizar apenas factível em casos de força maior devidamente provados (art. 642 do CC)" (*idem*).

Efetivamente, o artigo 642 do Código Civil de 2002 prevê, expressamente, a responsabilização objetiva do depositário pelos danos experimentados pela coisa depositada, ilidida apenas por prova de motivo de força maior:

> Art. 642. O depositário não responde pelos casos de força maior; mas, para que lhe valha a escusa, terá de prová-los.

O que a apelante A. Angeloni e Cia. Ltda. pretende provar é que a autora, ao estacionar o carro no espaço destinado aos automóveis em um de seus estabelecimentos, esqueceu de trancar a porta do veículo, o que teria contribuído para a ocorrência do evento danoso. Entretanto, essa prova é de somenos importância, porquanto o depositário responde pelos danos mesmo quando sua culpa possa ser tida como levíssima, a não ser que prove motivo de força maior. Portanto, a prova pretendida pela ré Angeloni não desfruta do poder de evidenciar a ocorrência de força maior, senão apenas a contribuição da vítima para facilitar o evento, o que não a isenta da responsabilidade de indenizar a autora. Logo, não é possível reconhecer a nulidade da sentença, porquanto a prova que a ré queria produzir mostra-se inócua ante os acontecimentos incontroversos e os dispositivos legais aplicáveis à espécie.

Na verdade é poder-dever do juiz de direito, destinatário da prova que é, usar dos meios legais necessários à entrega mais rápida e eficaz da

prestação jurisdicional, podendo deferir ou não provas, na medida em que lhe pareçam necessárias ou desnecessárias ao esclarecimento da verdade.

O Magistrado não violou, portanto, a Constituição Federal nem o Código de Processo Civil, porquanto não havia necessidade da instauração da fase instrutória. Logo, houve-se bem o doutor Juiz ao amparar-se no artigo 330, I, do Código de Processo Civil e, assim, antecipar o julgamento da lide. Afora isso, os fatos narrados pelas partes e os documentos postos à apreciação do juiz bastam para a sentenciação, mormente diante do incontroverso furto do automóvel das dependências do supermercado, que, na ocasião, era seu depositário e tinha o dever de zelar pela conservação da coisa, restituindo-a ao depositante quando solicitada, o que, na hipótese, não aconteceu. Ora, a apelante admitiu que o criminoso entrou no automóvel e saiu do estacionamento como se fosse dono da coisa, sem nenhuma oposição dos prepostos que deveriam zelar pela conservação do carro. Logo, a culpa do estabelecimento é patente e sua obrigação de indenizar o proprietário prejudicado também o é, mormente porque, como se disse anteriormente, a responsabilização depende apenas de sua culpa levíssima.

O tema, aliás, vem sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça:

> Súmula 130. A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento.

Assim, também se impõe manter a condenação da ré ao pagamento da coisa furtada, por haver descumprido o contrato de depósito e atuado com culpa, por não dispor ou não usar dos meios necessários para evitar o furto do automotor.

Quanto ao valor da indenização por danos materiais, arbitrada em R$ 20.000,00, a apelante visa à sua redução para R$ 18.078,00, e usou, para isso, a tabela FIPE, estipulando esse valor ao automóvel com as características do furtado. Entretanto, não se pode acolher o pedido da apelante

no particular, pois está visto que o preço contido na tabela FIPE refere-se a um automóvel Ford F-1000 4.9 I. movido a gasolina (fl. 99), enquanto que o automóvel da autora sofrera modificação para rodar com diesel combustível, o que, obviamente, agrega-lhe valor. Logo, por estar bem provada a alteração no motor do automóvel, nos termos do certificado de registro do veículo (fl. 26), não se pode acolher o pedido da apelante para que se reduza o valor da indenização por danos materiais. Na verdade, a indenização de que se trata deverá ser majorada, mais adiante, por ocasião do exame do apelo da autora.

De outro lado, o pedido do apelante para que se afastem os alegados danos morais deve ser acolhido.

Sabe-se que, regra geral, o mero descumprimento contratual não enseja a reparação de danos morais. Somente se reconhece o dano moral decorrente do descumprimento do contrato quando, por sua natureza ou gravidade, os efeitos sejam tais que repercutam na esfera da dignidade da vítima, conforme recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça, de que é exemplo o seguinte:

> Mero descumprimento contratual não gera dano moral. Entretanto, se há recusa infundada de cobertura pelo plano de saúde, é possível a condenação para indenização psicológica (AgRg no Ag n. 846077/RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 5-6-2007).

Isso porque não se reconhece dano moral quando o fato descrito circunscreve-se a simples incômodo, pois a mera irritação ou aborrecimento cotidianos não devem ser compensados pecuniariamente, sob pena de banalização do instituto.

Neste sentido são os precedentes desta Câmara:

> O inadimplemento de contrato, por si só, não acarreta dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. A inobservância de cláusulas contratuais pode gerar frustração, mas não se apresenta como suficiente para produzir dano na esfera íntima do indivíduo,

> sendo mero dissabor e contratempo, até porque o descumprimento de obrigações contratuais não é de todo imprevisível (Ap. Cív. n. 2008.065754-2, de Blumenau, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. 5-12-2008).
>
> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. COBRANÇA DE SEGURO. RECUSA AO PAGAMENTO EM RAZÃO DA NÃO ATUALIZAÇÃO DOS DADOS CADASTRAIS DO SEGURADO. [...] ALEGADO DANO MORAL DECORRENTE DE DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. SITUAÇÃO QUE, POR SI SÓ, NÃO CARACTERIZA A LESÃO. AUSÊNCIA DE PROVA DAS CONSEQÜÊNCIAS DANOSAS DO ATRASO NO PAGAMENTO. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR [...].
>
> [...]
>
> Não há dano moral quando a situação narrada não passa de mero incômodo, pois a simples irritação ou aborrecimento cotidianos não devem ser compensados pecuniariamente, sob pena de banalização do instituto (Ap. Cív. n. 2007.008277-3, de Braço do Norte, deste relator, j. 18-12-2008).

Em consideração a tais precedentes, a condenação da apelante ao pagamento de indenização por danos morais apenas subsistiria se fosse constatado abalo psíquico ou dano à honra ou à imagem da autora que justificasse tal imposição, o que, na hipótese, à toda evidência, não há.

O furto do automóvel da autora, ao que tudo indica, não foi além do mero incômodo ordinariamente associado aos descumprimentos contratuais, razão por que não se pode dar guarida ao pedido indenizatório referente aos danos morais.

Por último, a ré apelante visa à distribuição proporcional dos ônus sucumbenciais, por haverem sido as partes vencidas e vencedoras em proporções similares, além da redução da verba honorária, de 15% a 10% do valor da condenação.

Está bem visto que a autora, de fato, decaiu do pedido indenizatório por danos morais, em que pese haver sido vencedora relativamente aos

danos materiais. Assim, é aplicável ao caso concreto o artigo 21 do Código de Processo Civil: "Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas".

À vista disso, condena-se autora ao pagamento de 25% das custas processuais, enquanto que a ré deverá responder por 75% das custas processuais.

Quanto aos honorários, condena-se a ré ao pagamento de 10% do valor da condenação, com fundamento no artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, consideradas mormente a pouca complexidade da causa e a tramitação do processo na comarca em que os procuradores da autora mantêm escritório profissional. A autora, por sua vez, pagará à ré R$ 1.000,00 a título de verba honorária, arbitrada em atenção ao § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Assim, vota-se para conhecer do apelo da ré A. Angeloni e Cia Ltda e dar-lhe parcial provimento, para afastar a condenação por danos morais e distribuir proporcionalmente entre os litigantes os ônus sucumbenciais.

Do apelo da autora, Michelle Almeida

A autora visa à majoração da indenização por danos materiais e morais. Contudo, quanto aos danos morais, como foi afastada a condenação a esse título por ocasião do exame do apelo da ré, o pedido está prejudicado.

Mas tem razão a apelante ao defender a necessidade de majoração do valor da indenização por danos materiais, pois está visto que o automóvel furtado é um Ford F-1000 4.9l com motorização a diesel (fl. 26), razão por que não lhe é aplicável o preço estipulado na tabela FIPE (R$ 18.078,00, fl. 99), que tem por base o mesmo automóvel, mas movido a gasolina, cujo valor é evidentemente menor.

Mais razoável é, em face da juntada de três orçamentos pela autora, todos provenientes de empresas idôneas do ramo automotivo, determinar que a indenização pelo furto do automóvel tenha por base o de menor valor, ou seja, aquele confeccionado por Wolfart Comércio de Veículos Ltda (fl. 30), no valor de R$ 34.000,00. Afinal, não há por que desacreditar nos orçamentos trazidos à baila pela autora, mormente porque só foram impugnados com base na tabela FIPE que, como visto, não pode ser aplicada à hipótese.

Demais disso, um automóvel com motorização similar ao da autora, de acordo com a tabela FIPE, vale, em média, R$ 35.000,00 (Ford F-1000 XLT Diesel Turbo, conforme pesquisa ao sítio de internet da Fundação Instituto de Pesquisar Econômicas – FIPE, http://www.fipe.org.br/web/index.asp?aspx=/web/ indices/veiculos/default.aspx). Logo, relativamente ao apelo da autora, é de ser conhecer do recurso e provê-lo em parte, apenas para determinar a majoração do valor da indenização por danos materiais nos termos expostos, mantendo-se, como na sentença, os critérios de correção da verba condenatória.

Pelo exposto, conhece-se de ambos os apelos e dá-se-lhes parcial provimento, ao de A. Angeloni Cia. Ltda. para afastar a condenação por danos morais e distribuir proporcionalmente os ônus sucumbenciais e ao de Michelle Almeida para majorar a quantia indenizatória por danos materiais.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, proveram parcialmente o recurso da ré para afastar o dano moral, e, por maioria de votos, proveram parcialmente o recurso da autora para elevar o dano material, vencido o Exmo. Des. Mazoni Ferreira, que o desprovia.

O julgamento foi realizado no dia 22 de outubro de 2009 e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Mazoni Ferreira (Presidente) e Sérgio Izidoro Heil.

Florianópolis, 13 de novembro de 2009.

Luiz Carlos Freyesleben
RELATOR

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira

Ousei divergir da douta maioria, no tocante à indenização por dano material, por entender que o valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), fixado na sentença deve ser mantido, porque, como disse o Juiz, "o veículo é modificado na motorização, vez que a Ford – F.1000, mod. 4.9 I, em sua versão original, só existe na motorização "à gasolina", e segundo a tabela da Fipe está avaliado em R$ 18.078,00 (dezoito mil e setenta e oito reais), sendo que a conversão para diesel não agregaria tanto valor, a ponto de quase dobrar o valor.

É o meu voto.

Florianópolis, 3 de dezembro de 2009.

Mazoni Ferreira

Apelação Cível n. 2009.051840-1, de Balneário Piçarras

Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil

APELAÇÃO CÍVEL. MENOR ÓRFÃO DE PAI ABANDONADO PELA MÃE NA RESIDÊNCIA DE VIZINHA EM BALNEÁRIO PIÇARRAS/SC. BUSCA POR PARENTES INEXITOSA. ENCAMINHAMENTO À FAMÍLIA SUBSTITUTA. AÇÃO DE ADOÇÃO AJUIZADA PELO CASAL PRETENDENTE. IRMÃ UNILATERAL PATERNA QUE RESIDE EM CURITIBA/PR E, AO TOMAR CIÊNCIA DOS FATOS, IMEDIATAMENTE INGRESSA COM PEDIDO DE GUARDA. OBTENÇÃO DE LIMINAR APENAS PARA VISITAS QUINZENAIS EM CURITIBA. PERMANÊNCIA DA CRIANÇA SOB A GUARDA PROVISÓRIA DO CASAL ADOTANTE. SITUAÇÃO QUE SE ESTENDE HÁ DOIS ANOS. INEGÁVEL EXISTÊNCIA DE VÍNCULO AFETIVO COM AMBAS AS PARTES. PRIMAZIA DOS INTERESSES DO MENOR. DIREITO DE SER CRIADO PREFERENCIALMENTE PELA FAMÍLIA BIOLÓGICA, QUE SOBRETUDO EVIDENCIA PRINCÍPIOS MORAIS E PREPARO PARA ACOLHER O MENINO. EVIDENTE EMPENHO DA IRMÃ NO INTUITO DE MODIFICAR A CONJUNTURA CAUSADA PELO TEMPO. NECESSIDADE IRREFUTÁVEL DE PRESERVAÇÃO E ESTREITAMENTO DOS LAÇOS CONSANGUÍNEOS. ATENDIMENTO AO QUE PRECEITUA OS ARTS. 227 DA CF, 6º E 19 DO ECA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE GUARDA E IMPROCEDÊNCIA DA ADOÇÃO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2009.051840-1, da comarca de Balneário Piçarras (1ª Vara), em que é apelante K. C. de P. C., e apelados E. R. e outra:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por maioria de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por K. C. de P. C. contra sentença una proferida pela Juíza de Direito da 1ª Vara da comarca de Balneário Piçarras, que julgou procedente a ação de adoção n. 048.08.000107-3, proposta por E. R. e outra, e improcedente a ação de guarda n. 048.08.001267-9, além de reduzir o direito de visitas de K. C. de P. C. (fls. 348/370).

Aduz que o adotando é seu irmão unilateral paterno e foi abandonado pela mãe, o que resultou no seu encaminhamento a um abrigo e, posteriormente, na sua colocação em família substituta, sendo a guarda provisória concedida ao casal adotante. Cerca de quarenta dias após a concessão da guarda provisória, teve conhecimento sobre os fatos narrados e imediatamente requereu, sem êxito, a guarda de seu irmão.

Diz que os procedimentos referentes à adoção se deram de maneira imperita, imprudente e negligente, tanto no Juízo da comarca de Balneário Piçarras, como pelo Conselho Tutelar. Tais fatos geraram reclamação perante a Corregedoria-Geral de Justiça, duas declarações de suspeição e um enorme prejuízo à apelante, tanto sob enfoque moral como material.

No que diz respeito ao mérito do processo, sustenta que: várias testemunhas mentiram em juízo; a criança foi induzida pelo procurador dos adotantes; na época em que foi colocado em família substituta, o menor possuía um irmão de dezoito anos que o visitava quinzenalmente; muito embora o Representante do Ministério Público tenha se manifestado no sentido de que era necessário o esgotamento pelas buscas da família do menor, nenhuma providência foi efetivada.

Alega, ainda, que: estranhamente, somente após cessar o estágio de convivência do menor com os adotantes foi localizada a genitora daquele; na mesma data em que a apelante protocolizou sua primeira petição nos autos informando o juízo sobre o seu parentesco com o adotando, a genitora do menor firmou nova declaração ratificando a vontade de que seu filho permanecesse com o casal adotante; a assertiva de que a apelante não tinha envolvimento com o menor anteriormente ao deferimento da guarda aos adotantes é inverídica; o laudo psicológico que desqualifica a irmã do menor e enaltece a convivência junto ao casal adotante deixa transparecer uma enorme parcialidade da profissional que o elaborou.

Por fim, pugna pelo total provimento do recurso.

Contra-arrazoado (fls. 488/497), foram apresentados novos estudos sociais (fls. 506/513, 525/526).

Os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de fls. 531/535, da lavra do Exmo. Dr. Procurador de Justiça Aurino Alves de Souza, opinou pelo provimento do recurso.

As partes foram intimadas para se manifestarem sobre os novos estudos sociais (fl. 540), tendo a apelante, em suma, aduzido que o laudo apresentado pela Assistência Social de Itaiópolis faltou com a verdade (fls. 550).

VOTO

Cuida-se de apelação cível interposta contra sentença que julgou improcedente pedido de guarda da apelante em favor do seu irmão e procedente a adoção deste por família substituta.

Extrai-se dos autos que, A. L. S. de P., nascido em 15/03/00 e órfão de pai desde os cinco anos de idade (25/08/05), foi deixado pela mãe, em fevereiro de 2007, na residência de uma vizinha. Esta senhora é proprie-

tária do imóvel no qual residiam o infante e sua genitora e esperou alguns meses antes de procurar o Conselho Tutelar da região, pois somente com o decorrer do tempo se deu conta de que se tratava de abandono.

Diante da situação supra apresentada pelo Conselho Tutelar, que conduziu a criança a um abrigo, o Juízo de Primeiro Grau da comarca de Piçarras suspendeu o poder familiar da mãe biológica e, na data de 12 de dezembro de 2007, deferiu a guarda provisória do menor em favor do casal apelado, este indicado como o único interessado na lista de pretendentes à adoção (CUIDA) (fls. 12/13).

Finalizado o estágio de convivência em menos de 30 (trinta) dias, procedeu-se à oitiva do menor em 10/01/08, tendo este manifestado adaptação positiva ao lar substituto (fl. 14). O casal pretendente ingressou com pedido de adoção em 14/01/08.

Ainda em janeiro de 2008, a mãe do menor firmou declaração por escrito na qual constou que padecia de doença incurável e estava de acordo com a adoção do filho por família substituta (fls. 16).

Na seqüência, a Magistrada *a quo* proferiu decisão interlocutória nos autos da ação de perda e suspensão do poder familiar em apenso (n. 048.07.003629-0, datada de 21/01/08, na qual ordenou várias providências de interesse do menor e, derradeiramente, determinou:

> Finalmente, no tocante à notícia recente de que a criança tem parentes em Paranaguá e que a única referência da genitora é a informação de que um parente é proprietário da Clínica Caetano de Fisioterapia, determino que o Serviço Social entre em contato com os possíveis parentes para informá-los de que a criança A. já está adaptada à família substituta devidamente cadastrada no CUIDA, com estágio avançado de adoção e aquiescência materna e que eventual interesse em manter contato com a criança poderá ser feito por meio do serviço social (fls. 40/42).

Diante de tal ordem, o Comissário de Menores, Oldinei dos Santos Vargas, diligenciou na busca pela família do menino e encontrou a apelante. Colhe-se do depoimento prestado em juízo:

> [...] Que depois da Dra. Joana ter localizado Silvana deu um despacho determinando que fossem localizados os familiares de André na Clínica de Fisioterapia de Paranaguá; que o procedimento padrão é de que quando os pais abrem mão do poder familiar, se passa imediatamente a busca de interessados na adoção cadastrados no Tribunal de Justiça. Dada a palavra ao ministério Público, respondeu: que falou por telefone e pessoalmente com a Sra.Karin, a qual veio atrás da criança com intenção de adoção (fl. 241).

Ao tomar ciência do processo de adoção, a apelante peticionou em 19/02/08, apresentando-se como irmã do menor por parte de pai e informando que até então não tinha conhecimento dos fatos (fl. 21). Ajuizou ação de guarda, na qual o pedido liminar foi indeferido, e requereu o direito de visitas, o qual foi concedido em 11/03/08, nos seguintes termos: das 10 horas da manhã do domingo até as 18 horas do mesmo dia, em finais de semana alternados. Nesta interlocutória o Juiz *a quo* proibiu expressamente a apelante de deixar a comarca de Piçarras com a criança, "sob pena de expedição de mandado de busca e apreensão, sem prejuízo da responsabilidade criminal" (fls. 21, 25/27, 44/45).

Em 23 de abril de 2008, a apelante, insatisfeita com o período de visitas que lhe foi concedido, requereu a sua ampliação, a fim de que o menor pudesse passar os finais de semana na sua residência, em Curitiba/PR (fls. 58/72). O parecer ministerial foi favorável à ampliação, vejamos:

> MMª Juíza:
>
> Considerando que os laços com os parentes biológicos jamais deixarão de existir, opinamos pela visitação em finais de semana alternados na cidade de Curitiba, devendo a Sra. K. Buscar o menino e trazê-lo de volta.
>
> No mais, com "URGÊNCIA" deve ser determinado o Estudo Social na comarca de Curitiba ainda não elaborado (fl. 89, verso).

Entretanto, o pedido foi indeferido em Primeiro Grau (fls. 90/91) e concedido na decisão monocrática em agravo de instrumento prolatada pelo Desembargador Substituto Robson Luz Varella, em 26/06/08, que ampliou as visitas para finais de semana alternados (fls. 90/91, 134/137), com base na promoção do *Parquet*. Extrai-se:

> Compulsando os autos, verifica-se que a decisão agravada se apresenta contraditória no seu comando, senão vejamos: deferiu a realização de estudo social requerido pelo Ministério Público, mas indeferiu, sem fundamentação, o pedido de ampliação do direito de visitas.
>
> Da leitura do instrumento não há provas de que as visitas estão dificultando ou estimulando o infante, eis que toda a lide que circunda a criança está repleta de situações que merecem atenção pelo juízo.
>
> Assim, observando a decisão atacada, verifica-se que é imperiosa a revisão das visitas para que a providência requerida pela douta representante do Ministério Público seja devidamente satisfeita, o que permitirá a concretização de um laço de relacionamento entre os parentes biológicos, frise-se, cujos os vínculos ainda não foram desfeitos, eis que o processo de adoção ainda não foi finalizado (*fumus boni iuris*).
>
> Além disso, ressalte-se que não se está no presente instrumento analisando *decisum* reconsideratório, o que é vedado pela pacífica jurisprudência em virtude da preclusão, mas revista uma decisão prolatada com base em novas informações, emanadas da digna representante do *Parquet*.
>
> Por fim, no tocante ao *periculum in mora*, este se encontra amplamente evidenciado na circunstância de que a manutenção da decisão compromete a visitação e poderá influenciar diretamente no estudo social, devendo, assim, ser revista a decisão agravada o mais breve possível.
>
> Diante do exposto, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, concedo a liminar deferida nos termos na promoção Ministerial de fls. 121.

Antes do julgamento final do agravo de instrumento, foi proferida a sentença objeto deste apelo, que julgou procedente o pedido de adoção e improcedente o de guarda, além de reduzir as visitas da recorrente.

Irresignada, a irmã do menor interpôs o presente recurso, requerendo a reforma da sentença, a fim de que a guarda definitiva lhe seja concedida.

Inicialmente, salienta-se que as asserções atinentes à posição tomada pelo Juízo da comarca de Piçarras ao conduzir o processamento das ações de guarda e adoção e destituição do poder familiar que envolvem o menor A. L. S. de P. não podem ser discutidas, tampouco decididas no âmbito deste recurso. Conforme informa a própria apelante, a questão foi objeto de Reclamação à Corregedoria-Geral de Justiça e dirimida perante esta.

Passa-se, portanto, às razões de mérito.

Não se olvida da boa intenção do casal recorrido, que, há dois anos assumiu a guarda provisória de A. L. S. de P. e, desde então, não mediu esforços para proporcionar ao menino um ambiente familiar que suprisse todas as suas necessidades. Tanto que cessou o estágio de convivência com a salutar adaptação do menor ao lar substituto e o casal pretendente ingressou com pedido de adoção.

De outro lado, observa-se toda a angústia suportada pela apelante no anseio de preservar a ligação afetiva e obter a guarda do irmão unilateral paterno que, sem a sua ciência, foi entregue provisoriamente e em caráter de urgência à família substituta em face de abandono por parte da mãe biológica.

Sublinhe-se que a recorrente, a partir do momento em que teve ciência do paradeiro do seu irmão, empenhou-se de todas as formas para reverter tal situação, dado que contra o destino da criança corria o tempo, o qual, sabe-se, é determinante em casos como o de que tratam os autos.

Ressabido que, quanto maior o lapso de permanência com a nova família, maior o estreitamento da relação afetiva e a impossibilidade de rompimento dos laços formados. No anseio de solucionar brevemente a questão, dezesseis petições foram protocolizadas pelo advogado da apelante durante o trâmite processual.

Em que pese toda a celeuma causada pelo tempo e os contratempos havidos durante a tramitação do feito, no qual atuaram nove juízes, tendo dois deles declarado-se suspeitos (fls. 152/153 e 263), indubitável que o presente julgado deve se ater à solução mais benéfica para o menor, já que este conta atualmente com nove anos de idade e, independentemente da posição tomada neste *decisum*, necessitará de acompanhamento psicológico para salvaguardar a saúde do seu desenvolvimento psíquico.

A norma insculpida no art. 227 da Constituição Federal imputa à família, à sociedade e ao Estado o dever de "assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, a profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

No mesmo enfoque, o art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que "na interpretação desta lei, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento" (grifo nosso).

Tendo em conta tais premissas, os interesses conflitantes das partes devem ser subordinados aos da criança, cujo direito de ser criada e educada com dignidade no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, deve ser respeitado e assegurado, atendendo-se especialmente a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

É o que determina o artigo 19 do aludido Estatuto:

> Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

A Nova Lei de Adoção, recentemente em vigor, corrobora a legislação supra, em seu art. 28, §§ 3º e 4º:

> [...] § 3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida.
>
> § 4º Os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais.

Sobre o tema, Giovane Guimarães acentua:

> A família substituta, como o próprio nome diz, substitui a <u>família natural que é aquela na qual a criança ou adolescente tem o direito de, prioritariamente, ser criada, educada e, a princípio, mantida,</u> mesmo que apresentem carências financeiras. Assim, <u>a alternativa da família substituta surgirá somente quando todas as possibilidades de manutenção na família natural estiverem afastadas</u>, ou seja, como asseverou Liberati, *quando essa família, por algum motivo, desintegra-se, colocando em risco a situação das crianças e adolescentes*. A família substituta, assim, suprirá a falta da família natural, evitará que a medida de abrigo em entidade, prevista no art. 101 do ECA, seja aplicada por prazo muito longo, o que prejudica sobremaneira o desenvolvimento psico-social do abrigado, devendo ainda, a família substituta, apresentar os mesmos requisitos da família natural no que tange aos princípios morais.
>
> [...] Em razão da expressa definição legal da família natural pelo ECA, e da clara previsão de que toda criança ou adolescente tem direito de nela ser criado e educado, algumas questões podem surgir, tais como ter ou não a criança ou adolescente o direito de falecidos ou destituídos os pais do poder familiar, desfeita, então

> a família natural, permanecer no seio de sua família biológica ou consangüínea, aos cuidados dos avós, de tios ou de outros parentes, pois a previsão legal refere-se apenas ao direito da criança ou adolescente ser criado e educado no seio da família natural e, excepcionalmente, em família substituta. É comum vermos casos em que os avós querem assumir os cuidados sobre os netos naquelas condições referidas e, não obstante apresentarem condições morais para tal, por terem poucos recursos econômicos, as crianças ou adolescentes são colocadas em família substitua estranha.
>
> A prioridade em casos como estes deve ser dos avós. Com efeito, os vínculos biológicos familiares devem, sempre que possível, ser preservados. Se, como reza a segunda parte, do art. 19, do ECA, for assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes e, acrescentamos, com sólidos princípios morais, não há qualquer razão para distanciar a criança ou adolescente de sua família consangüínea. Assim, mesmo tratando-se de família substituta, se possível, a prioridade deve ser a convivência entre os parentes consangüíneos, como previsto no § 2º, do art. 28, do ECA, que estabelece a necessidade de, quando da colocação em família substituta, levarem-se em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as conseqüências decorrentes da medida. (Adoção, tutela e guarda: Conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Novo Código Civil, 3ª ed., São Paulo, 2005, p. 12 e 13).

E Guilherme Gonçalves Strenger: "em cada situação cumpre ao juiz apreciar o interesse do menor e tomar medidas que o preservem, devendo a apreciação do caso ser procedida segundo dados de fato que estejam sob a análise" (Guarda de filhos. São Paulo: LTr, 1998. p. 90).

Sabe-se que em hipóteses como esta, em que a criança fica sob os cuidados de um casal durante longo período - *in casu*, dois anos -, os pareceres psicológicos conduzem à conclusão de que, tendo em conta o forte vínculo afetivo formado, o infante deve permanecer no seio da família substituta.

Este Tribunal, inclusive, já proferiu decisões neste sentido, em casos nos quais o casais postulantes não estavam inscritos no cadastro de pretendentes à adoção, mas que, todavia, cuidaram da criança desde o seu nascimento por longo espaço de tempo. Cita-se os seguintes julgados: Agravo de Instrumento n. 2005.004104-9, de Blumenau, relator Des. Marcus Tulio Sarorato, julgado em 12/08/05 e Apelação Cível n. 2005.019145-4, de Chapecó, de relatoria deste Magistrado, julgado em 02/09/05.

Todavia, a questão em análise é atípica, difere da situação aludida, pois a criança contava com sete anos de idade quando foi encaminhada ao lar substituto e possui vínculo com a irmã paterna desde o seu nascimento, tendo o afastamento entre eles se dado apenas em face do falecimento do pai e da mudança da mãe com o menino de Guaratuba/PR para Piçarras/SC. Demais disso, verifica-se que o menino ficou com o casal, sem contato qualquer com a irmã, de dezembro de 2007 a março de 2008 (três meses), quando então a apelante obteve êxito no pedido de liminar para visitação. Logo, de março de 2008 até a prolação da sentença (1º de dezembro de 2008), ou seja, durante nove meses a apelante manteve contato quinzenalmente com irmão, contato este modificado pela sentença para duas ocasiões por ano e, repita-se, busca incansavelmente – isto é patente nos autos – obter a sua guarda.

De outro lado, muito embora o casal adotante assegure veementemente o amor que nutre pelo menino, este Magistrado não logrou vislumbrar a profundidade da relação estabelecida entre eles. Tal vínculo é imprescindível para que se possa avaliar a capacidade ou não do ambiente familiar proporcionar o desenvolvimento psico-social saudável da criança.

Ora, consoante prescrevem os arts. 39, § 1º e 43 do ECA, "a adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família

natural ou extensa" e, será "deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos".

Como já mencionado, o interesse do menor deve sempre prevalecer, a fim de se evitar sua exposição a situações de insegurança e instabilidade, como a que atualmente se encontra, tendo que se dividir entre a família substituta e a biológica. O fato de ainda não saber ler informado à apelante em conversa gravada no dvd juntado à fl. 267 demonstra a incidência de toda a situação que o menino está vivendo no seu desenvolvimento escolar. Sem contar a tentativa de ambas as partes de, no intuito de instruir melhor o processo judicial, persuadir o menino a apontar com qual delas prefere ficar.

Tanto a irmã do menino quanto o casal pretendente à adoção foram inconseqüentes ao realizar, cada um deles, a gravação de um dvd no qual interrogam o menor sobre a sua preferência, se gostaria de permanecer com os apelados ou com a recorrente (fls. 267 e 294).

Ainda assim, através das gravações constata-se uma alteração gritante no comportamento do menino quando está com a irmã e na ocasião em que foi filmado na residência dos apelados.

Na residência dos recorridos, a criança foi filmada durante 25 (vinte e cinco) minutos e apenas limitou-se a repetir o que o casal dizia por trás da câmara de vídeo, demonstrando todos os brinquedos que possui: dvd, video game, teclado, violão, bichinhos de pelúcia, computador, bicicleta e patinete. Quando interrogado acerca do motivo que o faz preferir ficar em Piçarras, disse que "em Piçarras é mais legal porque anda de bicicleta" e que em Curitiba "não tem nada para fazer". Durante todos os momentos em que foi indagado, o menino olhava para a frente e agia de forma duvidosa. Em várias situações surgem dúvidas deste julgador, pois se percebe sinais de suposta pressão à qual o menino estava sendo submetido para que desse as informações que o casal pedia.

O que chama mais atenção é que o casal preocupou-se de todas as maneiras em demonstrar os bens materiais do "filho" e a sua frequencia nas aulas da banda de música, abstendo-se de, durante os vinte e cinco minutos de gravação, dar-lhe carinho. Não se vê um beijo, sequer um abraço dos recorridos no filho que pretendem adotar. Apenas o "pai" passa a mão na sua cabeça no final da gravação. A "mãe", por sua vez, não demonstra qualquer gesto de afeição. Tal observação também se pode extrair das fotografias juntadas às fls. 295/299, 511/513. Resta clara a dificuldade dos apelados no que tange à demonstração de afeto. Inexiste certeza da profundidade do vínculo com a criança.

Há, de igual modo, evidente dificuldade do casal para lidar com a situação enfrentada a partir do momento em que a irmã biológica apareceu. Não se vê razão para que pessoas inscritas no cadastro de adoção imponham barreiras à possibilidade de uma criança retornar ao seio da família consangüínea. Sobressai, assim, a ausência de preparo psicológico e maturidade dos recorridos. Tal amadurecimento deve ser exigido daqueles que pretendem criar uma criança como se filho fosse.

Já no vídeo e nas fotos em que a criança está com a irmã (fls. 267 e 73/78), é gritante a diferença nas atitudes e expressão facial daquela. Ainda que a irmã tenha lhe dado um sorvete para conversar, percebe-se que o menino é espontâneo ao falar. A conversa flui naturalmente e dura apenas cinco minutos. Não houve, ademais, preocupação alguma da irmã, embora tivesse condições plenas para isto, de presentear a criança ou fazer com que a sua permanência em Curitiba seja repleta de atividades e brincadeiras atrativas. Pelo contrário, o que se pode observar na gravação é a emoção da apelante ao conversar com o irmão.

Frise-se, conquanto o juízo de Primeiro Grau tenha cercado de cuidados a criança, com o devido abrigamento e posterior encaminhamento ao lar substituto, tal medida não podia prevalecer em detrimento da vontade

evidenciada pela irmã natural de obter sua guarda. Irmã esta que, além de demonstrar uma grandiosidade extrema através do desejo de criar o irmão, possui condições financeiras e psicológicas para tanto.

Não é comum a atitude de uma mulher, que já possui família formada, com três filhas, convencer seu esposo e lançar mão de medida judicial na busca da guarda do irmão paterno. A apelante, ao intentar a demanda de guarda, tinha ciência da responsabilidade e obstáculos que iria enfrentar, mormente se conseguisse êxito, pois criar um menino a partir dos nove anos de idade é tarefa árdua, cabível somente àqueles que realmente se envolvem emocionalmente, que têm apreço pela criança. Tal fato, por si só, já demonstra a lidimidade da apelante, suficiente à concessão da guarda do menor em seu favor.

A conclusão do estudo social realizado com a recorrente e sua família não destoa:

Através de nosso estudo pudemos concluir que K. e R. se encontram disponíveis emocionalmente para assimilar A. como parte de sua família, tendo condições de promover a ele um ambiente seguro e adequado para o seu bom desenvolvimento (fl. 158).

O esposo da apelante, na oportunidade em que lhe coube falar nos autos, disse que "apoia integralmente a decisão de sua esposa em pleitear a guarda" do irmão. Que "conhece A. desde que nasceu, presenciou o amor do pai N. por A." e "toda sua família tem amor por A., querem e acreditam que a criança deve ficar na família" (fl. 249).

Sendo assim, estando ausente prova cabal da profundidade do vínculo dos recorridos com a criança e, de outra banda, plenamente assegurada a convivência familiar do menor no seio da família consangüínea, em ambiente adequado e com sólidos princípios morais, não há qualquer razão para que se recorra à adoção.

A propósito, vale transcrever parte do parecer da Procuradoria-Geral de Justiça:

> A adoção do infante pelo casal autor se mostra francamente prejudicial aos interesses da criança, pois a afastará de sua família natural que, conforme demonstra o conjunto probatório, mesmo que há algum tempo dela afastada, dedica-lhe amor, carinho e respeito, manifestando interesse e condições de mantê-la em seu convívio e guarda [...]
>
> O infante tem direito de conviver com seus irmãos e de permanecer no seio de sua família natural, não havendo justificativa plausível para impedir que a criança conviva e mantenha vínculo com seus familiares de origem, sendo de bom alvitre que se envide esforços para que a relação do infante com a família natural não se rompa, pois, remarque-se, não há qualquer indicativo de que André na guarda da apelante possa não ter seus direitos e garantias mais eficientemente preservados, pelo contrário, a preservação dos laços parentais se mostra recomendável e até indispensável.
>
> Importa salientar que, apesar da apelante não se mostrar presente diariamente na vida do irmão, enquanto ele se encontrava sob os cuidados da genitora, seja por morarem em Estados diversos ou por qualquer outro motivo, é certo que mantinham laços afetivos, eventualmente seccionados. A concessão da guarda de André à sua irmã (paterna) só vai solidificar e manter viva a relação afetiva já existente desde seu nascimento, além de proteger a relação afetiva com seu outro irmão, Washington, que atualmente reside com a apelante (fls. 251/252), sobrinhas e demais parentes, não podendo isto se romper. Deve-se oportunizar a (re) aproximação entre irmãos, pelos percalços da vida separados, ao invés de construir novos sentimentos em uma família substituta. (fls. 534/535).

Ante o exposto, vota-se pelo conhecimento e provimento do apelo, a fim de julgar procedente a ação de guarda e improcedente a adoção, mantendo-se a parte da sentença referente à destituição do poder familiar.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, a Câmara, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento para julgar improcedente a ação de adoção e procedente a ação de guarda, mantendo-se apenas a destituição do poder familiar e o item VII da sentença, que fixou URH`s ao assistente dos apelados. Vencido o Des. Mazoni Ferreira, que votou pelo desprovimento do apelo.

Tendo em vista a urgência que o caso requer, comunique-se com urgência e via fax o Juízo *a quo* sobre a presente decisão, determinando-se a lavratura do termo de guarda e entrega da criança à apelante, com as devidas cautelas.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Luiz Carlos Freyesleben, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Aurino Alves de Souza.

Florianópolis, 4 de fevereiro de 2010

Sérgio Izidoro Heil
RELATOR

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira.

Karin Cristine de Paula Costa interpôs recurso de apelação da sentença proferida pelo Juiz da 1ª Vara da comarca de Balneário Piçarras que julgou procedente o pedido de adoção do menor André Luiz Silva de

Paula, feito por Edson Ribeiro e Rosicléia Padilha Ribeiro e improcedente o pedido de guarda deduzido pela ora apelante.

Esta Câmara, por maioria de votos, deu provimento ao recurso para reformar a sentença, julgando procedente o pedido de guarda e improcedente o de adoção.

O entendimento da maioria foi no sentido de que a solução mais benéfica ao menor seria a prevalência do parentesco consangüíneo, em detrimento dos laços estabelecidos com a família substituta.

Nos termos do voto do Relator, a criança conviveu com a irmã por parte de pai desde o nascimento, afastando-se dela apenas por ocasião do falecimento do pai, quando o menor mudou-se com a mãe de Guaratuba/PR para Piçarras/SC. Por outro lado, não haveria solidez na relação estabelecida entre o menor e os adotantes.

Analisando detidamente a prova dos autos, entendo que a realidade acerca dos relacionamentos entre a criança, a meia-irmã e os adotantes, é diversa daquela retratada no voto vencedor.

A meu ver, ao contrário do entendimento da maioria, a relação estabelecida entre o infante e os adotantes é profunda, saudável e benéfica ao seu pleno desenvolvimento, e não existe identidade familiar entre o menor e a sua irmã por parte de pai, ora apelante, a qual apenas demonstrou interesse pela guarda do irmão após ter ciência do processo de adoção.

Não vejo motivos, portanto, para que uma relação de mera consanguineidade com a irmã por parte de pai, desprovida de envolvimento emocional sólido, prevaleça em detrimento da relação familiar profunda que existe entre o menor e os adotantes, ora apelados, senão vejamos:

Após o início dos procedimentos de destituição do pátrio poder e de adoção do menor pelos apelados, a mãe biológica da criança declarou,

em duas ocasiões distintas, que concordava com a adoção do seu filho por família substituta*, verbis*:

> [...] Declaro também que o genitor da criança é falecido e que concordo com a colocação do meu filho sob a adoção, todavia, gostaria de resguardar os direitos da aludida criança no tocante a um seguro, à pensão do INSS e também em relação à propriedade de uma casa residencial (fl. 16).
>
> DECLARO, para os devidos fins e a quem possa interessar que é do meu desejo, consentimento e livre e espontânea vontade, que meu filho ANDRÉ LUÍS SILVA DE PAULA, nascido 16/03/2000, seja adotado e criado pela família substituta interessada, com a qual meu filho já se encontra (fl. 24).

Importante ressaltar que em momento algum a mãe do menor referiu-se à existência de parentes próximos que pudessem ficar com a guarda do seu filho, o que demonstra a inexistência de relacionamento familiar entre a irmã por parte de pai e o menor.

Ao contrário, o que se depreende do depoimento de Maria Aparecida dos Santos Romão, coordenadora do Centro de Recuperação Resgate Dominante, é que a mãe biológica do menor não queria que a guarda fosse concedida aos familiares paternos, pois estes a desprezaram e não lhe deram apoio quando precisou, e por isso tinha dúvidas quanto ao modo como poderiam tratar André, *verbis*:

> [...] que acompanhou as duas visitas que a Dra. Joana fez para Silvana e afirma que Silvana 'estava muito bem' nas duas ocasiões; que Silvana tinha compreensão do que a Juíza estava falando; que a Dra. Joana era uma 'amiga do centro de recuperação', e as vezes aparecia no local, tanto que a depoente não estranhou a visita da mesma, apenas depois ficou sabendo que era uma visita específica para falar com Silvana; que a Dra. Joana explicou que André poderia ter uma chance com uma nova família e Silvana concordou; que em nenhum momento Silvana foi pressionada pela Dra. Joana para abrir mão do poder familiar sobre André; que Silvana estava lúcida e orientada quando assinou a declaração neste sentido; que foi formalizado o documento inclusive com a presença da psicóloga; que

> Silvana expressou inicialmente que **preferia que a criança ficasse com Sueli ou no abrigo, mas não com os familiares paternos, pois estes a desprezaram e não lhe deram apoio quando precisou e por isso tinha dúvidas quanto ao modo como poderiam tratar André, dizia que o interesse da família paterna seria relacionado com bens da criança, não com a criança em si**; que para este fim a Dra. Joana esteve duas vezes no centro de recuperação e nas duas vezes a postura da Dra. Joana foi sempre a mesma, deixou Silvana completamente a vontade para decidir, e inclusive explicou as conseqüências de uma possível adoção de André e levou a criança para uma espécie de 'despedida', onde a visita foi acompanhada pelo Comissário de Menores Edson; que quando assinou a declaração Silvana estava bem melhor, inclusive trabalhando na facção existente no centro de recuperação (...) (fls. 242-243) (grifei).

Nesse contexto, a preferência legal do parentesco consangüíneo deve ser mitigada em favor dos adotantes, mormente considerando as excelentes condições do relacionamento estabelecido entre estes e a criança, conforme fartamente demonstrado nos autos.

A esse respeito, destaco os bem lançados fundamentos do parecer Ministerial de fls. 342 a 345:

> Fixados tais pontos, os quais devem nortear o deslinde da questão, passo a análise do que penso ser o melhor para o menor.
>
> No que concerne a situação financeira, verifica-se que Karin e seu marido possuem melhores condições financeiras, porém, tal fato não se torna um diferencial, pois os adotantes não vivem em situação financeira delicada ou que possa comprometer o desenvolvimento do menor.
>
> Ambas as partes possuem família constituída, não se podendo perceber qualquer fato que pudesse inviabilizar a pretensão de qualquer delas.
>
> Diante da inexistência de fatores que possam pesar para qualquer dos lados, necessário, visando o bem estar do menor, observar sua vontade, em que pese já ter verbalizado para cada uma das partes o desejo do menor em ficar com os adotantes, conforme extrai-se:

"Quanto aos principais conteúdos trabalhados, ou seja, aspectos relacionados às visitas da irmã e os dias de visita a residência desta, estabelecida em outra cidade, pôde-se perceber que André não sente-se confortável diante da situação, chegando a mencionar verbalmente a tristeza em afastar-se deles, mencionando momentos em que teve vontade de chorar por estar longe. Ressalta-se que o fato de não passar o dia dos Pais com Edson lhe gerou uma frustração, pois verbalizou como principal acontecimento triste durante a sessão. (...) Foram investigadas questões ligadas ao conforto em casa, rotina diária, pessoas do seu convívio. Percebeu-se que André está habituado a casa, a escola, aos colegas, as atividades (principalmente a banda, lembrada na maioria das sessões), e a família substituta. Importante lembrar que o desenvolvimento físico emocional e social de uma criança, dependendo do contexto familiar em que está inserida. Os demais relacionamentos estarão marcados por esta primeira interação. (Laudo Psicológico de fls. 218/222)."

Por se tratar de uma criança de tenra idade, penso que os DVD's juntados pelas partes não ganham muita relevância, pois aquela pode omitir o que sente, visando não desagradar os que lhe cercam e questionam.

Em razão de tal fato, ganha muita relevância a oitiva judicial do menor, realizada à fl. 237, visto que em tal ato não há quem agradar ou desagradar, viabilizando que o menor expresse o seu real desejo:

"... Que tem oito anos, está na escola, tem aulas de violão e na banda, quando não está na escola fica brincando, andando de bicicleta, usa computador; que a maior parte do tempo fica com Edson, pois o mesmo trabalha com transporte escolar, mas também fica acompanhado do restante da família, duas avós, duas tias, um outro tio... Que em Curitiba, joga video game e anda de bicicleta, 'são as duas únicas coisas que tem para fazer', fica também brincando em casa, que em Curitiba fica com Karin, suas filhas, Washington; ***que não gosta de ir para Curitiba, gostaria que as mesmas ficassem limitadas apenas a um período dos dias de domingo; que não tem medo de Edson e Rosicléia; que Edson e Rosicléia não pediram para o depoente falar nada nesta audiência, 'foi Renato e Karin que pediram'; que pediram para o depoente falar que queria morar com eles e que iriam lhe dar várias coisas: bateria, uma moto-bicicleta...***

Que gosta mais de ficar em Itaiópolis; que quer morar com Rosicléia e Edson."

Criar a criança na família natural não significa que seja o melhor para ela. Devido ao natural entrosamento com a família substituta, conforme se verifica, pode ser uma violência para com ela o retorno ao seio da família natural.

Um ponto que penso importante é que os parentes, após a morte do genitor de André, mesmo sabendo dos hábitos questionáveis de Silvana, deixaram-na "cair no mundo" com André, não se opondo, por exemplo, para tomar-lhe a guarda. (grifei)

Extrai-se do depoimento do marido de Karin, Renato Gonçalves da Costa (fl.S 249/250):

"...Que Karin tinha forte relacionamento com o pai e um relacionamento mais superficial com Silvana; que o relacionamento continuou da mesma forma depois do nascimento de André; (...); ***que no máximo um mês depois do falecimento de Nahor Silvana foi embora de Paranaguá levando André, Silvana teve um envolvimento com drogas e sua casa foi queimada; que acredita que Silvana já usava drogas durante o casamento com Nahor;"***

O genitor do menor faleceu em 2005 e segundo informações, cerca de 1 a 3 meses depois, Silvana, Washington e André foram para Guaratuba/PR e depois de um mês, mudaram-se para Balneário Piçarras/SC.

Assim, por longo período de tempo, não mantiveram contato com qualquer parente, mesmo passando muita necessidade, bem como não há notícia que os parentes lhes procuraram.

Questionável, também, a ausência de interesse, por parte dos parentes, em saber como estava o André, se estava bem cuidado e etc.

Contudo, somente após saberem que o menor estava sendo adotado por outra família, é que se preocuparam em tomar as rédeas da situação e buscaram lutar pelo bem estar do seu familiar.

Aliás, foi um trabalho de Hércules encontrar algum membro da família, pois o menor não tinha a menor idéia da existência de parentes, não só pela pouca idade, mas também pela completa ausência de visita e contato entre eles. (grifei)

Há relatos de como viviam Silvana e André:

"... Que Silvana foi sua inquilina de janeiro a oito de maio de 2007, na casa ao lado da depoente; que residiam na casa Silvana, Washington, André e o companheiro de Silvana; que quando foi embora Silvana deixou André para a depoente pedindo que cuidasse do mesmo porque não tinham onde morar e foram os três embora, sem deixar nenhuma referência de contat; (...) que Silvana não trabalhava e desde fevereiro a família estava numa miséria horrível; que possivelmente Silvana usava drogas, pois nas brigas que tinha com seu companheiro a depoente ouviu a mesma gritar pedindo cachimbo; (...); que enquanto estava aos cuidados de Silvana, André era mal cuidado, a mesma não lavava suas roupas, queimando-as quando estavam sujas. (depoimento de Sueli dos Santos, fls. 245/246)."

Por todos estes fatos, penso que deve preponderar a vontade do infante, que deseja ficar com Edson e Rosicléia, sendo que estes já o tem como filho.

Não há qualquer fato que indique que o deferimento do pedido de adoção possa ser prejudicial aos interesses do infante, pelo contrário, pela primeira vez terá uma família estruturada, apta a lhe porporcionar um desenvolvimento amplo e sadio.

[...]

Destarte, tudo indica que o deferimento do pedido de adoção preserva suficientemente os interesses do menor, apresenta reais vantagens e se funda em motivos legítimos (Princípio do Melhor interesse da Criança, referido na cláusula 3.1 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificado pelo Brasil por intermédio do Decreto 99.710/90).

Diante de todo o exposto, cumpridas as formalidades legais, o Ministério Público manifesta-se pelo deferimento do pedido de adoção, formulado por Edson Ribeiro e Rosicléia Padilha Ribeiro, em relação ao infante André Luiz Silva de Paula, expedindo-se o respectivo mandado judicial, na forma do art. 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente (fls. 342-347 – grifos originais).

Corroborando esse entendimento, são os bem lançados fundamentos da sentença (fls. 348-370, às quais remeto o leitor), de onde destaco:

"Tal abandono é corroborado pelos depoimentos de Maria Aparecida dos Santos Romão (fl. 242/243), coordenadora do centro de recuperação Resgate Dominante, no qual abrigou-se a genitora da criança para tratamento de AIDS e dependência química, e de Sueli dos Santos (fl. 245/246), pessoa que acolheu André por alguns meses até que foi encaminhado ao abrigo da cidade e, posteriormente, colocado em família substituta.

De outra banda, extrai-se do Estudo Social (fl. 58/61 dos autos 048.07.003629-0) que Édson e Rosicléia possuem plenas condições de adotar o menor em questão, apresentando os requisitos necessários para tanto.

Pelo que se analisa do relatório mencionado, tem-se que a criança encontra-se plenamente assistida em suas necessidades morais e materiais, estando perfeitamente integrada ao lar dos requerentes.

É certo que a família de Karin, irmã do adotando e que pretende a guarda do mesmo, possui condições financeiras melhores que as dos adotantes, todavia a precariedade financeira não pressupõe desleixo com o bem estar do menor, pois em outros lares simples, em que pese as agruras da vida, pode-se observar o desvelo dos pais pelos filhos e a integridade e estabilidade que une a família, com as dificuldades sendo enfrentadas com retidão e bons exemplos dos pais.

Ademais, dinheiro não substitui as figuras de pai e mãe, nem de longe, e salvo equívoco, muito mais importante para o desenvolvimento de André é ter pai e mãe, do que irmã.

Se não bastassem tais assertivas, André afirmou em Juízo (fl. 237 dos autos 048.08.000107-3) e nas sessões psicológicas realizadas (fl. 219/222 dos autos 048.08.000107-3) que prefere permanecer junto aos "pais adotantes", estando habituado à casa dos mesmos, à escola, aos colegas, às atividades e à própria família dos adotantes.

Percebe-se ainda, das provas produzidas nos autos, que contrariamente ao que alega a Sra. Karin, não existia um envolvimento da irmã com o menor. Talvez o distanciamento tenha se dado por conta do genitor de Karin ter se envolvido com Silvana, pessoa dependente de crack, ou até por ciúmes, decorrência natural do novo casamento contraído pelo pai. Conjecturas à parte, o fato é que não havia envolvimento entre André e Karin, tanto que no tempo em que permaneceu na residência de Sueli e no

abrigo desta cidade, o infante não conseguia apresentar informações sobre a família biológica, tais como telefone e nomes, apenas informando que tinha morado na cidade de Paranaguá, informação esta que originou diversas diligências tomadas pela Dra. Joana, titular da 1ª Vara da Comarca, e pelo serviço social judiciário, no sentido de localizar a família consangüínea de André. (grifei)

Importante destacar neste ponto que não foram provadas as alegações perpetradas pela Sra. Karin acerca do alegado "corpo mole" dos Juízes e servidores que, de alguma forma, atuaram nos processos em epígrafe.

E não poderia ser diferente, pois estivessem de má vontade a Dra. Joana Ribeiro Zimmer não teria determinado que o comissário da infância e da juventude ligasse para a Clínica de Fisioterapia Caetano em Paranaguá, e o próprio comissário não teria mantido contato telefônico com uma tia do menor, por parte do pai, através do qual relatou que a criança estava em processo de adoção (fl. 19 e 240 dos autos 048.08.000107-3), afinal, o juízo já tinha obtido a anuência da mãe para promover a adoção.

Aliás, a referida anuência não era obrigatória, tampouco que a mãe fosse encontrada, pois o abandono de André era flagrante, tanto por parte da genitora, quanto por parte da irmã, já que a Sra. Karin não procurava o adotando desde o falecimento do pai, em 2005, portanto, **havia mais de dois anos a família biológica estava completamente ausente**. (grifei)

[...]

O Dr. Mônani Menine Pereira, de seu turno, bem como a Dra. Anuska Felski da Silva tentaram conciliar as partes no sentido de que **a criança poderia ter tudo, pais adotivos, irmã biológica, primos de uma família e de outra, numa diversidade altamente enriquecedora, sem se cogitar dos benefícios psicológicos que tal situação traria ao menor, todavia a animosidade desenvolvida entre as partes tornou impossível a convivência entre requerentes e requeridos, restando prejudicada qualquer tentativa conciliatória** (grifei).

Com relação aos DVDs produzidos pelas partes (fl. 267/294 dos autos 048.08.000107-3), conclui-se que os mesmos não possuem

valor probatório. Primeiro porque a criança, encontrando-se no meio da disputa judicial, jamais dirá a uma ou à outra parte que não quer ficar com elas, ou que prefere os "pais" à irmã, e vice-versa, simplesmente porque não quer magoar os envolvidos e ser rejeitado novamente é uma idéia assustadora.

Em segundo lugar porque a prova produzida nos autos em exame foi colhida pelo juízo de forma cuidadosa, com o objetivo de que o menor falasse sem pressões e aquilo que viesse de coração.

A criança foi esperada por este Juízo, pessoalmente, para a audiência de instrução e julgamento do lado de fora do Fórum, onde por algum tempo houve um contato informal objetivando deixar a criança mais confiante e à vontade, para só depois ser encaminhada à sala de audiência sem a presença perceptível dos advogados, sendo-lhe formuladas as perguntas previamente apresentadas pelas partes, de sorte que nada há que diminua o valor das provas produzidas pelo Juízo.

Entender de forma contrária, com a devida venia às partes, seria o mesmo que desprestigiar o ofício jurisdicional.

Neste contexto, impõe-se registrar que em hipótese como a dos autos, a proteção ao interesse do menor sobrepõe qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, sendo verdadeiramente importante considerar a situação da criança que, por incúria da mãe biológica e **até certo ponto, por desídia dos familiares biológicos**, foi conviver com adotantes há quase um ano, e que atualmente os têm como seus verdadeiros pais, ou seus pais do coração, que, consabidamente, importa muito mais do que a relação sangüínea, a teor do que dispõe o art. 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis:* (grifei)

[...]

Destarte, não se pode negar que os adotantes são pessoas que, por suas condições subjetivas e familiares, atendem aos preceitos contidos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, e com o objetivo de preservar a integridade física, moral e afetiva do infante, melhor razão não há senão prover o pedido de adoção em favor de Édson e Rosicléia, preservando-se, assim, o interesse maior a ser tutelado, qual seja, o bem-estar da criança.

> Em tempo, há que se alterar a forma como as visitas à irmã Karin, na cidade de Curitiba/PR, têm ocorrido. Isso porque as mesmas vêm prejudicando André, conforme corrobora o laudo de fl. 120, senão veja-se:
>
> "Quanto aos principais conteúdos trabalhados, ou seja, aspectos relacionados às visitas da irmã e os dias de visita a residência desta, estabelecida em outra cidade, pôde-se perceber que André não sente-se confortável diante da situação, chegando a mencionar verbalmente a tristeza que lhe causa a situação de conflito entre as duas partes. Através de seus relatos e resultados de atividades e técnicas 'em consultório', constatou-se a preferência em permanecer junto aos pais adotantes. Citou sentimentos como saudade e tristeza em afastar-se deles, mencionando momentos em que teve vontade de chorar por estar longe."
>
> Prossegue a psicóloga:
>
> "Um episódio que deteve maior atenção na investigação psicológica foi o fato de sua saúde física sofrer uma recaída quando em dias em contato com a irmã. Do ponto de vista psicológico, pode ter se desencadeado um estado psíquico chamado ansiedade."
>
> Ademais, a criança precisa de um período de estabilidade emocional para realizar os laços com a família adotante, sem interferências, para que seu desenvolvimento seja o melhor, não se podendo olvidar que no cotidiano de todos, há familiares que se visitam uma vez por ano e, nem por isso, desaparece o afeto.
>
> Destarte, seguindo a mesma linha de raciocínio acima, qual seja, a de que o interesse maior a ser tutelado é o bem-estar da criança, entende-se que a limitação das visitas a uma semana nas férias de verão e um final de semana até o mês de julho e outro até dezembro é medida cabível ao caso (fls. 361-367)".

Além das razões acima expostas, cumpre consignar que a apelante não logrou êxito em derruir os fundamentos da sentença, limitando-se a alegar, em suas razões recursais, que instaurou-se uma batalha judicial entre o Juízo e a apelante, decorrente de irregularidades processuais que, segundo o representante processual da parte, teriam sido cometidas pelo Juízo de

Balneário Piçarras e pelo Conselho Tutelar, o que estaria sendo combatido *"de forma veemente junto à Corregedoria Geral de Justiça"* (fl. 390).

Em verdade, a inadequada atuação do advogado da apelante provocou a declaração de suspeição de dois dos diversos Juízes que operaram no processo, Dra. Joana Ribeiro Zimmer e Dr. Mônani Menine Pereira.

Não satisfeito, o causídico apresentou infundada reclamação perante a Corregedoria Geral de Justiça, a qual determinou o seu arquivamento, por não ter sido verificada nenhuma irregularidade do Magistrado ou do Conselho Tutelar, visto que a condução do feito ocorreu dentro da normalidade, sopesada a complexidade da causa associada ao número expressivo de processos em tramitação.

Inconformado com a decisão, o advogado recorreu ao Conselho da Magistratura, que ratificou o arquivamento da reclamação. A respeito dessa decisão do Conselho da Magistratura, merece especial destaque o fato de que o voto condutor da decisão foi proferido pelo Des. Fernando Carioni, o qual, mesmo sendo representante da nobre classe dos advogados nesta Corte de Justiça pelo Quinto Constitucional, não cedeu à desarrazoada pressão processual que o causídico vem realizando nos presentes autos.

Ressalto, por fim, que causa estranheza o repentino interesse da apelante pela guarda do meio-irmão, afigurando-me plausível a alegação da mãe biológica do menor, Sra. Silvana, no sentido de que o interesse da família paterna estaria relacionado com bens da criança, e não com a criança em si (fl. 242).

Com efeito, além da pensão do INSS, há notícia nos autos de que o falecido pai biológico do menor deixou um seguro de vida no valor aproximado de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), tendo sido levantada a metade devida à mãe do menor, restando pendente a metade correspondente à criança, no valor aproximado de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) (fls. 19, 39, 40, 52 e 275).

Além do referido seguro de vida, mencionam-se nos autos direitos sucessórios do menor sobre uma casa residencial, a qual teria sido adquirida em vida pelo seu falecido pai biológico (fls. 39 e 40).

Tal alegação me parece importante, mormente considerando que o saldo do FGTS deixado pelo falecido foi de apenas R$ 635,66 (seiscentos e trinta e cinco reais e sessenta e seis centavos) (ofício da Caixa Econômica Federal, fl. 72), o que demonstra que houve saque do FGTS para possível aquisição de imóvel residencial.

Caso contrário, ou seja, não tivesse havido nenhum saque do FGTS, o saldo do referido fundo seria maior que o saldo do PIS, o que não se verifica nos autos, em que o valor do PIS é de R$ 1.339,17 (mil trezentos e trinta e nove reais e dezessete centavos), mais do que o dobro do saldo do FGTS.

Ante o exposto, votei no sentido de desprover o apelo para confirmar a sentença recorrida por seus próprios fundamentos, até porque o Juiz de Primeiro Grau e o Promotor de Justiça, por estarem mais próximos das partes e dos fatos da causa, têm melhores condições de decidir, e demonstraram, no caso dos autos, razoável e bem fundamentado grau de convencimento.

Florianópolis, 19 de fevereiro de 2010.

Mazoni Ferreira.

Apelação Cível n. 2010.001541-1, de Urubici

Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. PRELIMINARES DE ANÁLISE DO AGRAVO RETIDO, JULGAMENTO *ULTRA* E *EXTRA PETITA*, E ANULAÇÃO DE DOCUMENTO. APLICAÇÃO DOS DITAMES DO ARTIGO 249, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CRIANÇA ENTREGUE PELA MÃE À CASAL NÃO INSCRITO DO CADASTRO DE ADOÇÃO. IRREGULARIDADE. BUSCA E APREENSÃO DA CRIANÇA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. INSURGÊNCIA. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA A MANIFESTA AUSÊNCIA DE INTENÇÃO DA MÃE DE CUIDAR DA FILHA. ABANDONO AFETIVO. INTENÇÃO POSTERIOR DA GENITORA DE FICAR COM A INFANTE SOMENTE NO CASO DE NÃO SER DEFERIDA A GUARDA AO CASAL POR ELA ESCOLHIDO. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA MENOR NA FAMÍLIA NATURAL OU EXTENSA. CABIMENTO DA DESTITUIÇÃO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. INTELIGÊNCIA DO ART. 24 DA LEI N. 8.069/90 CUMULADO COM O ART. 1.638, II E III, DO CÓDIGO CIVIL. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.001541-1, da comarca de Urubici (Vara Única), em que é apelante Representante do Ministério Público, e apelada Lucimara de Oliveira:

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

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta pelo representante do Ministério Público contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara única da Comarca de Urubici que, nos autos da ação de destituição de poder familiar ajuizada em face de l. de O., julgou improcedente o pedido, julgando improcedente também a cautelar em apenso, cassando a liminar que havia determinado a busca e apreensão da menor, determinando que a criança fosse entregue à mãe ou ao casal J. e M., se a mãe ainda quiser, ao tempo do cumprimento da decisão.

O apelante argúi preliminarmente pela apreciação do agravo oral retido interposto na audiência; a ocorrência de julgamento *ultra* e *extra petita;* e, a nulidade do documento de fl. 84. No mérito, aduz em síntese que: inegável que a menor foi negligenciada pela mãe, que nunca quis essa criança, tanto que pensou em abortar, sendo que posteriormente decidiu entregá-la a um casal que pouco conhece; referido casal burlou o cadastro de adoção; inaceitável que a mãe diga que se a filha não ficar com o casal escolhido, que ela então ficará com a criança, afinal, ou ela possui condições ou não; impossível que a menor fique na família natural ou extensa, pois a mãe já teve outros cinco filhos, dos quais dois estão com a avó materna, um com uma tia e a menor em discussão, que está abrigada; a procedência do pedido de destituição é medida indiscutível.

A ré apresentou contra-razões (fls. 182/191).

O Procurador-Geral de Justiça, Dr. Mário Gemin, ratificou o disposto no recurso de apelação (fl. 198).

VOTO

Preliminar de agravo retido

A representante do Ministério Público pugna pela análise do pedido indeferido pelo Juiz quando da audiência realizada em 09.12.2009 (fl. 100), a respeito da citação de todos os litisconsortes passivos necessários de todas as pessoas cadastradas naquele Juízo com a intenção de adotar crianças com o perfil de Heloísa, já que o casal Jairo e Mariana foi admitido nos autos como terceiros interessados.

No entanto, a questão se confunde com o mérito, já que a discussão dos autos também passará pela análise da atitude do casal, que tentou ficar com a criança mesmo sem estar inscrito no cadastro de pretendentes à adoção.

Assim, caso a sentença de improcedência seja modificada, vislumbra-se-á desnecessária a citação dos interessados, já que a criança será imediatamente colocada em família substituta conforme as regras estabelecidas pelo ordenamento legal.

Preliminar de julgamento *ultra* e *extra petita*

A insurgência aqui reside no fato de que a sentença excedeu/ultrapassou o pedido ao possibilitar a entrega da criança ao casal Jairo e Mariana, uma vez que o pleito do *Parquet* nestes autos foi a decretação da perda do poder familiar da ré em relação à sua filha, possibilitando-se a sua colocação em família substituta prevista pela legislação.

Inobstante, tanto a ré quanto o casal interveniente requereu somente a improcedência da ação, ou seja, a não decretação da perda do poder familiar da ré.

Além disso, a Promotora de Justiça acrescenta que não houve reconhecimento da conexão entre estes autos com a ação de adoção ajuizada pelo casal (077.09.001200-0), ou seja, a decisão do Magistrado é objeto diverso desta lide de destituição do poder familiar.

E de uma simples leitura da sentença, percebe-se que de fato o Magistrado singular exorbitou os limites apontados na inicial, o que caracteriza o julgamento *ultra petita*.

Sobre a matéria, o art. 460 do CPC, preconiza que: "É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que Ihe foi demandado". Acerca do assunto, Teresa Arruda Alvim Wambier ensina:

> Será *ultra petita* a sentença que for capaz de exarar efeitos jurídicos mais amplos do que os pleiteados pela parte. Assim, será ultra petita a sentença que conceder, ou que não conceder expressamente, quantidade ou quantia maior do que pleiteada pela parte.
>
> [...] Vê-se, portanto, que os vícios *extra* e *ultra petita* ligam-se a conceder (ou a não conceder) fora do que terá sido pedido ou mais do que está sendo pedido; enquanto o vício de que padece a sentença *infra petita* diz respeito à desconsideração, ao não-julgamento, à não-apreciação de parte do pedido (Nulidades do Processo da Sentença. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 243).

Todavia, apesar de reconhecida exorbitância da atuação jurisdicional, a nulidade processual deve ser enfocada sob a ótica do princípio da celeridade processual e aproveitamento dos atos processuais.

Isso implica na delimitação da sentença nos termos pleiteados pelo autor, sem declará-la nula em sua inteireza para que se proceda novo julgamento em sede de primeiro grau. Nessa trilha, imperioso destacar o art. 249, § 2°, do CPC:

> Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados.
>
> § 1º O ato não se repetirá nem se Ihe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.

> § 2º Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.

Sobre o tema, já decidiu-se:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. DIREITO À PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL CEIFADO. NULIDADE QUE NÃO SE DECLARA EM FACE DA POSSIBILIDADE DE RESOLUÇÃO DO MÉRITO EM FAVOR DA RECORRENTE. EXEGESE DO ART. 515, § 1.º C/C ART. 249, § 2.º, AMBOS DO CPC. COMPENSAÇÃO DE CHEQUE PRESCRITO EFETUADA PELO BANCO REQUERIDO. DEVOLUÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE FUNDOS. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DA AUTORA EM CADASTRO DE ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA NAS RELAÇÕES ENVOLVENDO INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SÚMULA 297 DO STJ. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA CONFIGURADA. DANO MORAL PRESUMIDO. INAFASTÁVEL DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.
>
> 1.Podendo a lide ser decidida em favor da parte a quem aproveite a declaração de nulidade, o Tribunal não a pronunciará, segundo regra insculpida no art. 249, § 2o do CPC em interpretação sistemática com o art. 515, § 2o do mesmo Diploma Legal (AC n. 2002.010847-8, de Blumenau, rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior, j. 30/05/2006) (...) (AC n. 2007.004848-9, de Videira, relª. Desª. Subst. Denise Volpato).

Portanto, afasta-se a alegação de nulidade por julgamento *extra* e *ultra petita*.

Preliminar de nulidade do documento de fl. 84

A apelante pretende a anulação do documento de fl. 84, que se refere a um termo de guarda da criança efetuado de forma unilateral e sem a

presença do Ministério Público, no qual a mãe biológica passou a guarda ao casal Jairo e Mariana.

Mais uma vez, quanto à essa assertiva, utiliza-se o disposto no art. 249, § 2°, do CPC, já que a declaração de nulidade fica vinculada à análise da lide a favor da apelante.

Mérito

Os direitos fundamentais da criança e do adolescente encontra-se inseridos na Constituição Federal, em seu art. 227, *verbis*:

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Balizado nestes preceitos constitucionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) dispõe em seus arts. 3º e 4º que:

> Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.
>
> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Na interpretação do ECA, levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. (ECA, art. 6º). Sobre os princípios

que norteiam a proteção à criança e ao adolescente, tem-se a lição de João Batista Villela:

> Nesse novo quadro de referências, o estalão geral que tudo determina e orienta é o bem do menor. Portanto, enquanto as prerrogativas dos pais, tutores, guardiões sofrem todas as limitações que se revelem necessárias à preservação daquele valor, amplia-se a liberdade do menor em benefício de seu fundamental direito de chegar à condição adulta sob as melhores garantias materiais e morais (VILLELA *apud* TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Fundamentos principiológicos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM: Síntese, v. 26,out-nov/2004, p. 26/27).

Na hipótese dos autos, diante da sua peculiaridade, há que se fazer um breve intróito acerca dos acontecimentos.

Extrai-se da inicial que a menor nasceu em 22.06.2009 (fl. 10), e foi entregue por livre e espontânea vontade pela mãe ao casal Jairo e Mariana, os quais não estão cadastrados entre os pretendentes à adoção.

O órgão ministerial tomou conhecimento da situação em 10.07.2009, pois Gabriel Torres, pessoa que estava intermediando a entrega irregular, procurou a Promotora de Justiça a fim de expor a situação e obter respaldo ministerial, não o obtendo. No ato, Gabriel apresentou pedido de inscrição do casal no cadastro de adoção da cidade de Timbó, datado de março de 2009, que ainda não havia sido decidido. Imediatamente, diante da evidente intenção de aparentar legalidade na entrega irregular da criança, iniciaram-se as investigações, que acabaram embasando o ajuizamento da medida cautelar em apenso.

Além disso, foram obtidas informações junto ao Conselho Tutelar e da assistente social no sentido de que a gravidez de Heloísa estava sendo acompanhada por um casal que pretendia ficar com a bebê. E realmente, pouco tempo depois do nascimento, a criança foi levada pelo casal.

No entanto, ajuizada a cautelar de busca a apreensão (em apenso), houve o cumprimento da liminar em 13.08.2009 (fl. 101, dos autos em apenso), sendo que a menor permanece até hoje abrigada na Casa Lar do município de Urubici.

Consabido que a destituição do poder familiar importa em decisão extrema, no caso de os pais não guardarem condições de permitir o desenvolvimento sadio de sua prole.

O art. 1.638 do Código Civil elenca as possibilidades que podem ensejar a destituição do poder familiar:

> Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
>
> I – castigar imoderadamente o filho;
>
> II – deixar o filho em abandono;
>
> III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
>
> IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no trigo antecedente.

Determina o art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

Segundo a doutrina, "é possível o abandono do lar, sem que se verifique, propriamente, o abandono dos filhos; e sem que essa circunstância se constate, cabalmente, não é de ser decretada a perda do pátrio poder. O pai só terá abandonado os filhos, quando não lhes proporciona a assistência a que está obrigado, negando-lhes o apoio moral e material. Poderá o genitor ausentar-se do lar, por incompatibilidade com a esposa, sem negligenciar os filhos. Em termos gerais, pode-se dizer que o desinteresse pelo filho, o descaso intencional por sua sorte, é o que caracteriza o abandono do menor. Abandonados são os menores que não têm habitação

certa, os vadios, mendigos e libertinos. Os que são explorados pelos pais e instigados à prática do mal. Os privados habitualmente de alimentos ou dos cuidados indispensáveis à sua saúde, segurança pessoal, moralidade, etc. O menor abandonado pelo pai nem sempre é um desvalido, pois poderá contar com o apoio da mãe, do avô ou de outro parente. Entretanto, por vezes, o abandono se identifica com o estado total de carência. Sempre que se tratar de menor desamparado e desvalido, sem assistência moral, nem material, é oportuna a intervenção do Juizado de Menores" (J. V. Castelo Branco Rocha, O Pátrio Poder, São Paulo, Leud., 1978, p. 296/297).

No caso em tela, apesar de não se tratar daquelas situações que envolvem violência física, merece especial destaque por outras questões, que serão a seguir apontadas, e que demonstram que a genitora efetivamente merece ser destituída de seu poder familiar em relação à infante.

Primeiramente, destaque-se que a genitora não divulgou a paternidade da criança, pelo que se analisará apenas sua conduta.

Segundo relatório da assistente social (fl. 16):

> A genitora possui 28 anos de idade, é solteira, não possui um companheiro fixo, desde os 10 anos reside com os avós maternos [...]. L. apresenta problemas de saúde, segundo a mãe epilepsia [...]. Teve sete gestações, sendo que três faleceram (dois durante a gestação e um quando tinha em média um mês de vida), dois filhos estão com a avó R. (D. – 06 anos e E. – 02 anos), um filho com a tia de L., S. (M – 11 anos) e o bebê que nasceu recentemente, que L. deu para um casal.
>
> Sobre esta última gestação R. informou que quando L. descobriu que estava grávida disse que iria abortar o bebê, mas várias pessoas a aconselharam que ela tivesse a criança, e então entregasse para um casal. Foi quando começaram os contatos com o casal que está com o bebê, o qual não possui filhos. R. disse que não sabia o nome do casal, nem endereço, mas durante a conversa apresentou contradições na sua fala e percebemos que ela sabe o endereço e estão em contato com o casal, pois já conheciam. O bebê nasceu em 21.06.2009, no Hospital Carmela Dutra, em Florianópolis, foi

> registrada como E de O. O casal acompanhou o nascimento do bebê e providenciaram para que L. realizasse a laqueadura. O bebê ficou alguns dias para amamentar, mas no momento está com o casal.
>
> R. ficou emocionada que L. não tem condições de cuidar da criança e ela, como avó, já assumiu dois netos, também não pode ficar com mais este bebê, por isso entregaram para um casal que conhecem e sabem que irão cuidar bem da criança. [...] (grifo nosso).

Além disso, em visita do Conselho Tutelar, a genitora deixou claro que (fl. 13): "[...] se a criança não ficar com a mulher que fez o acompanhamento da gravidez a avó Cida ficaria com a criança [...]".

Em juízo, mais uma vez a genitora afirmou que (fl. 105):

> [...] durante a gravidez tinha interesse de não ficar com a criança; que durante a gravidez chegou a falar com a assistente social do fórum mas depois resolveu entregar a criança para o pai, mas o pai não quis assumir e nessa época faltavam dois meses para a criança nascer; [...] não tem condições de ficar com a criança [...] (grifo nosso).

No mesmo sentido foram os depoimentos prestados pelos conselheiros tutelares e a assistente social, que confirmaram que L. não possui condições de criar e educar sua filha.

Também extrai-se do estudo social realizado (fls. 112/116):

> Visita domiciliar em 09.12.09 – Junto a residência da mãe de L, Sra. R e seu companheiro V. [...]
>
> L. não tem residência fixa. Gosta de festas e sempre está participando de bailes e outros. Não se tinha condições de diálogo com L. e esta vivia uma vida bastante "leviana", mas que desconhecem muitos fatos da vida dela. Fazem uns 6 meses que está residindo com os avós maternos, estando mais acomodada e sem ter crises mais freqüentes. [...]
>
> Visita em 10.12.09 – Residência dos avós maternos [...]
>
> L. está residindo com os avós maternos a pouco mais de seis meses de forma direta. [...]

> Sobre as crises, L. Explica que não ficou constatado que sofre de ataques epiléticos. A manifestação do problema se dá sempre de manhã e já sabe o que vai acontecer, durando de uma a duas horas. Quando acorda se sente agitada e o coração em movimentos rápidos, não consegue segurar nada nas mãos [...].
>
> L. Disse que quando o avô não tem serviço e fica em casa, ela vai trabalhar como diarista em pomares, lavouras e outros. Refere que atualmente as crises não tem sido muito freqüentes e tem conseguido trabalhar de forma não continuada.
>
> Seus familiares não sabem precisar se a aparente tranquilidade e certa responsabilidade de L. vai continuar ou pode ter alguma relação com a condição da filha H.
>
> [...]
>
> Considerações do serviço social:
>
> [...] Nem os familiares tem certeza de que essa condição vai continuar, já que os fatos relatados anteriormente pela família sobre L. sempre foram de muita rebeldia e queria liberdade total para fazer o que queria, só que quando engravidava buscava ajuda na família.
>
> L. na condição atual não consegue sobreviver com recursos próprios, necessitando da ajuda de terceiros. [...] (destaque nosso).

Observa-se claramente que embora a genitora afirme que pretende ficar com a filha, impõe a condição absurda de que isso ocorra somente caso a bebê não fique com o casal a quem fez a entrega.

Tal ato demonstra que, na verdade, ela não possui a maturidade necessária para cuidar desta criança e assumir as responsabilidades inerentes à sua criação.

Além disso, é de se registrar que o fato de a genitora não ter ficado com nenhum dos filhos que gerou é mais um fator importante a ser sopesado.

Diante de tais elementos, forçoso reconhecer que a ré nunca pretendeu assumir sua filha, pois como salientado pela representante do Ministério

Público "[...] não há como aceitar que ela seja mãe tão-somente se não der certo o plano previamente arquitetado entre ela e o casal Jairo e Mariana de entregar ilegalmente a criança H. em adoção a eles. Não há como fazer vista grossa a essa atitude de pouco caso com sua prole" (fl. 164).

De outro norte, ainda que a nova legislação a respeito da adoção (Lei 12.010/2009) prime pela colocação da criança em família substituta somente quando impossível a sua manutenção na família natural ou extensa, no caso em tela, vê-se que nem a mãe, nem seus familiares possuem condições de ficar com a bebê.

Isso porque, o pai da criança sequer é oficialmente conhecido; a avó materna afirmou em juízo que não possui interesse em ficar com a neta (fl. 103); a tia que já está cuidando de um dos filhos da ré também não possui interesse em ter a menor consigo (fl. 106).

Por fim, apesar de ter havido menção de que uma prima irmã do pai da ré teria interesse de ficar com a criança, como muito bem observado pela representante do Parquet, "[...] essa tal prima irmão do pai da requerida é a pessoa de nome Maria de tal, sendo justamente esposa de Gabriel Torres, pessoa que intermediou a adoção legal e que, por certo, utilizaria de tal artifício para dar aparência de legalidade a entrega de H. ao casal Jairo e Mariana futuramente, pois, de fato, fariam a entrega a eles imediatamente e após buscariam a sua legalização perante os poderes públicos, quando consolidada a situação de fato. Assim sendo, não há dúvidas que Maria de tal antes mesmo se de analisar as suas condições em ter consigo H. não é pessoa apta a tal mister" (fl. 166).

Inobstante, ainda que não seja necessário adentrar no mérito da discussão acerca do pedido de adoção pelo casal Jairo e Mariana, seja porque tramita ação de adoção em separado e que conforme consulta ao SAJ ainda não houve sentença, ou porque como exposado anteriormente, o Magistrado exorbitou o pedido da autora, ao estabelecer alternativamente que a

criança ficasse com a mãe ou com o casal, caso a genitora ainda quisesse; há que se ressaltar determinados pontos.

É incontroverso nos autos que o casal Jairo e Mariana não se encontra inscrito no cadastro de adoção da comarca, cuja previsão de existência se encontra minuciosamente estabelecida no art. 50 do ECA, que teve vários incisos acrescentados pela Lei 12.010/2009, *in verbis*:

> Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes e, condições a serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.
>
> §1º O deferimento da inscrição dar-se-á após prévia consulta aos órgãos técnicos do Juizado, ouvido o Ministério Público.
>
> § 2º Não será deferida a inscrição se o interessado não satisfazer os requisitos legais, ou verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 29.
>
> § 3º A inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.
>
> § 4º Sempre que possível e recomendável, a preparação referida no § 3º deste artigo incluirá o contato com crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados, a ser realizado sob a orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, com apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento e pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.
>
> § 5º Serão criados e implementados cadastros estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas ou casais habilitados à adoção.
>
> [...]
>
> § 7º As autoridades estaduais e federais em matéria de adoção terão acesso integral aos cadastros, incumbindo-lhes a troca de informações e a cooperação mútua, para melhoria do sistema.

> § 8º A autoridade judiciária providenciará, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, a inscrição das crianças e adolescentes em condições de serem adotados que não tiveram colocação familiar na comarca de origem, e das pessoas ou casais que tiveram deferida sua habilitação à adoção nos cadastros estadual e nacional referidos no § 5º deste artigo, sob pena de responsabilidade.
>
> § 9º Compete à Autoridade Central Estadual zelar pela manutenção e correta alimentação dos cadastros, com posterior comunicação à Autoridade Central Federal Brasileira.
>
> [...]
>
> § 12. A alimentação do cadastro e a convocação criteriosa dos postulantes à adoção serão fiscalizadas pelo Ministério Público.
>
> § 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:
>
> I - se tratar de pedido de adoção unilateral;
>
> II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;
>
> III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.
>
> § 14. Nas hipóteses previstas no § 13 deste artigo, o candidato deverá comprovar, no curso do procedimento, que preenche os requisitos necessários à adoção, conforme previsto nesta Lei.

Sabe-se que o cadastro de adoção se destina a dar maior agilidade e segurança ao processo de adoção, uma vez que permitem averiguar previamente o cumprimento dos requisitos legais pelo(s) adotante(s), bem como traçar um perfil em torno de suas expectativas. Evita influências outras, negativas ou não, que por vezes levam à sempre indesejada "adoção à brasileira".

Todavia, deve-se ter em mente sempre o melhor interesse da criança. É certo que existente casos, excepcionais, em que se mitiga a habilitação dos adotantes no competente cadastro para o deferimento do pedido de adoção, possibilitando a chamada adoção direta ou *intuito personae*, como já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

> CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA PROVISÓRIA. COMÉRCIO DE MENOR. INEXISTENTE. FAMÍLIA AFETIVA. INTERESSE SUPERIOR DO MENOR. OBSERVÂNCIA DA LISTA DE ADOÇÃO.
>
> - Mesmo em havendo aparente quebra na lista de adoção, é desaconselhável remover criança que se encontra, desde os primeiros dias de vida e por mais de dois anos, sob a guarda de pais afetivos.
>
> A autoridade da lista cede, em tal circunstância, ao superior interesse da criança (ECA, Art. 6º) (Resp 837324/RS, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 18.10.2007).

Entretanto, o caso revela situação completamente diferente, havendo fortes indícios de que o casal agiu de má-fé desde o começo e que não houve o estreitamento de laços afetivos.

O conjunto probatório demonstra que o casal entrou em contato com a mãe da criança durante a gestação, tudo indicando que ofereceu-lhe assistência, tanto que trouxeram a genitora no seu veículo para a Capital a fim de que ela desse à luz aqui, sob a alegação de que só realizaram tal ato porque o parto poderia ser complicado em razão da saúde da ré e porque o Município de Urubici não disponibilizou ambulância.

Mas conforme investigação da promotoria de justiça, não é verdadeira a afirmação, pois conforme documento emitido pela secretaria municipal de saúde de Urubici (fls. 170/172 e petição ainda não juntada aos autos), o município disponibiliza sim ambulância e/ou veículos oficiais para o transporte de pacientes e outros municípios e que não foram acionados para fazer o encaminhamento de Lucimara à capital.

Também há prova nos autos de que a gravidez da ré não era de alto risco como afirma o casal, constando apenas que houve isoimunização de RH, situação que não é mais considerada preocupante há muitos anos pela doutrina médica (fls. 173/175).

Além disso, o município de Urubici confirmou que arcou somente com o pagamento da internação de Lucimara na maternidade Carmela Dutra, mas não com o pagamento do parto de cesariana e da laqueadura. Ora, como visto, a ré não possui boa condição financeira, sendo muito provável que o casal tenha arcado com tais ônus em troca da entrega da criança.

Não bastasse, após a consulta informal do amigo do casal Gabriel à promotoria de justiça, eles tinham ciência da impossibilidade de obtenção de provimento favorável ao seu intento, mas mesmo assim, solicitaram a um advogado a confecção de um termo de guarda da criança, datado de 13.07.2009 (fl. 84).

Ademais, apesar do entendimento do Magistrado, no sentido de que o caso comportaria a mitigação da observância ao cadastro de adoção, o fato é que não se vislumbra a excepcionalidade necessária.

Isso porque além da ausência de qualquer vínculo de parentesco do casal com a criança, estes ficaram com ela por apenas 30 dias – de 17.07.2009 a 13.08.2009 – o que não configura a formação de vínculo de afinidade e de afetividade entre eles. É da Jurisprudência:

> ADOÇÃO. PEDIDO DE GUARDA PROVISÓRIA. NECESSIDADE DE PRÉVIA INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE ADOÇÃO.
>
> Apenas em casos especiais, com a ampla e duradoura relação de afetividade, é que a adoção pode ser deferida em favor de pessoas ou casais não habilitados, nos termos dos artigos 29 e 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente. No caso, não verificada situação especial, de vínculo afetivo entre as partes, deve ser confirmada a sentença de

> improcedência do pedido de guarda. RECURSO IMPROVIDO (TJRS; AGInt 70022140289, Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, j. 29.11.2007).

Destarte, não basta a mera vontade de adotar uma criança, existindo critérios e condições a serem observados e atendidos, tudo centrado no melhor interesse do adotando.

Aliás, a entrega direta incentiva o tráfico e intermediação de crianças, o que é combatido pelo ECA em seus arts. 238 e 239.

De mais a mais "outro fator a ser sopesado, é que, a grande possibilidade que os pais biológicos, sabedores onde e com quem está a criança, seja pelo breve contato que tiveram com os adotantes quando da entrega, seja pelo intermediário, passem a achacar a família substituta, realizando pedidos de contato com o filho ou mesmo objetivando "auxílio" financeiro, gerando intranqüilidade e instabilidade naquela família, e de forma inexorável, refletindo negativamente na criança. (...). Portanto, tais ações indevidas são de todo reprováveis e só apresentam desvantagens de sua escolha, já que representam incerteza jurídica, risco de procura pela família natural, dubiedade da situação e insegurança fática acerca da permanência da adoção" (Júlio Alfredo de Almeida, Adoção intuitu paersonae – uma proposta de agir. Síntese da Monografia de especialização em Direito Comunitário: Infância e Juventude, Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre, 2002. Extraído do site: http://www.mp.rs.gov.br, acessado em 23.02.2010, p. 81/82).

Assim sendo, o objetivo primordial do cadastro prévio de interessados é, além de respeitar a ordem de inscrição, avaliar, de maneira criteriosa, a vida e as reais intenções dos pretensos adotantes.

Assim, diante de todas as evidências aqui apontadas quanto às atitudes do casal, tudo leva a crer que a adoção da criança por eles pretendida não atende o melhor interesse da menor, especialmente pela inobservância ao cadastro de adoção e pela ausência de forte laço afetivo entre eles.

Portanto, seja qual for o ângulo que se analise o caso, e no forte intuito de preservar a criança e fazer cumprir o artigo 3º do ECA, tem-se que a sentença deve ser reformada, julgando-se procedente o pedido de destituição do poder familiar da ré em relação à sua filha Heloísa.

Consequentemente, deve ser declarado nulo o documento de fl. 84 referente ao termo de guarda firmado unilateralmente entre a ré e o casal, além de confirmar a liminar proferida na ação de busca e apreensão em apenso, colocando imediatamente a menor em família substituta, na modalidade de adoção, respeitando-se o cadastro de pretendentes. Obviamente, ficam sem efeitos todas as demais determinações da sentença *a quo*.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, a Câmara, à unanimidade, conheceu do recurso, dando-lhe provimento, reformando a sentença e julgando-se procedente o pedido de destituição do poder familiar da ré em relação à sua filha Heloísa. Consequentemente, deve ser declarado nulo o documento de fl. 84 referente ao termo de guarda firmado unilateralmente entre a ré e o casal, além de confirmar a liminar proferida na ação de busca e apreensão em apenso, colocando a menor imediatamente em família substituta, na modalidade de adoção, respeitando-se o cadastro de pretendentes. Comunique-se a decisão por fax ao Juízo de origem.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 4 de março de 2010

Sérgio Izidoro Heil
RELATOR

Apelação Cível n. 2007.053660-9, de Laguna

Relator: Des. Subst. Jaime Luiz Vicari

APELAÇÃO CÍVEL – MANUTENÇÃO DE POSSE – DIREITO À USUCAPIÃO RECONHECIDO AOS AUTORES EM OUTRA LIDE – PROVA SUFICIENTE DA POSSE – REQUISITOS DO ARTIGO 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PREENCHIDOS – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS EM FAVOR DOS RÉUS – APLICAÇÃO DO ARTIGO 333, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

No exame dos requisitos do artigo 927 do Estatuto Processual Civil, a sentença de reconhecimento de usucapião serve como prova da existência da posse dos proponentes da demanda possessória em relação ao imóvel usucapido, razão pela qual ela constitui prova forte a ser considerada na ação de manutenção de posse.

Nos termos do disposto no artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil, se o réu alega na contestação fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, assume o ônus de comprovar sua existência. Se não logra êxito, a procedência do pedido do autor que trouxe prova do direito alegado é a decisão acertada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.053660-9, da comarca de Laguna (1ª Vara), em que são apelantes Espólio de Santos Guglielmi e Hilda Fontanella Guglielmi e são apelados Rogério Damiani e Denise Viegas Sampaio Damiani:

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

RELATÓRIO

Na comarca de Laguna, Rogério Damiani e Denise Viegas Sampaio Damiani ajuizaram Ação de Manutenção de Posse cumulada com Indenização contra Espólio de Santos Guglielmi e Hilda Fontanella Guglielmi, aduzindo, em linhas gerais, serem legítimos proprietários de uma área de terra na localidade de Ponta da Ilhota, no município de Laguna, e terem adquirido tal imóvel por meio de Ação de Usucapião.

Mencionaram que, somada a de seus antecessores, possuiriam referido terreno de 24.186,85 m² há mais de 30 anos, mas que, ao ordenarem a construção de uma cerca no local, um preposto dos réus impediu a continuidade da obra, fazendo ameaças, inclusive com arma de fogo, à pessoa contratada pelos autores para executar o serviço.

Sustentaram que as divisórias já levantadas teriam sido derrubadas por ordem dos réus.

Requereram a medida liminar de manutenção de posse e, ao final, a procedência dos pedidos.

A liminar de manutenção foi deferida (fls. 44-49) e os réus, uma vez citados, apresentaram resposta na forma de contestação (fls. 67-79), na qual asseveraram que os autores nunca tiveram posse em relação ao imóvel objeto do litígio e que a posse sobre o bem sempre teria sido exercida por Santos Guglielmi, pessoa física, ou por suas empresas.

Alegaram que Santos Guglielmi teria adquirido uma área maior de terra (51.600,00m²) e comprado a posse do terreno litigioso de João José Ramos e sua esposa, que a detinham anteriormente.

Disseram que Jorge Filipe Lazzarin e Artur Bianchini Hertel, que venderam os 24.186,85 m² para os autores, teriam comprado a posse desta gleba de forma ilegal e que estas mesmas pessoas já teriam ingressado também com uma Ação de Usucapião, que teria sido extinta sem o julgamento do mérito.

Argumentaram que os demandantes estariam agindo de má-fé, pois estariam se valendo da sentença da Ação de Usucapião na qual saíram vitoriosos.

Também afirmaram que não teriam participado da ação de prescrição aquisitiva promovida pelos demandantes porque estes teriam informado erroneamente os confiantes do imóvel.

Pugnaram pela improcedência dos pleitos dos autores e produção de provas.

Os demandantes apresentaram réplica (fls. 428-432), na qual contaram que Santos Guglielmi teria prejudicado vários pescadores da localidade, tentando fundir áreas destes com as suas, conduta que teria acarretado, posteriormente, o cancelamento de muitas matrículas imobiliárias e rendido ao réu uma denúncia por crime de estelionato.

Argumentaram que, ainda que fosse verdadeiro o fato da compra dos 51.600,00 m² de terra, essa área não teria nada em comum ou a se confundir com o imóvel dos autores.

Explicaram que a Ação de Usucapião intentada pelos antigos possuidores da área adquirida pelos demandantes foi extinta por falhas processuais, mas que a lide por eles ajuizada teve fim, com reconhecimento da prescrição aquisitiva em favor deles.

Por último, disseram que o argumento de falta de participação dos réus na Ação de Usucapião promovida pelos autores seria despropositada, uma vez que foram citados todos os confrontantes e publicados os editais

para o conhecimento de terceiros interessados conforme determina a lei, ressaltando que os réus nunca ingressaram com ação rescisória para contestar o teor da sentença transitada em julgado.

Foi realizada audiência de conciliação, que resultou infrutífera (fl. 53). Na mesma oportunidade foi deferida a produção de provas e designada data para a oitiva de testemunhas.

Tomados os depoimentos das partes e ouvidas cinco testemunhas, os litigantes apresentaram suas alegações finais (fls. 565 e seguintes).

Sobreveio a sentença (fls. 583-598), que julgou procedente o pedido de manutenção de posse dos autores, rejeitou o pleito indenizatório por falta de provas e condenou os réus ao pagamento de custas e honorários advocatícios, fixados em R$2.000,00.

Irresignados, o Espólio de Santos Guglielmi e Hilda Fontanella Guglielmi interpuseram recurso de Apelação Cível (fls. 592-600), em que afirmaram, em síntese, não terem os apelados comprovado nos autos a posse por eles exercida.

Mencionaram que a prova testemunhal não seria elucidativa e a documental por eles produzida demonstraria a posse dos recorrentes.

No final, requereram o provimento integral do recurso ou, alternativamente, a minoração do valor dos honorários advocatícios.

Os apelados apresentaram contrarrazões (fls. 606-615), nas quais asseveraram que a prova da posse dos autores estava perfeitamente demonstrada nos autos por meio da cópia da Ação de Usucapião anexada.

Apontaram nos depoimentos trechos que justificariam a posse dos apelados, pugnaram pela condenação dos apelantes como litigantes

de má-fé e a manutenção ou majoração da verba advocatícia, tendo em vista que o dedicado e longo trabalho dos seus patronos no feito.

Após, ascenderam os autos a este Tribunal de Justiça.

VOTO

Cuidam os autos de recurso de Apelação Cível interposto pelo Espólio de Santos Guglielmi e por Hilda Fontanella Guglielmi contra a sentença que julgou procedente o pedido de manutenção de posse formulado por Rogério Damiani e Denise Viegas Sampaio Damiani.

O apelo preenche os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, razão pela qual merece ser conhecido.

Todavia, no que diz respeito à irresignação principal, relativa à manutenção da posse, o recurso não prospera.

Isso porque, ao contrário do que sustentam os recorrentes, a prova colhida nos autos evidencia a posse exercida pelos apelados, que deve ser protegida.

A fotocópia da Ação de Usucapião, acostada nestes autos às fls. 315-392, demonstra satisfatoriamente que os apelados, há mais de 30 (trinta) anos, têm a posse da área em litígio, situada na localidade de Ponta da Ilhota, no município de Laguna.

Aliás, há uma sentença (fls. 390-392) que confirma a posse mansa e pacífica dos recorridos sobre essas terras, tanto que lhes reconheceu o direito de usucapião do imóvel em questão.

Observe-se que a cópia da Ação de Usucapião constitui, nestes autos, muito mais que prova do domínio (fato irrelevante nesse demanda). Comprova a existência da posse dos apelados sobre a gleba de terra que serve como objeto de disputa nesta *actio*.

Humberto Theodoro Junior ensina que:

> Segundo a clássica conceituação de Modestino, usucapião é o modo de adquirir a propriedade (ou outro direito real) pela posse continuada, durante certo lapso de tempo, com os requisitos estabelecidos na lei (*Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos Especiais*. 3. v. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2008, p. 172).

Não bastasse essa prova, os depoimentos das testemunhas, prestados em Juízo, também dão maior credibilidade ao argumento dos apelados de que são eles que detêm a posse sobre o imóvel.

Tanto a testemunha Elias Scheidt (fls. 554-555) quanto as testemunhas Márcio Búrigo (fls. 556-557) e Zulmar Gregório da Silva (558-559) afirmam categoricamente que os recorridos exerciam a posse sobre a propriedade localizada na Ponta da Ilhota.

O fato de haver contrariedade nas afirmações feitas por Elias Scheidt, em relação ao depoimento pessoal do apelado Rogério Damiani, no que diz respeito à existência ou não de cercas na área contestada, não serve para derruir a veracidade da prova colhida. Até porque, pelo que se depreende da leitura dos autos, os cercados construídos pelos recorridos foram por várias vezes derrubados, algumas vezes a mando dos apelantes.

Somente os depoimentos das duas testemunhas trazidas pelos recorrentes é que afirmaram que a posse do terreno era exercida por Santos Guglielmi ou sua empresa (fls. 560-563).

Todavia, como bem anotou a Magistrada *a quo* na sentença (fl. 585), esses relatos devem ser analisados com ressalvas, pois Antônio Cuker e Matusael Venério mantêm relação de trabalho com empresa do Espólio de Santos Guglielmi.

No mais, compulsando os três volumes que compreendem esse caderno processual, não se vislumbra nenhuma outra prova que ampare os argumentos dos recorrentes de que teriam a posse da área em contenda.

Até se encontram documentos relacionados à propriedade de terras, mas, como já restou afirmado anteriormente, isso não tem nenhuma valia no processo em que se discute posse.

Com efeito, o Código de Processo Civil encarrega às partes o ônus da prova.

O artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil é claro ao dispor que o ônus da prova incumbe "ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor".

Sobre o ônus de provar do réu, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery esclarecem:

> O réu deve provar aquilo que afirmar em juízo, demonstrando que das alegações do autor não decorrem as conseqüências que pretende. Ademais, quando o réu excepciona o juízo, nasce para ele o ônus da prova dos fatos que alegar na exceção, como se autor fosse (*reus in exceptiona actor est*) (*Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*: atualizado até 1º de março de 2006. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.532).

In casu, os apelantes/réus não lograram sucesso em demonstrar sua posse sobre o imóvel com as provas apresentadas.

Por outro lado, conforme também registrado linhas atrás, em favor dos apelados há a sentença da Ação de Usucapião e os depoimentos tomados em Juízo, que levam a formar o convencimento de que os recorridos é que detinham a posse da área em litígio.

Também restou demonstrada, por meio da prova testemunhal, a turbação sofrida pelos apelados, uma vez que o preposto dos apelantes não só impediu de erguer um cercado na propriedade como também derrubou aquele já existente.

Destarte, estando devidamente preenchidos e comprovados os requisitos previstos no artigo 927 do Código de Processo Civil, assemelha-se

correto o posicionamento adotado em primeiro grau de deferir a manutenção de posse pleiteada.

Nesse sentido é a orientação que se encontra na jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

> TURBAÇÃO COMPROVADA – INSTALAÇÃO DE CASA E ROMPIMENTO DE CERCAS – PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL – REQUISITOS DO ART. 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PREENCHIDOS – RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> A invasão perpetrada no imóvel objeto da demanda possessória, com a destruição de cerca e assentamento de casa de madeira, caracteriza ato de turbação à posse, a exigir proteção possessória, eis que comprovados os requisitos do art. 927, do Código de Processo Civil (Ap. Cív. n. 1997.008060-3, rel.: Des. Wilson Augusto do Nascimento).

> CIVIL – POSSESSÓRIA – MANUTENÇÃO DE POSSE – COLOCAÇÃO DE CERCA EM IMÓVEL ALHEIO QUE IMPEDE O ACESSO DOS EFETIVOS POSSUIDORES DO BEM – PROVA TESTEMUNHAL E BOLETIM DE OCORRÊNCIA HÁBEIS A CORROBORAR TAL CONCLUSÃO – TURBAÇÃO CARACTERIZADA – REQUISITOS DO ART. 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DEMONSTRADOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO
>
> A comprovação da posse anterior do autor e da turbação praticada pelo réu – consistente na colocação de uma cerca em servidão e a conseqüente interrupção do acesso ao imóvel – induz ao acolhimento do pedido de manutenção de posse (CPC, arts. 926 e 927) (Ap. Cív. n. 2005.004744-3, de São José, rel.: Des. Marcus Tulio Sartorato).

No que concerne à condenação dos recorrentes ao pagamento dos honorários advocatícios, observa-se que a ilustre Julgadora acertadamente os fixou em R$ 2.000,00, levando em conta o teor do § 4º do artigo 20 do Estatuto Processual Civil, o qual determina que eles devem ser estabe-

lecidos "consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior".

Na hipótese dos autos, não se verifica justificativa para que haja minoração dessa quantia, como querem os recorrentes.

O patrono dos apelados desempenhou seu ofício nos autos com zelo e dedicação e vem defendendo o interesse deles desde o ingresso da ação no ano de 2001.

Ademais, a lide não pode ser considerada de fácil resolução, tanto é que exigiu produção de provas.

Assim, conclui-se que o valor dos honorários advocatícios não foi prescrito em quantia excessiva, devendo a sentença também neste aspecto ser mantida a fim de remunerar condignamente o trabalho do advogado da parte apelada.

Registre-se que não pode ser atendido requerimento feito pelos recorridos nas contrarrazões recursais de majoração dessa verba, pois essa peça não se destina à manifestar irresignação contra a sentença.

Se os apelados entenderam que o valor dos honorários advocatícios era pequeno, deveriam ter interposto recurso próprio ou adesivo.

Por fim, no que toca ao pedido de condenação dos apelantes por litigância de má-fé, sob a alegação de que o Grupo Guglielmi estaria tentando de todas as formas apropriar-se de terras alheias, o pleito não deve ser acolhido.

Isso porque o fato de os recorrentes tentarem defender direitos que julgam ter não configura nenhuma das hipóteses de litigância de má-fé previstas no Estatuto Processual Civil.

Segundo a orientação da jurisprudência, para que se caracterize a litigância de má-fé deve ficar evidenciada a atitude dolosa da parte contrária, circunstância não verificada nestes autos.

Nesse sentido, colhe-se o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça e adotado em precedente desta Câmara, *verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. RECONHECIMENTO. PRESSUPOSTOS.
>
> I - Entende o Superior Tribunal de Justiça que o artigo 17 do Código de Processo Civil, ao definir os contornos dos atos que justificam a aplicação de pena pecuniária por litigância de má-fé, pressupõe o dolo da parte no entravamento do trâmite processual, manifestado por conduta intencionalmente maliciosa e temerária, inobservado o dever de proceder com lealdade (REsp. n. 418.342/PB, rel. Min. Castro Filho, j. 11/06/2002).
>
> Sem a prova do comportamento maldoso da parte e, ainda, da existência efetiva do dano não se configura a litigância de má-fé. Inexistência de contrariedade ao art. 17, incisos II e III, do CPC. Recurso especial não conhecido (REsp. n. 220.162/ES, rel. Min. Barros Monteiro, j. 06/02/2001) (Ap. Cív. n. 2006.015102-0, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben).

Saliente-se, por fim, que o recurso interposto pelos réus comporta argumentos pertinentes à matéria discutida, não se apresentando infundado, de modo a revelar a intenção de procrastinar o andamento do feito.

Ex positis, vota-se no sentido de conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, esta Segunda Câmara de Direito Civil decide, por unanimidade, conhecer, do presente recurso e negar-lhe provimento.

O julgamento, realizado no dia 4 de fevereiro de 2010, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz Carlos Freyesleben, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargado Sérgio Izidoro Heil.

Florianópolis, 12 de fevereiro de 2010.

Jaime Luiz Vicari
RELATOR

Apelação Cível n. 2007.063864-2, de Itajaí

Relator: Des. Subst. Jaime Luiz Vicari

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ALIMENTOS – RÉU QUE CUMPRE PENA DE RECLUSÃO EM REGIME FECHADO – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – RECONHECIMENTO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR – CONDENAÇÃO – ALIMENTOS DEVIDOS A PARTIR DA OBTENÇÃO DA PROGRESSÃO DE REGIME, DO LIVRAMENTO CONDICIONAL OU DO CUMPRIMENTO DA PENA – VÍCIO DA SENTENÇA CONDICIONAL NÃO CARACTERIZADO – *DECISUM* QUE DECLARA O DEVER DO RÉU DE PAGAR ALIMENTOS A SUA FILHA, INDEPENDENTEMENTE DE CONDIÇÃO OU TERMO – EXECUÇÃO RELEGADA PARA O FUTURO – POSSIBILIDADE – ALEGAÇÃO DE PROVÁVEL FALTA DE CONDIÇÕES DE, NO FUTURO, ADIMPLIR OS ALIMENTOS FIXADOS – RECURSO DESPROVIDO.

Sentença condicionada é aquela a que falta a inafastável característica da certeza, ou seja, é a que deixa dúvida quanto à composição do litígio, pois condiciona a procedência ou a improcedência o pedido do autor a um evento futuro e incerto. Seria o caso do *decisum* em que o juiz julga procedente a demanda, mas condiciona essa procedência ao preenchimento de determinados requisitos pelo autor.

A sentença é certa se declara a obrigação do apelante de pagar alimentos em favor de sua filha, independentemente de qualquer termo ou condição futura, pois o julgamento de procedência não está condicionado ao preenchimento de nenhum requisito. Na imposição de que se aguarde a superveniência de um termo inicial, relegando-se a execução para o futuro, não há nulidade.

> Não pode o alimentante pretender exonerar-se da obrigação apenas com base no argumento de que provavelmente não terá condições de adimplir os alimentos fixados. Somente quando a sentença puder ser executada, de acordo com o termo fixado, é que poderá ele reclamar a revisão do montante da obrigação, segundo as suas possibilidades financeiras, na forma dos artigos 1.699 do Código Civil e 471, inciso I, do Código de Procesos Civil.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.063864-2, da comarca de Itajaí (Família, Órfãos, Infância e Juventude), em que é apelante F. da G. e apelada A. B. D. da G. representada por D.D.R:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e desprovê-lo. Custas legais.

RELATÓRIO

A.B.D. da G., representada por D.D.R., deflagrou ação de alimentos contra F. da G., na qual foi narrado que a autora nasceu prematuramente em 21 de setembro de 2002 e que, por conta disso, necessita de medicamentos de uso contínuo, cujos valores alcançam R$ 100,00 mensais, além dos gastos com o plano de saúde no valor de R$ 50,00.

Diante de seu frágil estado de saúde, não tem sido aceita em creches, o que impede sua genitora de trabalhar, sobrevivendo ambas às custas de sua avó materna.

O réu, seu genitor, trabalha como garçom e tem uma renda mensal superior a R$ 800,00, mas se limita a contribuir com valores irrisórios pagos apenas eventualmente.

Requereu a fixação de alimentos provisórios a seu favor no valor de 1,5 salários mínimos, e, ao final, a conversão desse valor em alimentos definitivos.

Pelo Magistrado *a quo* foram arbitrados alimentos provisórios em valor equivalente a 20% dos rendimentos mensais do réu a serem descontados diretamente de sua folha de pagamento e depositados em conta no nome da representante da autora até o dia 10 de cada mês.

Manifestou-se nos autos a empregadora para comunicar o afastamento do réu, tendo juntado termo de rescisão do contrato de trabalho (fls. 19-29).

O réu foi citado (fl. 38), e certificou o oficial de se encontrar ele preso no Presídio da Comarca de Balneário Camboriú (fls. 39).

Pelo Juiz foi designada nova data para a audiência e requisitado o comparecimento do réu, para o qual nomeou curador especial (fl. 41).

Na audiência, presentes as partes, não teve êxito a tentativa de conciliação (fl. 47), e o réu, por seu curador, deixou de oferecer resposta.

O Ministério Público, por seu Promotor de Justiça, ofereceu parecer (fls. 72-73).

Em face do impedimento do curador, ao réu foi nomeado outro, que ofereceu contestação com base nos seguintes argumentos: (I) o réu cumpre pena de 10 anos e 10 meses de reclusão em regime fechado; (II) não aufere nenhum tipo de renda e, por isso, não tem condições de prover alimentos à autora.

Requereu, assim, a revogação dos alimentos provisórios e o julgamento de improcedência da demanda.

Manifestou-se a autora sobre a contestação (fls. 97-98).

Sem interesse na produção de provas, as partes apresentaram suas alegações finais (fls. 103 e 107-108), ao que se seguiu a final manifestação do Ministério Público pela procedência parcial do pedido inicial, com a condenação do réu ao pagamento de pensão alimentícia à autora em valor equivalente a 50% do salário mínimo (fls. 109-112).

Sobreveio a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar o réu ao pagamento de pensão alimentícia no valor correspondente a 50% do salário mínimo em favor da autora, com a ressalva de que a referida verba será devida apenas quando ele obtiver progressão de regime, livramento condicional ou cumprir a pena imposta, quando poderá exercer novamente atividade remunerada.

Irresignado, F. da G. interpôs a presente apelação cível, na qual sustentou que se encontra cumprindo pena em regime fechado e não pode afirmar que, ao obter a liberdade, conseguirá emprego que lhe dê condições de pagar os alimentos fixados.

Requereu, por isso, o provimento do recurso.

Com as contrarrazões da apelada (fls. 130-133), subiram os autos a este Tribunal.

Parecer do Excelentíssimo Procurador de Justiça Antenor Chinato Ribeiro às fls. 139-142.

VOTO

Cuida-se de apelação cível interposta por F. da G. da sentença que julgou parcialmente procedente a ação de alimentos deflagrada por A.B.D. da G., representada por D.D.R.

Com este recurso, ataca o apelante a sentença que lhe impôs o pagamento de pensão alimentícia em favor da apelada, condicionado à obtenção

de progressão de regime, livramento condicional ou cumprimento da pena, quando então poderá exercer atividade remunerada.

Consigne-se, em primeiro lugar, que não se está diante de uma sentença condicional, daquela vedada pelo parágrafo único do artigo 460 do Código de Processo Civil.

Sentença condicionada é aquela a que falta a inafastável característica da certeza, ou seja, é a que deixa dúvida quanto à composição do litígio, pois condiciona a procedência ou a improcedência o pedido do autor a um evento futuro e incerto. Seria o caso do *decisum* em que o juiz julga procedente a demanda, mas condiciona essa procedência ao preenchimento de determinados requisitos pelo autor.

A sentença condicionada é nula por carecer de certeza. Ora, ao decidir a lide, o juiz deve proferir sentença que declare a existência ou não do direito da parte, condene-a ou não a uma prestação, defira-lhe ou não a pretensão. O que não pode é condicionar qualquer desses provimentos a um evento futuro, carente ainda de demonstração.

Hélio do Valle Pereira diz ser condicionada a sentença que está "atrelada à ocorrência de hipotética circunstância, não demonstrada no curso do processo de conhecimento", e arrola como exemplo "a decisão que deferir a adjudicação compulsória de imóvel prometido à venda, 'desde que' o autor comprove, antes da expedição do mandado de registro, o cumprimento das obrigações contratuais" (*Manual de Direito Processual Civil*: roteiros de aula – processo de conhecimento. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 709).

No caso presente, a sentença é certa, pois declara a obrigação do apelante de pagar alimentos em favor de sua filha, independentemente de qualquer termo ou condição futura. O julgamento de procedência, como se vê, não está condicionado ao preenchimento de nenhum requisito. O

que se impôs, no entanto, é que se aguarde a superveniência de um termo inicial, relegando-se a execução para o futuro, e nisso não há nulidade.

Fixado esse ponto, não se acolhem as alegações do apelante, pois não pode ele, por ora, pretender exonerar-se da obrigação apenas com base no argumento de que provavelmente não terá condições de adimplir os alimentos fixados.

Somente quando a sentença puder ser executada, de acordo com o termo fixado, é que poderá o apelante reclamar a revisão do montante da obrigação, segundo as suas possibilidades financeiras, na forma dos artigos 1.699 do Código Civil e 471, inciso I, do Código de Procesos Civil.

Por isso, nega-se provimento ao apelo.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, esta Segunda Câmara de Direito Civil decide, por unanimidade , conhecer do presente recurso e desprovê-lo.

O julgamento, realizado no dia 18 de março de 2010, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Nelson Schaefer Martins, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz Carlos Freyesleben.

Funcionou como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Narcísio Geraldino Rodrigues.

Florianópolis, 30 de março de 2010.

Jaime Luiz Vicari
RELATOR

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2008.062441-9, de Gaspar

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

EXECUÇÃO. CITAÇÃO POR OFICIAL DE JUSTIÇA. DEVEDOR NÃO ENCONTRADO NO LOCAL QUE LHE SERVE DE DOMICÍLIO. SITUAÇÃO QUE, NOS TERMOS DO ARTIGO 653, *CAPUT*, DO CPC, AUTORIZA, À GUISA DE ARRESTO, VERDADEIRA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA PENHORA (PRÉ-PENHORA) INDEPENDENTEMENTE DE *FUMUS BONI JURIS* E *PERICULUM IN MORA*. ARTIGO 653, *CAPUT*, DO CPC. ALCANCE. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA E EXTENSIVA. POSSIBILIDADE DE QUE O ARRESTO CONCENTRE-SE ASSIM NOS BENS PERCEPTÍVEIS *PRIMUS ICTUS OCULI* PELO OFICIAL DE JUSTIÇA POR OCASIÃO DA DILIGÊNCIA CITATÓRIA, COMO TAMBÉM EM QUALQUER OUTRO QUE INTEGRE O PATRIMÔNIO DO EXECUTADO, ENTRE ELES O DINHEIRO NA FORMA DE DEPÓSITO BANCÁRIO OU APLICAÇÃO FINANCEIRA (ART. 655, I). PENHORA ELETRÔNICA, NESSE QUADRO, PERMITIDA INDEPENDENTEMENTE DE INVESTIGAÇÃO PRÉVIA E EXAUSTIVA DE OUTROS BENS PASSÍVEIS DE CONSTRIÇÃO. CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE, QUE, NA ESPÉCIE, NÃO DESAUTORIZA A DECRETAÇÃO DA MEDIDA. RECURSO PROVIDO.

1. A situação material (ausência do devedor no domicílio) que autoriza o Oficial de Justiça a arrestar os bens que lhe apareçam à vista não pode deixar de servir de fundamento a que o exequente formule ao magistrado pedido de penhora *on line*. Não parece razoável supor que a ausência do réu de seu domicílio permita o arresto de bens visíveis, entre eles o próprio dinheiro em espécie, mas que o dinheiro convertido na forma de depósito ou de aplicação financeira, equiparado àquele (em espécie) pela Lei 11.382/2006 (art. 655, I, CPC), se veja livre de idêntica medida. Cumpre não perder de vista que permitir-se o arresto de dinheiro em espécie pelo Oficial de Justiça, mas não o de dinheiro que está depositado em conta bancária, significa colocar a norma contra a realidade, contra aquilo que ordinariamente sucede no seio social (*eo quod plerumque fit*), porque certamente ninguém colocará em dúvida o franco desuso do avelhantado costume de acomodar-se dinheiro "embaixo do colchão".

2. Caso em que a norma inscrita na cabeça do artigo 653 deve ser apreendida não somente pelo que textualmente diz, mas sobretudo também pelo que o seu texto substancialmente permite em prol da efetividade da execução: a antecipação da penhora diante da só ausência do devedor de seu domicílio.

3. "Conquanto este Tribunal já tenha decidido que o deferimento da penhora *on line* de quantias depositadas em instituição financeira esteja condicionado à comprovação do exaurimento da busca por outros bens livres e desembaraçados sobre os quais possa recair a constrição, a Lei n. 11.382/2006 deu nova conotação ao instituto e, a partir de então, equiparou, para fins do estabelecimento na ordem preferencial da penhora o dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação financeira (artigo 655, I, do CPC), a qual pode ser deferida por meio eletrônico (artigo

655-A, do CPC). Da interpretação dos artigos 655, I, e 655-A, ambos do CPC, a conclusão a que se chega é no sentido de não mais se exigir que o credor comprove que procurou outros bens penhoráveis para, só então, requerer a penhora *on line* [...]" (REsp 1033820, Rel. Min. Massami Uyeda).

4. Além disso, "a penhora *on line* não implica quebra de sigilo bancário, nem é medida excepcional. Não se buscam informações sobre a movimentação financeira do executado. Pede-se ao Banco Central o bloqueio de dinheiro ou aplicação financeira do porventura existente, sem qualquer preocupação com a origem dos recursos" (JÚNIOR, Fredie Didier. Curso de Processo Civil – Execução. PODVM: Bahia, 2009, p. 606).

5. O STJ "firmou entendimento no sentido de que é possível a penhora do dinheiro existente em conta-corrente, sem que isso configure ofensa ao princípio previsto no art. 620 do CPC, segundo o qual a execução deve ser feita da forma menos gravosa para o devedor. Precedentes: AgRg no Ag nº 702.913/RJ, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, DJ de 19/06/2006; REsp nº 728.484/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 07/11/2005 e AgRg na MC nº 9.138/SP, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 14/03/2005" (AgRg no REsp 1066784, Rel. Ministro Francisco Falcão).

6. Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2008.062441-9, da comarca de Gaspar (2ª Vara), em que é agravante Isocley Bossi, e agravado Marco Antônio dos Santos:

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

RELATÓRIO

Isocley Bossi interpõe agravo de instrumento contra a decisão que, em ação de execução, negou pedido de que fosse arrestado, nos termos do artigo 653 do CPC, (**I**) dinheiro em depósito ou (**II**) aplicação em instituição financeira (art. 655, I, CPC) (penhora *on line*) existentes em nome do executado.

Alega que, frustrada a citação do réu, que não fora encontrado pelo Oficial de Justiça no endereço que sempre lhe serviu de domicílio (fl. 15), a leitura conjugada dos artigos 653, 655, I, e 655 – A, todos do CPC, aliada ao princípio de que a execução se faz no interesse do credor (art. 612, CPC), permite que o juízo da execução, pela via eletrônica, determine que o Banco Central bloqueie depósitos e aplicações financeiras.

Negada a concessão de antecipação de tutela recursal (fls. 44/45), a parte agravada, apesar de regularmente intimada (fl. 50), não apresentou contrarrazões.

VOTO

1. A decisão recorrida vem vazada nos seguintes termos:

> [...].
>
> Consoante asseverado por este Juízo em reiteradas decisões, **a utilização do sistema BACEN-JUD se justifica quando o credor efetivamente tomou providências concretas visando à localização de bens penhoráveis**, tais como pesquisas junto aos departamentos de trânsito e cartórios de registros de imóveis sem lograr êxito.
>
> E no caso dos autos **afigura-se prematuro o deferimento da providência requisitada pelo credor pois, segundo consta da certidão de fl. 13, sequer foi citado para pagar o débito**.
>
> É que além de não exauridas as tentativas normais de localização de bens, no momento do ato citatório pode o devedor pagar o débito, mostrando-se a medida deveras antecipada.

> [...] (fl. 31, sem destaque no original).

Por sua vez, a decisão negatória de tutela recursal está assim fundamentada:

> [...].
>
> Apesar da previsão do art. 612 do CPC, de que a execução dar-se-á no interesse do credor à luz dos princípios da utilidade e eficácia, **deve, também, ser respeitado o disposto no art. 620 do CPC (a ação executiva deve ser promovida pelo modo menos gravoso para o devedor).**
>
> **Reconheço a efetividade do sistema da penhora on line**, sendo forma aceita de se efetuar a constrição sobre dinheiro (art. 655, I). **Porém, neste caso, a medida é prematura; o devedor sequer foi citado, quando poderá quitar o débito no prazo que a lei concede**.
>
> Indefiro a liminar (fl. 44, sem destaque no original).

2. Peço vênia para diverjir dessas premissas.

2.1 É certo que a jurisprudência desta Corte (AI 2008.019026-2) e do STJ (AgRg no Ag 1012644) vinculavam a viabilidade da penhora *on line* ao esgotamento de todos os meios aptos à localização de bens passíveis de constrição.

Esse entendimento, porém, foi superado pela edição da Lei 11.382/2006, que equiparou 'dinheiro em espécie' a 'dinheiro em depósito' e a 'aplicações financeiras'(art. 655, I, CPC), e permitiu que o juiz, a requerimento do exequente, requisite à autoridade supervisora do sistema bancário informações sobre a existência de ativos em nome do executado (art. 655-A, CPC) (cf: STJ: AgRg no Ag 1050772; STJ - REsp 1101288; STJ - REsp 1085180; STJ - AgRg no Ag 1138725; TJSC - AI 2007.036544-0).

À guisa de ilustração, cito da jurisprudência do STJ:

> RECURSO ESPECIAL - AÇÃO MONITÓRIA - EMBARGOS INTEMPESTIVOS - MANDADO INJUNTIVO CONVERTIDO EM TÍTULO EXECUTIVO - PROSSEGUIMENTO PELO PROCEDIMENTO DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PENHORA ELETRÔNICA - COMPROVAÇÃO DO EXAURIMENTO DA BUSCA POR OUTROS BENS - PRESCINDIBILIDADE, APÓS O ADVENTO DA LEI N. 11.382/2006 - EXEGESE DOS ARTIGOS 655, I, E 655-A, DO CPC - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
>
> 1. [...].
>
> 2. **Conquanto este Tribunal já tenha decidido que o deferimento da penhora on line de quantias depositadas em instituição financeira esteja condicionado à comprovação do exaurimento da busca por outros bens livres e desembaraçados sobre os quais possa recair a constrição, a Lei n. 11.382/2006 deu nova conotação ao instituto e, a partir de então, equiparou, para fins do estabelecimento na ordem preferencial da penhora o dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação financeira (artigo 655, I, do CPC), a qual pode ser deferida por meio eletrônico (artigo 655-A, do CPC).**
>
> **3. Da interpretação dos artigos 655, I, e 655-A, ambos do CPC, a conclusão a que se chega é no sentido de não mais se exigir que o credor comprove que procurou outros bens penhoráveis para, só então, requerer a penhora *on line*** [...] (REsp 1033820, Rel. Min. Massami Uyeda, sem destaque no original).

No mesmo sentido o seguinte precedente deste Tribunal de Justiça:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE DETERMINOU A PENHORA ON LINE, PELO "SISTEMA BACEN JUD". INSURGÊNCIA DA EXECUTADA.
>
> [...].
>
> **FALTA DE ESGOTAMENTO DA VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE OUTROS BENS PASSÍVEIS DE SOFRER A CONSTRIÇÃO. IRRELEVÂNCIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 655, INCISO I, E 655-A, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REQUERIMENTO EXECUTIVO ULTERIOR AO ADVENTO DA REDAÇÃO ATUAL DOS**

> **REFERIDOS DISPOSITIVOS LEGAIS. EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL** [...] (AI 2009.026354-4, Rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, sem destaque no original).

Portanto, a chamada penhora *on line* não pressupõe investigação prévia e exaustiva da existência de outros bens em nome do executado e, por isso, esse fundamento não poderia servir de óbice ao acolhimento do pedido formulado pelo agravado no juízo *a quo*.

2.2. Para a decisão recorrida, a ausência de citação do devedor, por si só, está como a demonstrar o açodamento do decreto de penhora *on line*. Argumenta que, citado, remanesce ao devedor o direito de promover o pagamento no espaço de três dias, o que ilidiria a deflagração da penhora eletrônica.

Penso, porém, que a questão não se põe como aí formulada. Na espécie, a citação viu-se frustrada porque o executado não foi encontrado no local que até então lhe servia de domicílio (fl. 15). Essa circunstância, nos termos do artigo 653, *caput*, do CPC, permite que o Oficial de Justiça arreste, de imediato e sem ordem judicial, tantos bens quantos bastem para garantir a execução (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil - Execução. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007, v. 3, p. 442).

O arresto aí figurado não possui índole cautelar, mas executiva (ASSIS, Araken de. Manual da Execução. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008, 11ª ed., p. 585). Por isso que chamado de pré-penhora, viabiliza a "antecipação dos efeitos de uma futura penhora", dentre eles "a atribuição, ao exequente, do direito de preferência na participação do produto da expropriação do bem constrito" (JÚNIOR, Fredie Didier. Curso de Processo Civil – Execução. PODVM: Bahia, 2009, p. 509).

O deferimento da medida não supõe *fumus boni juris* nem *periculum in mora*, bastanto a "simples não localização do executado para a citação" (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz, *op cit*., p. 442).

Com efeito: o delineamento do arresto previsto no *caput* do artigo 563 do CPC indica a perfeita compatibilidade entre a (**I**) ausência de citação e possibilidade de pagamento voluntário no prazo tríduo com a (**II**) viabilidade de instituição de pré-penhora, é dizer, de antecipação dos efeitos de uma futura penhora.

Noutras palavras, a falta de citação e o consequente direito que remanesce ao executado de pagar no *tempus iudicati* não retira a possibilidade de que se antecipem os efeitos da penhora quando ele não for encontrado no local que lhe serve de domicílio. Tanto que, formalizado o auto de pré-penhora, o Oficial de Justiça, nos dez dias seguintes, procurará o devedor três vezes em dias distintos e, não o encontrando para a citação, certificará o ocorrido (art. 653, parágrafo único, CPC), após o que o credor deverá ser intimado para requerer a citação editalícia do devedor (art. 654, CPC). Logo, a falta de citação não impede a pré penhora; antes pelo contrário, a viabilidade dessa é que supõe aquela ausência.

3. Esse o quadro, a questão está no alcance da norma prevista na cabeça do artigo 653, ou seja, em saber se a pré-penhora aí figurada abrange apenas os bens perceptíveis *primus ictus oculi* pelo Oficial de Justiça por ocasião do ato citatório ou se, ao revés, abarca todos os bens do executado, entre eles o dinheiro na forma de depósito ou de aplicação em instituição financeira.

Meditando sobre o tema, estou em que a situação material (ausência do devedor no domicílio) que autoriza o Oficial de Justiça a arrestar os bens que lhe apareçam à vista não pode deixar de servir de fundamento a que o exequente formule ao magistrado pedido de penhora *on line*.

Entendo que a norma inscrita no artigo 653, *caput*, deve ser apreendida não somente pelo que textualmente diz, mas sobretudo também pelo que o seu texto permite em prol da efetividade da execução: *a antecipação da penhora diante da só ausência do devedor de seu domicílio*.

Não parece razoável supor que a ausência do réu de seu domicílio permita o arresto de bens visíveis, entre eles o próprio dinheiro em espécie, mas que o dinheiro convertido na forma de depósito ou de aplicação financeira, equiparado àquele (em espécie) pela Lei 11.382/2006 (art. 655, I, CPC), se veja livre de idêntica medida. Cumpre não perder de vista que permitir-se o arresto de dinheiro em espécie pelo Oficial de Justiça, mas não o de dinheiro que está depositado em conta bancária, agora por ato privativo do juízo, significa colocar a norma contra a realidade, contra aquilo que ordinariamente sucede no seio social (*eo quod plerumque fit*), porque certamente ninguém colocará em dúvida o franco desuso do avelhantado costume de acomodar-se dinheiro "embaixo do colchão".

Por isso, repito, a mesma situação que autoriza o Oficial de Justiça a arrestar bens dentro das possibilidades da natureza de suas atribuições (entre as quais não figura a requisição de penhora eletrônica) também deve permitir que o magistrado - igualmente no raio dos poderes que a lei lhe confere (art. 655 - A, CPC) - leve a efeito o arresto (na forma de pré-penhora *on line*) de dinheiro depositado em instituição financeira, medida rápida, barata, efetiva, que não viola nenhuma garantia constitucional do executado e que contribui para que esse saia do esconderijo em que eventualmente se encontre.

De resto, *ubi eadem est ratio*, *ibi idem este jus*, ou, em vernáculo, a mesma razão (ausência do devedor) autoriza a aplicação do mesmo direito (decretação da pré-penhora).

Sobre a penhora *on line* e algumas de suas particularidades, peço vênia para transcrever os seguintes magistérios da doutrina:

A penhora de dinheiro é a melhor forma de viabilizar a realização do direito de crédito, já que dispensa todo o procedimento destinado a permitir a justa e adequada transformação de bem penhorado – como o imóvel – em dinheiro, eliminando a demora e o custo de atos como avaliação e alienação do bem a terceiro.

Além disso, tal espécie de penhora dá ao exequente a oportunidade de penhorar a quantia necessária ao seu pagamento, o que é difícil em se tratando de bens imóveis ou móveis, os quais possuem valores 'relativos' e, por isto mesmo, são objeto de leilão público, ocasião em que a arrematação pode ocorrer por preço inferior ao de mercado.

[...].

O acesso a este sistema confere ao juiz a possibilidade de obter informações sobre depósitos bancários – em conta-corrente ou aplicação financeira – do executado, realizados em qualquer instituição financeira e localidade do país. Com isto, o magistrado também fica com o poder de determinar o bloqueio do valor do crédito executado, concretizando o direito do exequente à penhora de dinheiro.

Contudo, posições sociais não interessadas nesta forma de penhora já alardeiam a tese de que a penhora on line viola o direito à intimidade do executado. Este argumento, que chega a ser risível, sequer mereceria análise, não fosse o estrago que pode provocar no sistema executivo de tutela dos direitos.

Antes de tudo, é preciso deixar claro que o exequente tem o direito de saber se o executado possui dinheiro depositado em instituição financeira pela mesma razão que possui o direito de saber se o executado é proprietário de bem imóvel ou móvel. Ou seja, tal direito é consequencia do direito à penhora, que é corolário do direito de crédito e do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, da CF). De modo que a requisição de informações ao Banco Central objetiva apenas permitir a penhora, que é inquestionável direito daquele que tem direito de crédito reconhecido em título executivo, particularmente em sentença condenatória não adimplida, nada tendo a ver com alguma intenção de violar o direito à intimidade.

Como é óbvio, não há qualquer violação de intimidade ao se obter informações a respeito da existência de conta corrente ou aplicação financeira. Ora, se o exequente não tivesse direito de saber se o exe-

> cutado possui conta corrente ou aplicação financeira, o executado certamente não teria dever de indicar à penhora dinheiro depositado ou aplicado em instituição financeira.
>
> [...].
>
> **O exequente necessita saber se existe depósito ou aplicação em valor suficiente para garantir a execução, sem ter a necessidade de conhecer os valores dos últimos movimentos bancários, como tais valores forem empregados ou quais foram os seus beneficiários** (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz, *op cit*., p. 272).

Nesse sentido, como leciona Didier Júnior a propósito da inexistência de quebra de sigilo bancário por efeito da penhora *on line*:

> [...] **é preciso realçar um ponto da mais alta relevância: a penhora *on line* não implica quebra de sigilo bancário, nem é medida excepcional.** Não se buscam informações sobre a movimentação financeira do executado. Pede-se ao Banco Central o bloqueio de dinheiro ou aplicação financeira do porventura existente, sem qualquer preocupação com a origem dos recursos. [...].
>
> A penhora *on line* não pressupõe a existência de perigo ou de esgotamento da busca por outros bens, conforme já se disse no item sobre a ordem legal de preferência para a penhora. É medida simples e barata, que merece ser estimulada e que, a despeito da ausência de dados mais precisos, se tem revelado muito eficaz na praxe forense. A penhora *on line* é meio executivo que está em conformidade com o princípio da adequação, constituindo-se na 'principal modalidade executiva destinada à execução pecuniária, razão pela qual não se pode negá-la ao exequente, argumentando-se, por exemplo, não ter o órgão judiciário como proceder a tal forma de penhora ou não possuir o juiz da causa senha imprescindível para tanto (*op cit*. fl. 606).

Na mesma direção, Humberto Theodoro Júnior, após demonstrar que a penhora *on line* não é novidade no nosso ordenamento, rebate as conhecidas objeções a sua adoção:

> A penhora de dinheiro em depósito bancário ou aplicação financeira não é novidade no direito processual civil brasileiro. Inquestiona-

velmente, quando o antigo texto do artigo 655 do CPC colocava o dinheiro no primeiro grau de preferencia da penhora, na expressão legal tanto se incluía o dinheiro em caixa como o dinheiro recolhido em conta bancária.

O que fez a Lei 11.382/2006 – a par de clarear o enunciado do inc. I do art. 655 – foi apenas disciplinar em texto legal o que já se praticava no foro, em matéria de penhora de saldos bancários do executado. A dificuldade prática situava-se na busca desses saldos, embaraço esse que a Justiça Federal procurou contornar mediante convênio com o Banco Central para propriciar, por via eletrônica, a informação de que o juízo da execução dependia para formalizar a penhora do numerário mantido pelo executado em custódia ou aplicação junto a alguma instituição financeira.

Como essa prática, embora não fosse ilegítima, ensejava resultados às vezes inconvenientes e lesivos aos executados, a lei 11.382/2006 cuidou de traçar um procedimento específico que, a um tempo, assegurasse a via expedita e eficiente da penhora eletrônica em favor dos credores, e, em contrapartida, evitasse ônus e excessos desnecessários e prejudiciais aos devedores.

Na verdade, embora na linguagem corrente do foro se fale em penhora on line, dando a impressão de que o ato executivo se efetive instantaneamente por meio puramente eletrônico, o que o juíz da execução faz é apenas obter, por meio da Internet, uma informação acerca de saldo do devedor que possa garantir a execução. Comprovada tal existência, poderá o montante necessário ser bloqueado para que, posteriormente, e dentro do processo, sobre ele venha a recair a penhora, a ser no momento certo formalizada segundo as regras normais do Código de Processo Civil.

[...].

Entre juízes, principalmente, surgiram resistências à penhora on line ao argumento de que sua rapidez e unilateralidade ofenderiam o princípio do contraditório, privando o devedor de oportunidade de defesa preventiva contra sua efetivação. Ora, as liminares e as medida preventivas sempre encontraram em nosso direito processual possibilidade de efetivação inaudita altera parte.

Na própria execução por quantia certa há previsão de medida cautelar de arresto realizável de ofício, antes mesmo da citação do

> **devedor (art. 653, CPC)**, ou a requerimento do credor, formulado desde logo na petição inicial (art. 615, III, CPC). O bloqueio de saldo bancário, por suas características, e pelo propósito evidente de impedir o desvio do numerário antes da formalização da penhora, tem nítido feitio de medida cautelar, cuja extrema urgência justifica a prática *inaudita altera parte.*
>
> Em situações como essa não se viola o contraditório, já que não se priva a contraparte de se defender logo após a medida constritiva urgente. Há tão-somente uma inversão cronológica imposta pela natureza da medida: para assegurar a eficiência do provimento, primeiro se executa, para depois permitir a discussão sobre usa manutenção ou rejeição. É o princípio do acesso pleno e efetivo á tutela da jurisdição que exige que assim se proceda nos juízos de urgência e outros que a eles se assemelhem, dentro da técnica do moderno *processo justo* (*In* Revista de Processo. A penhora on line e alguns problemas gerados pela sua prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34 - outubro - 2009. N. 176, fls. 18-19/21-22).

E, quanto à inexistência de lesão ao sigilo bancário, prossegue o jurista:

> Outra objeção que se levantou contra o mecanismo da penhora on line, no plano constitucional, seria a violação da garantia da intimidade prevista no art. 5º, X, da CF, a qual incluiria em seu âmbito o sigilo bancário.
>
> De fato, não se permite ao credor, nem ao juiz, proceder a uma devassa nas contas bancárias do devedor, sem limites e justificativas, já que isto, realmente, quebraria o sigilo bancário, que a lei quer assegurar aos clientes do sistema financeiro. Mas não é isso que o atual art. 655 – A do CPC, ao regular a penhora on line, autoriza.
>
> A justificativa da quebra do sigilo, representada pelo direito do credor de penhorar o dinheiro do executado mantido em poder do banco prevalece até o limite de descobrir a existência de soma suficiente para a efetivação da penhora. Nada mais do que isto é lícito ao juiz requisitar do sistema bancário, segundo a regra muito clara do novo art. 655 – A.
>
> Portanto, se o Banco Central e o juiz, a pretexto de preparar a penhora, franqueia ao exequente informações acerca dos depósitos e

> aplicações financeiras do devedor em termos e dimensões que vão além da existência do valor indicado na execução", cometem indubidosa ofensa á garantia da intimidade, na feição do sigilo bancário. Se isto está acontecendo não é por permissão da lei processual, mas por evidente e inaceitável abuso de autoridade (*op cit* fl. 22).

A propósito, veja-se que o Conselho Nacional de Justiça, manifestando-se no Pedido de Providências 2007.10.00.001581-8, instaurado por conta da insurreição de um magistrado vinculado ao TJMG em aceitar norma baixada pela Corregedoria da Corte tornando obrigatório o cadastramento dos juízes no Sistema Bacen Jud, teceu os seguintes e importantes comentários sobre a penhora on line:

> Qualquer instrumento de agilização, comprovadamente eficaz, que venha a desembaraçar e simplificar o andamento das ações deve ser compulsório ao magistrado.
>
> Meios ultrapassados e ineficientes à solução do crédito exequendo devem, necessariamente, ceder a novas práticas administrativas que permitam a entrega célere e eficaz da prestação jurisdicional.

E na ementa, inscreveu-se:

> Juiz de Direito do TJMG. Pedido de Providências.
>
> Obrigatoriedade do cadastramento do magistrado que atue em processo de execução de quantia certa contra devedor solvente no sistema 'Bacen Jud', também conhecido como 'penhora on line'.
>
> I – A penhora on line é um instrumento que não pode ser desconsiderado pelo magistrado e decorre de inegável avanço tecnológico que traz maior celeridade e efetividade ao processo de execução, aumentando o prestígio e a confiabilidade das decisões judiciais.
>
> II – A obrigatoriedade do cadastramento no sistema não retira do julgador a possibilidade de avaliação e do método em conformidade com as características singulares do processo e a legislação em vigor (CNJ – Pedido de Providencias 2007.10.00.001581-8, Rel. Cons. Felipe Locke Cavalcanti).

4. Convém fazer algumas considerações sobre o chamado princípio da 'menor onerosidade da execução', extraído no artigo 620 do CPC, à luz

do qual "Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor".

Certo, como anota Barbosa Moreira, "[...] a opção pelo meio menos gravoso pressupõe que os diversos meios considerados sejam igualmente eficazes" (*in* Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. Temas de Direito Processual – quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 221).

De fato, havendo pluralidade de meios igualmente eficazes, escolher o mais gravoso deles constitui não apenas abuso de direito, que se convola em ato ilícito (art. 187, CC/02), mas também agressão ao princípio da proporcionalidade e até mesmo conduta impregnada do mais puro e injustificável sadismo com relação à figura já sofrida do devedor.

Já isso não se dá quando o que existe não é a diversidade de "meios" igualmente eficazes, de modais de execução similares, mas sim a diversidade de tutelas, de finalidades a ser alcançadas pela execução.

Por isso, na linha de sadia doutrina, referido princípio não autoriza "a interpretação de que o valor da execução deve ser reduzido, para que o executado possa cumprir a obrigação, ou de que se deve tirar o direito do credor de escolher a prestação na obrigação alternativa, muito menos permite que se crie um direito ao parcelamento da dívida, ou direito ao abatimento dos juros e da correção monetária, etc" (JÚNIOR, Fredie Didier. Curso de Processo Civil – Execução. PODVM: Bahia, 2009, p. 57).

E, principalmente, como acentua o autor baiano, não é correta "**a interpretação que pretende extrair do texto normativo a impossibilidade de penhora de dinheiro, porque é sempre mais oneroso ao executado: a penhora em dinheiro é sempre mais favorável ao exequente, não existindo outro meio tão eficaz quanto ele**" (*op. cit.* p. 57, sem destaque no original).

Essa é a orientação do STJ:

> [...] esta Corte firmou entendimento no sentido de que é possível a penhora do dinheiro existente em conta-corrente, sem que isso configure ofensa ao princípio previsto no art. 620 do CPC, segundo o qual a execução deve ser feita da forma menos gravosa para o devedor. Precedentes: AgRg no Ag nº 702.913/RJ, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, DJ de 19/06/2006; REsp nº 728.484/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 07/11/2005 e AgRg na MC nº 9.138/SP, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 14/03/2005 (AgRg no REsp 1066784, Rel. Min. Francisco Falcão).

E ainda:

> PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA ON LINE. POSSIBILIDADE. MENOR ONEROSIDADE PARA O DEVEDOR. ARTS. 620 E 655 DO CPC.
>
> 1 - Conforme a pacífica jurisprudência desta Corte, a determinação de penhora on line não ofende a gradação prevista no art. 655 do CPC e nem o princípio da menor onerosidade da execução disposto no art. 620 do CPC. Precedentes.
>
> 2 - Agravo regimental desprovido (AgRg no Ag 935.082/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves).

E deste Tribunal de Justiça:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO DECRETANDO A PENHORA ON LINE. NÃO ESGOTAMENTO DE OUTROS MEIOS PARA LOCALIZAÇÃO DE BENS PASSÍVEIS DE CONSTRIÇÃO. DESNECESSIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 655-A DO CPC. **SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA: DEPÓSITO EM DINHEIRO POR FIANÇA BANCÁRIA. NÃO ACEITAÇÃO. PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE SUBORDINADO AO DA UTILIDADE DA EXECUÇÃO**. RECURSO NEGADO (AI 2007.036544-0, Rel. Des. Cesar Abreu, sem destaque no original).

5. Isso posto, voto pelo provimento do recurso.

DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara decide, por unanimidade, dar provimento ao recurso.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Marcus Tulio Sartorato.

Florianópolis, 9 de fevereiro de 2010.

Maria do Rocio Luz Santa Ritta
RELATORA

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2008.053161-9, de Timbó

Relator: Des. Fernando Carioni

APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO CUMULADA COM DANOS MORAIS – ILEGITIMIDADE PASSIVA DA ENTIDADE HOSPITALAR – PREFACIAL AFASTADA – RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO – PARTO NORMAL – TRABALHO QUE PERDURA POR QUINZE HORAS – CONTROLE DA FREQUÊNCIA CARDÍACA FETAL INSUFICIENTE – MÉDICO RESPONSÁVEL QUE NÃO DESEMPENHA ASSISTÊNCIA À PARTURIENTE DE FORMA EFICAZ – ÓBITO DO RECÉM-NASCIDO – ASPIRAÇÃO DO MECÔNIO – INDICIO DE SOFRIMENTO FETAL – NEGLIGÊNCIA CONFIGURADA – CULPAS DO PROFISSIONAL DA SAÚDE E DO NOSOCÔMIO EVIDENCIADAS – DEVER DE INDENIZAR – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – OBSERVÂNCIA AOS CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – JUROS DE MORA – TERMO DE INCIDÊNCIA – RECURSOS DO MÉDICO DESPROVIDO E DO NOSOCÔMIO PARCIALMENTE PROVIDO.

"Ainda que o médico causador do ilícito não tenha relação empregatícia com a instituição hospitalar, certa é a legitimidade passiva do nosocômio que admite a atuação do profissional em seu estabelecimento, como parte do corpo clínico, tanto que plantonista no dia dos fatos. Disso decorre a responsabilidade solidária do hospital, independentemente de culpa, por danos causados a terceiros na atuação do profissional" (Ap. Cív. n. 2007.038079-6, de Lages, rel. Des. Henry Petry Junior, j. em 2-12-2008).

"A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza.

O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional" (Capítulo I da Resolução CFM n. 1931/2009).

Ainda que a obrigação médica seja de meio e não de resultado, quando verificado pelas provas coletadas nos autos que houve uma relação de causalidade entre a injuridicidade da ação e o mal causado ao paciente, e amoldando-se ela em uma das modalidades da culpa (imprudência, imperícia e negligência), sobressai ao profissional da saúde a obrigação de indenizar os danos morais e materiais que o ato gerou.

A constatação de que houve aspiração pelo recém-nascido de líquido meconial faz presumir, salvo prova em contrário, que houve sofrimento fetal.

O transcurso de mais de 15 horas de trabalho de parto após o rompimento da bolsa d'água, a falta de acompanhamento presencial do médico responsável pelo parto e, principalmente, a ausência de monitoramento rigoroso da frequência cardíaca fetal são circunstâncias, senão determinantes, mas que de algum modo influenciaram para o óbito do feto; assim, tem-se como devidamente caracterizado o nexo de causalidade necessário à responsabilização civil por erro médico.

A indenização por danos morais deve ser fixada com ponderação, levando-se em conta o abalo experimentado, o ato que o gerou e a situação econômica do lesado; não pode ser exorbitante, a ponto de gerar enriquecimento, nem irrisória, dando azo à reincidência.

Em se tratando de responsabilidade contratual, os juros de mora tem como termo de incidência a citação.

AGRAVO RETIDO – INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL – CERCEAMENTO DE DEFESA – DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO – RECURSO DESPROVIDO.

O indeferimento de prova não caracteriza cerceamento de defesa, uma vez que, mesmo cabendo às partes o *onus probandi*, é o juiz quem verifica a sua conveniência e seleciona quais as indispensáveis para a instrução e julgamento do feito, porquanto impera o princípio da persuasão racional.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.053161-9, da comarca de Timbó (1ª Vara Cível e Criminal), em que são apelantes Romariz Vollmer Jacques e Ordem Auxiliadora das Senhoras Evangélicas de Timbó – Hospital e Maternidade Oase, e apelados Vilmar Bolduan e Roseli Aparecida Uller Bolduan:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento ao apelo interposto por Romariz Vollmer Jacques e ao agravo retido e dar parcial provimento à apelação cível do Hospital e Maternidade Oase. Custas legais.

RELATÓRIO

Vilmar Bolduan e Roseli Aparecida Uller Bolduan ajuizaram ação de indenização por ato ilícito cumulado com danos morais contra o Hospital e Maternidade Oase, na qual relataram que a autora durante o sétimo mês de gravidez submeteu-se a um exame de ultrassonografia, realizado pelo médico Jair A. de Souza e Silva, em que se constatou a necessidade de realização de uma cesariana em razão do tamanho da criança.

Acrescentaram que com exceção do tamanho da criança, um pouco acima da média, tratava-se de uma gestação perfeitamente normal.

Salientaram que, objetivando realizar uma laqueadura, foi a autora orientada a procurar um médico conveniado ao município, razão pela qual passou a ser atendida por Romariz Vollmer Jacques, o qual confirmou o diagnóstico que havia sido feito anteriormente, que indicava a cesariana.

Ressaltaram que, no oitavo mês de gestação, a requerente foi novamente examinada pelo Dr. Jacques, que na oportunidade reiterou que estava tudo bem, bastando aguardar a hora do nascimento, previsto para o dia 10 de junho de 2000, que seria feito por meio de uma cesariana, com a realização conjunta da laqueadura.

Destacaram que, no dia 9 de junho de 2000, por volta das 5h, a requerente entrou em trabalho de parto, sendo então levada para o nosocômio réu, conforme havia sido combinado com o Dr. Jacques. Chegando ao local, a autora foi examinada por uma parteira às 7h, a qual se incumbiu de chamar imediatamente o médico responsável.

Mencionaram que às 8h a autora foi atendida pelo mencionado médico, que informou à requerente que o bebê estava bem e que deveria aguardar a hora do parto. Acrescentaram que o médico voltou às 14h30min e informou que ainda não estava na hora de a criança nascer, retornando às 17h, quando comunicou que não seria necessária a realização da cesariana, ignorando por completo o que havia recomendado nas consultas anteriores, bem como o desejo da autora de realizar a laqueadura.

Afirmaram que às 19h a Dra. Ruth, esposa do Dr. Jacques, constatou que já havia passado a hora de a criança nascer e, ainda, que a criança estava "virada", pelo que, nesse momento, iniciou-se o parto normal.

Informaram que a criança nasceu às 20h35min com parada cardiorrespiratória, vindo a óbito aos 10 (dez) minutos do dia 10 de junho de 2000.

Sustentaram que por perdurar 12 (doze) horas o trabalho de parto, sem o devido atendimento por parte do hospital demandado, somado ao parto tardio realizado de modo incorreto resultaram no óbito do bebê.

Alegaram, também, que não fora realizada a devida assepsia na autora, o que implicou na permanência de resíduos em seu útero, razão pela qual sofreu uma hemorragia de grandes proporções, tendo sido removida para o Hospital Santo Antônio em Blumenau onde foi submetida a uma curetagem.

Arguiram que a autora sofreu sequelas gravíssimas em seu aparelho reprodutor, inclusive com risco de esterilidade.

Disseram que, diante de seu quadro debilitado, a requerente nem sequer pôde participar do velório e sepultamento do filho recém-nascido.

Postularam, a par desses fatos, a condenação do hospital réu ao pagamento de indenização por danos morais em valor não inferior a 100 (cem) salários-mínimos, bem como ao pagamento de todas as despesas médicas e hospitalares que se fizessem necessárias ao completo restabelecimento da autora, que deverá ser submetida a tratamento médico para recuperar sua condição de gerar filhos.

Carrearam aos autos os documentos de fls. 19-56.

Citado, o Hospital e Maternidade Oase ofereceu resposta, na qual requereu, preliminarmente, a denunciação da lide a Romariz Vollmer Jacques.

No mérito, afirmou que, contrariando os fatos narrados na exordial, as provas juntadas pelos próprios requerentes, mormente os prontuários

médicos, demonstram que o atendimento prestado pelo hospital, em decorrência do procedimento médico, foi procedente e adequado.

Asseverou que o resultado do exame pré-natal ultrassonográfico obstétrico denota a gestação de um feto dentro dos padrões normais, não havendo nenhum indicativo de necessidade de cesariana.

Destacou que o minucioso relatório de enfermagem, cujos registros não só atestam o estado clínico da parturiente, como também comprovam que, no momento da internação no hospital, às 5h30min, foram-lhe dispensados pelo corpo técnico e paramédico todos os cuidados necessários.

Sustentou que, em decorrência da verificação dos "sinais vitais para subsídios do diagnóstico médico", realizada, inicialmente, pelo auxiliar de enfermagem Ivo Anacleto, foram registradas a tensão arterial, temperatura auxiliar e pulso, dilatação, intervalo das contrações, aparência do líquido e outras observações, e dada ciência ao Dr. Jacques, responsável pela paciente.

Acrescentou que, durante todo o dia 9-6-2000, a parturiente foi corretamente acompanhada por sua equipe de enfermagem, que repassou as informações das atividades que lhe são afetas ao médico responsável.

Sustentou, a par desses fatos, que não há admitir a hipótese de participação dos enfermeiros no evento danoso, uma vez que os prontuários de atendimento demonstram, de forma inequívoca, que estiveram presentes no atendimento da paciente, desempenhando suas atribuições com zelo e competência.

Ressaltou que, igualmente, não há atribuir responsabilidade ao médico responsável pela parturiente, tendo em vista que a evolução clínica da paciente comprova que o parto foi realizado no momento oportuno e adequado.

Enfatizou que a versão apresentada pelos requerentes de que a Dra. Ruth Jacques teria feito o "exame de toque e notado que a criança estava virada" é totalmente inverídica, pois a distocia de posição não ocorreu conforme comprovado por meio dos mencionados prontuários.

Concluiu, por fim, que os médicos agiram com perícia durante e após o parto normal, assistindo à paciente e, até mesmo, buscando auxílio de profissional médico especialista, Dr. Ian Robert Rehfeldt, que recomendou a transferência da paciente ao Hospital Santo Antônio, em Blumenau, razão pela qual está claro que cumpriu rigorosamente com todas as obrigações, desde o momento em que recebeu a parturiente, passando pelo nascimento da criança, até a remoção da requerente para um hospital de referência na região.

Juntou documentos (fls. 80-109).

Houve réplica.

Foi deferida a denunciação da lide ao médico Romariz Vollmer Jacques.

Citado, o denunciado ofereceu contestação, na qual afirmou que a autora recebeu o correto e adequado atendimento, razão por que não existe nexo de causalidade entre o procedimento médico adotado e os eventos narrados na exordial.

Registrou que os autores litigam de má-fé, pois alegam que a autora teria sofrido sequelas que a levaram à esterilidade, quando, em verdade, recentemente, deu à luz um menino nascido no Hospital de Caridade de Timbó.

Declarou que, em momento algum, a autora mencionou que pretendia fazer uma cesariana ou laqueadura, ou que o Dr. Jair, médico que a atendeu até o sétimo mês de gestação, teria dito que a criança era grande.

Sustentou que a autora foi corretamente atendida, de acordo com a rotina, em que o médico inicialmente examina a paciente, permanece, após, uma parteira que controla a evolução do parto e os batimentos fetais, comunicando os dados ao médico.

Enfatizou que a duração do parto é variável e pode perdurar por até 24 (vinte e quatro) horas.

Ressaltou que, no momento apropriado, com sua assistência e da Dra. Ruth, a criança nasceu. Acrescentou que, ao contrário do afirmado na exordial, a criança não estava virada, e que não foi necessária a realização de procedimento para colocar a criança na posição correta para o parto normal.

Afirmou que, durante todo o tempo de expulsão, os batimentos fetais estavam sendo monitorados e eram absolutamente normais. Destacou que o fato de o bebê ter nascido com incapacidade de respirar por conta própria é indicativo de que havia alguma anormalidade que não foi possível detectar na vida intrauterina.

Concluiu que múltiplos fatores podem ter conduzido à morte da criança, não havendo nenhuma indicação de que supostas ações ou omissões do demandado ou de prepostos do hospital tenham dado causa, ou mesmo contribuído, para o evento.

Houve impugnação à contestação.

Realizada audiência, foi infrutífera a proposta conciliatória. No mesmo ato, foram colhidos os depoimentos pessoais da autora e do denunciado, com a dispensa dos demais. À vista da informação de que seria declarada encerrada a instrução, o procurador do nosocômio réu reiterou o pedido de prova pericial, a qual foi indeferida pelo Magistrado.

Contra essa decisão, o Hospital e Maternidade Oase interpôs agravo retido, reafirmando a necessidade de produção de prova pericial.

Apresentadas alegações finais, sobreveio sentença, na qual o magistrado *a quo*, Dr. Roberto Lepper, resolveu a lide nos seguintes termos:

> I) JULGO PROCEDENTE, em parte, os pedidos veiculados nesta AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO proposta por VILMAR BOLDUAN e ROSELI APARECIDA ULLER BOLDUAN contra HOSPITAL E MATERNIDADE OASE, condenando o réu no pagamento de indenização por danos morais aos autores, no valor de R$ 90.000,00, corrigido monetariamente pela variação do INPC desde a data desta sentença [...]. Ao cálculo desta indenização também deverão ser acrescentados juros legais (6% ao ano), estes a fluir do evento danoso. É que, "em se tratando de ilícito, quer civil, quer penal, os juros moratórios contam-se a partir da data do fato (art. 962, do CC), sendo aplicável a Súmula 54, do STJ" [...]; a partir da vigência do Código Civil de 2002, o cálculo deverá embutir juros legais de 12% ao ano (artigo 406). Considerando que os autores decaíram de parte mínima do pedido, arcará o réu, ainda, com as despesas processuais e honorários advocatícios, que estabeleço em 15% do valor atualizado da condenação (CPC, art. 20, § 3º, e 21, parágrafo único).
>
> II) JULGO PROCEDENTE a denunciação da lide formulada pelo HOSPITAL E MATERNIDADE OASE contra ROMARIZ VOLLMER JACQUES, e, em conseqüência, condeno o litisdenunciado a ressarcir ao litisdenunciante o equivalente ao valor que vier a despender em razão da condenação sofrida na lide principal, em valores a serem devidamente corrigidos desde o efetivo desembolso, devidamente acrescidos de juros de mora, a fluir da citação. Condeno, ainda, o litisdenunciado no pagamento das despesas processuais relativas a esta lide secundária, bem como honorários advocatícios do procurador do denunciante, que estabeleço em 15% a incidir sobre o valor da condenação (fls. 264-265).

Romariz Vollmer Jacques interpôs recurso de apelação, no qual sustentou, em apertada síntese, que não há afirmar, com a necessária certeza, que os procedimentos médicos empregados por ele foram incorretos, ou que sua conduta foi negligente para com a gestante e o nascituro, como entendeu o ilustre Magistrado sentenciante.

Requereu, por fim, caso seja mantida a decisão, a minoração da verba indenizatória para, no máximo, R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Igualmente inconformado, o Hospital e Maternidade Oase interpôs apelação cível, na qual postulou, em âmbito preliminar, o conhecimento e provimento do agravo retido por ele interposto.

Reiterou sua ilegitimidade para figurar no polo passivo do feito.

No mérito, afirmou não concordar com os fundamentos do *decisum*, mormente no que tange à existência de conduta que justifique sua condenação ao pagamento da indenização por danos morais.

Acrescentou inexistirem provas acerca do nexo de causalidade entre o atendimento prestado à parturiente e o óbito do recém-nascido.

Destacou que não há falar em responsabilidade objetiva, porquanto a matéria não admite a aplicação do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

No mais, reafirmou as teses expostas na contestação.

Pleiteou, ao final, caso mantida a procedência da ação, a redução do *quantum* indenizatório, devendo ser arbitrado, no máximo, 1/5 (um quinto) do valor estipulado pela instância *a quo*, bem como a fixação dos juros moratórios e da correção monetária a partir da decisão condenatória.

Contra-arrazoados os apelos, ascenderam os autos a esta Corte.

Diante da possibilidade de composição das partes, os autos foram remetidos ao Núcleo de Conciliação deste egrégio Tribunal; todavia, foi infrutífera a proposta conciliatória.

VOTO

Inicialmente, cabe apreciar o agravo retido interposto pelo Hospital e Maternidade Oase às fls. 185-190 contra a decisão proferida na audiência

de instrução e julgamento, que deu por encerrada a instrução e indeferiu o pedido de produção de prova pericial, sob o argumento de que, em se tratando de matéria de alto grau de complexidade, mister se faz a elaboração de laudo pericial por especialista da área da medicina, com o fito de traduzir as informações de caráter eminentemente técnico constantes nos documentos que instruem o processo.

Por oportuno, vale lembrar que a audiência de instrução e julgamento bem como a interposição do agravo retido se deram no ano de 2003, quando ainda não vigorava a Lei n. 11.187/05, que modificou o § 3º do artigo 523 do Código de Ritos, estipulando a interposição oral e simultânea do agravo retido contra as decisões proferidas em audiência.

Pois bem, apesar de o Código de Processo Civil dispor que o ônus da prova é das partes (art. 333 do CPC), é o Juiz quem verifica a conveniência de sua produção, selecionando quais as indispensáveis para a instrução e julgamento da lide.

A respeito, colhe-se da doutrina de Humberto Theodoro Júnior:

> A liberdade da parte situa-se no campo da propositura da demanda e na fixação do *thema decidendum*. No que diz respeito, porém, ao andamento do processo e à sua disciplina, amplos devem ser os poderes do juiz, para que se tornem efetivos os benefícios da brevidade processual, da igualdade das partes na demanda e da observância da regra de lealdade processual. O mesmo se passa com a instrução probatória. No que toca à determinação e produção das provas, toda liberdade deve ser outorgada ao juiz, a fim de que possa ele excluir o que se mostrar impertinente ou ocioso, e de seu ofício determinar que se recolham provas pelas partes não provocadas de qualquer natureza (*Curso de direito processual civil*. Editora Forense, 1998. v. I. p. 44).

É deste Tribunal:

> Em matéria de prova o poder inquisitivo do juiz é maior do que em qualquer outra atividade processual. Sendo o destinatário da prova, não é mero espectador da luta de partes, podendo, por

> isso mesmo, deferir ou indeferir as diligências que, a seu juízo, são inúteis ou protelatórias. Conquanto o ônus da prova caiba às partes (art. 333), é o juiz quem formula um juízo de conveniência, selecionando, dentre as requeridas, as necessárias à instrução do processo (AI n. 1996.005699-8, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 12-9-1996).
>
> Inexiste cerceamento de defesa quando o juiz, considerando desnecessária a dilação probatória, julga antecipadamente a lide com base nos elementos até então coligidos, notadamente se as provas requeridas evidentemente não alterariam a solução adotada (Ap. Cív. n. 2005.020038-2, de Lages, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. em 27-1-2006).

Outrossim, é consabido que vige no sistema legal pátrio o princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do CPC), de forma que as provas produzidas no processo podem ser apreciadas livremente pelo magistrado, o qual, após confrontá-las, firmará seu posicionamento com base naquelas que gozarem de maior credibilidade.

A propósito, acerca do princípio da persuasão racional, ou do livre convencimento motivado, leciona Moacyr Amaral Santos:

> Conforme este princípio, ao juiz é concedido o poder de formar livremente a sua convicção quanto à verdade emergente dos fatos constantes dos autos. Quer dizer que o juiz apreciará e avaliará a prova dos fatos e formará a sua convicção livremente quanto à verdade dos mesmos. É o que reza o art. 131, do Código de Processo Civil: "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas, deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".
>
> [...]
>
> Entretanto, liberdade de convencimento não equivale a convencimento arbitrário. A convicção, que deverá ser motivada, terá que se assentar na prova dos fatos constantes dos autos e não poderá desprezar as regras legais, porventura existentes, e as máximas de experiência. O juiz, apoiado na prova dos autos, pela influência que exercer em seu espírito de jurista e de homem de bem, formará

> a convicção a respeito da verdade pesquisada (*Primeiras linhas de direito processual civil*. Saraiva, 1997. v. 2. p. 78).

É do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> [...] I – A livre apreciação da prova desde que a decisão seja fundamentada, considerada a lei e os elementos existentes nos autos, é um dos cânones do nosso sistema processual (REsp n. 7.870/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 3-12-1991).

Desta Corte:

> [...] O Juiz é o destinatário da prova, cabendo-lhe sua apreciação e valorização de forma livre, indicando na decisão os motivos formadores de seu convencimento (Ap. Cív. n. 1997.001351-5, de São José, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. em 10-6-1997).

Dessarte, o que se exige do Magistrado é que, uma vez abalizadas as provas constantes dos autos, apresente os motivos justificadores de sua decisão, como de fato ocorreu no caso *sub judice*.

Assim, por ser o juiz livre na forma de instruir o processo (art. 130 do CPC), bem como por ter ele apresentado satisfatoriamente os motivos que ensejaram sua decisão, não há falar em cerceamento de defesa pelo indeferimento da prova pericial.

Desse modo, nega-se provimento ao agravo retido.

Dito isso, passa-se ao exame das apelações cíveis interpostas pelo Hospital e Maternidade Oase e por Romariz Vollmer Jacques com o desiderato de verem reformada a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados por Vilmar Bolduan e Roseli Aparecida Uller Bolduan nos autos da ação de indenização por ato ilícito cumulada com danos morais.

Retira-se dos autos que a autora deu entrada no nosocômio apelante às 5h30min do dia 9 de junho de 2000, em trabalho de parto com a bolsa d'água rompida, permanecendo internada sob os cuidados do Dr. Romariz

Vollmer Jacques. Às 20h35min a parturiente deu à luz um menino, por meio de parto normal, o qual veio a falecer aos 10 minutos do dia 10 de junho de 2000, em virtude de parada respiratória e aspiração de líquido meconial, conforme se extrai da certidão de óbito colacionada à fl. 55.

Inconformados, a parturiente e seu esposo ajuizaram a presente demanda ao fundamento de que o longo trabalho de parto, sem o devido atendimento por parte do Hospital e Maternidade Oase, resultou no óbito do bebê, razão pela qual postularam o recebimento de indenização por danos morais, bem como o pagamento de todas as despesas médicas e hospitalares que se fizerem necessárias ao completo restabelecimento da autora, que deverá ser submetida a tratamento médico para recuperar sua condição de gerar filhos.

Citado, o Hospital e Maternidade Oase requereu a denunciação da lide ao médico responsável pela parturiente, Dr. Romariz Vollmer Jacques, pedido que foi atendido pelo Juízo *a quo*.

Instruído o feito, sobreveio sentença na qual se julgaram parcialmente procedentes os pedidos veiculados pelos autores para condenar o nosocômio ao pagamento de indenização por danos morais aos autores, no valor de R$ 90.000,00 (noventa mil reais). No mesmo ato, condenou-se o litisdenunciado a ressarcir ao litisdenunciante o equivalente ao valor que este vier a despender em razão da condenação na lide principal.

Feito este breve intróito, passa-se a examinar os apelos de forma conjunta.

Da preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* suscitada pelo Hospital e Maternidade Oase

Sustenta o apelante não ser parte legítima para figurar no polo passivo do feito na medida em que o médico que prestou atendimento à apelada

é profissional autonômo e não possui nenhum vínculo com o nosocômio, mormente empregatício.

Além disso, alega que não há confundir a função dos estabelecimentos de saúde, prestadores de serviços hospitalares, com a do profissional médico, uma vez que o ato médico configura atribuição exclusiva do médico, que não pode ser transferida ou desempenhada pelos nosocômios ou terceiros.

Em que pese a matéria ser bastante controvertida tanto na doutrina quanto na jurisprudência, entendo que o hospital deve ser responsabilizado pelos atos praticados por profissional da área médica, que, apesar de não ter vínculo empregatício com a entidade, pertence ao seu quadro clínico.

Vale destacar que, apesar de o hospital apelante bem como o médico litisdenunciado afirmarem categoricamente que o profissional não possui nenhum vínculo empregatício ou contratual com a entidade hospitalar, o próprio médico consignou, em seu depoimento pessoal, *"que faz parte do corpo clínico do referido estabelecimento, tendo sido inclusive o primeiro médico que ali atuou"*, enfatizando *"que até hoje ocupa um consultório nas dependências do hospital, decorrente de um 'contrato verbal'"* (fl. 171).

Além disso, o Estatuto Social do Hospital e Maternidade Oase estipula em seu artigo 26 que *"a assistência médica no Hospital será exercida pelos médicos pertencentes ao Corpo Médico do Hospital, cabendo, privativamente, ao Conselho Diretor, decidir pela admissão e exclusão dos mesmos"* (fl. 86).

Por conseguinte, evidente o vínculo existente entre o médico e o hospital apelante, já que pertencente ao seu corpo clínico, razão pela qual responde o hospital pelos danos causados à parturiente em virtude da conduta imprudente, negligente ou imperita do profissional médico, pouco importando a circunstância de o médico não possuir vínculo empregatício com o hospital.

Mutatis mutandis, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

> Não há como afastar a condenação solidária do médico e do Hospital em que internado o nascituro, na hipótese, pois o corpo clínico, embora possuísse autonomia funcional, subordinava-se administrativamente aos regulamentos da entidade hospital, relação que caracteriza, em sentido amplo, o vínculo da preposição (AgRg no Ag n. 1092134/SC, rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 17-2-2009).

E, deste Tribunal:

> Ainda que o médico causador do ilícito não tenha relação empregatícia com a instituição hospitalar, certa é a legitimidade passiva do nosocômio que admite a atuação do profissional em seu estabelecimento, como parte do corpo clínico, tanto que plantonista no dia dos fatos. Disso decorre a responsabilidade solidária do hospital, independentemente de culpa, por danos causados a terceiros na atuação do profissional (Ap. Cív. n. 2007.038079-6, de Lages, rel. Des. Henry Petry Junior, j. em 2-12-2008).
>
> O hospital é parte legítima para integrar o pólo passivo de ação indenizatória fundada na responsabilidade civil de médico que atua em suas dependências (AI n. 2006.014359-7, de Blumenau, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. em 30-11-2006).

Afasta-se, assim, a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* levantada pelo nosocômio apelante.

Da responsabilidade do litisdenunciado Romariz Vollmer Jacques – médico

O Código de Ética Médica, em seu artigo 2º, dispõe que *"o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional"*.

Nesse contexto, a doutrina e jurisprudência consolidaram entendimento de que deverá ser imputada ao médico, como profissional, a responsabilidade civil pelas faltas legais ou morais cometidas no exercício de sua atividade, consoante se infere do artigo 1.545 do antigo Código Civil, vigente à época dos fatos:

> Art. 1.545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que a imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento (com correspondência no art. 951 do CC/02).

A obrigação do médico, por via de regra, é de meio, ou seja, não garante a cura, mas, sim, o tratamento adequado, podendo, em outros casos, ser de resultado, como na cirurgia estética, e, ainda, de natureza delitual, quando cometido um ilícito penal ou quando houver descumprimento das normas regulamentares da profissão.

Extrai-se do ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves:

> O objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência. Comprometem-se a tratar o cliente com zelo, utilizando-se dos recursos adequados, não se obrigando, contudo, a curar o doente. Serão pois, civilmente responsabilizados somente quando ficar provada qualquer modalidade de culpa: imprudência, negligência ou imperícia (*Responsabilidade Civil de acordo com o novo código civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 360).

Dos comentários de Rui Stoco acerca do tema:

> É necessário que se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuridicidade da ação e o mal causado, ou, na feliz expressão de Demogue, 'é preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria.' (Traité des Obligations en général, vol. IV, n. 66). O nexo causal se torna indispensável, sendo fundamental que o dano tenha sido causado pela culpa do sujeito (*Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 106).

Tecendo comentários, ensina Maria Helena Diniz:

> A responsabilidade do médico é contratual, por haver entre o médico e seu cliente um contrato, que se apresenta como uma obrigação de meio, por não comportar o dever de curar o paciente, mas de prestar-

> lhe cuidados conscienciosos e atentos conforme os progressos da medicina. Todavia, há casos em que se supõe a obrigação de resultado, com sentido de cláusula de incolumidade, nas cirurgias estéticas e nos contratos de acidentes. Excepcionalmente a responsabilidade do médico terá natureza delitual, se ele cometer um ilícito penal ou violar normas regulamentares da profissão (*Curso de Direito Civil Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7. p. 271).

Por oportuno, a insigne doutrinadora resume os deveres do médico em três objetivos principais: dar conselhos ao seu cliente, cuidar do enfermo com zelo, diligência, utilizando todos os recursos da medicina, e abster-se do abuso ou do desvio de poder (ob. cit., p. 271).

A obrigação de ressarcimento do dano à vítima só será devida se demonstrada a culpa ou outro elemento caracterizador da responsabilidade civil, quais sejam: a conduta ilícita, comissiva ou omissiva; o dano, ou seja, a ocorrência de dano moral e/ou patrimonial; e, por último, o nexo de causalidade, a fim de estabelecer uma ligação entre o dano causado e a conduta culposa.

Sustentam os autores, em apertada síntese, que, por conta da conduta negligente do médico Romariz Vollmer Jacques, bem como do Hospital e Maternidade Oase, o filho do casal veio a óbito horas após o nascimento.

Acrescentam que a parturiente foi submetida a um longo e doloroso trabalho de parto, sem a devida assistência, que teria acarretado o sofrimento ao feto e o seu posterior falecimento.

Inquestionavelmente, constata-se que o recém-nascido teve como causa da morte parada respiratória e aspiração de líquido meconial, conforme se extrai da certidão de óbito de fl. 55. O relatório de enfermagem constante à fl. 99 indica também a presença de macônio espesso durante o parto.

Convém apontar que o mecônio é uma substância eliminada pelo intestino do recém-nascido logo após o nascimento e que sua presença no líquido amniótico ou a sua aspiração pelo nascituro indica sofrimento fetal intraparto.

A esse respeito, José Mauro Madi e outros destacam no artigo Síndrome de aspiração do mecônio: análise de resultados obstétricos e perinatais que "o mecônio espesso foi detectado em 9 partos, sendo que em 8 esteve associado ao sofrimento fetal" (Revista brasileira de ginecologia e obstetrícia, vol 25, n. 2. Rio de Janeiro, 2003).

Na mesma direção, Edna Maria de Albuquerque Diniz e Maria Esther Jurfest Rivero Ceccon enfatizam que *"a síndrome de aspiração meconial (SAM) é uma doença caracterizada por vários graus de insuficiência respiratória"* ao passo que *"a eliminação de mecônio intra-útero é considerada como sinal de sofrimento fetal, resultado de hipóxia fetal e acidose"* (Síndrome de aspiração meconial, disponível em http://www.cibersaude.com.br/revistas.asp?fase=r003&id_materia=222, acesso em 7-10-2009).

Diante disso, é forçoso concluir que o bebê foi vítima de sofrimento fetal, o qual poderia ter sido evitado pela conduta diligente do médico responsável pela parturiente.

Pois bem, *"o sofrimento fetal pode ser originado por qualquer problema que implique uma diminuição da assimilação de oxigênio recebida pelo feto através da circulação placentária, uma situação que costuma ser acentuada ao longo do parto, devido à compressão dos vasos que irrigam a placenta pela musculatura uterina durante as contracções. [...] existem algumas causas de sofrimento fetal que apenas se evidenciam durante o próprio parto, tais como as alterações das contracções do útero, independentemente de serem excessivas (designando-se hiperdinamia), quando as contracções do útero são tão intensas e frequentes que provocam uma diminuição exagerada da assimilação de oxigénio para o feto, ou escassas (denominando-se hipodinamia), o que leva a que o*

trabalho de parto se prolongue demasiado. O sofrimento fetal pode igualmente ser provocado por posições anómalas do feto ou problemas como uma desproporção entre as dimensões da pélvis da mãe e o tamanho do feto, circunstâncias que dificultam o desenvolvimento do parto e o prolongam em excesso. [...] As consequências do sofrimento fetal dependem da intensidade da diminuição da oxigenação do feto e da duração da mesma. Quando o problema é diagnosticado e solucionado rapidamente (por exemplo, acelerando-se o parto, através do recurso a uma cesariana), o feto costuma recuperar sem que se produzam complicações. Todavia, caso a situação se prolongue, o problema pode originar lesões irreversíveis em vários tecidos, sobretudo no nervoso, muito sensível à privação de oxigênio, provocando vários tipos de sequelas. [...] O diagnóstico do sofrimento fetal costuma basear-se nos dados fornecidos pela monitorização cardiotocográfica do parto, já que através deste procedimento consegue-se vigiar a reserva respiratória fetal, o que permite detectar uma evidente diminuição da frequência cardíaca do feto ou uma alteração da mesma em relação às contracções do útero [...]. Caso se comprove a existência de um quadro de sofrimento fetal, deve-se adotar as medidas pertinentes para solucionar a causa, caso seja possível, ou proceder-se à finalização imediata do parto, antes que a situação provoque lesões irreversíveis no feto" (Sofrimento fetal, disponível em http://www.medipedia.pt/home/home.php?module=artigoEnc&id=777#, acesso em 7-10-2009).

Conclui-se, assim, que uma das causas mais recorrentes para a realização da cesariana é o sofrimento fetal, no entanto, no caso dos autos, a autora foi submetida a um longo trabalho de parto que perdurou por aproximadamente 15 (quinze) horas, concluído por meio de parto normal.

Do relatório da enfermagem que consta à fl. 99, observa-se que o parto se deu com bastante dificuldade.

Verifica-se que a parturiente deu entrada no nosocômio já em trabalho de parto com a bolsa-d'água rompida às 5h30min do dia 9-6-2000,

tendo sido comunicado o médico apelante que passou a dar instruções de rotina. Segundo informações constantes no relatório de enfermagem, no decorrer do dia foram realizados exames de rotina, bem como a verificação da frequência cardíaca fetal (FCF), precisamente, às 8h; 12h; 13h; 14h30min; 17h15min, até que às 18h45min a gestante foi removida para a sala de parto, dando à luz às 20h35min.

A monitorização da FCF (frequência cardíaca fetal) constitui o meio mais utilizado pelos obstetras para avaliação do bem estar do nascituro, podendo ser feita a monitorização pela ausculta intermitente do coração do feto ou pela monitorização fetal eletrônica.

Na publicação Parto, aborto e puerpério: assistência humanizada à mulher, o Ministério da Saúde buscou disseminar conceitos e práticas da assistência ao parto entre os profissionais da saúde e esclareceu que *"o controle rigoroso da frequência cardíaca fetal (FCF) durante o trabalho de parto assegura, na quase totalidade dos casos, a adoção de medidas apropriadas para garantir o nascimento de uma criança em boas condições. [...] Na fase latente do trabalho de parto e no início da fase ativa, esse controle pode ser feito a cada 60 minutos, reduzindo-se esse intervalo para 30 minutos conforme progride a fase ativa do trabalho de parto"* (disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd04_13.Pdf, acesso em 6-10-2009).

A par disso, a monitorização rigorosa da frequência cardíaca fetal, no primeiro estágio do trabalho de parto, deve ser realizada a cada 60 (sessenta) minutos, assegurando-se, com isso, o bem-estar do nascituro.

Ora, no caso em exame, conforme anteriormente citado, a parturiente e, por consequência, o feto, não receberam o devido atendimento, pois nem sequer procedeu-se ao controle da frequência cardíaca fetal a cada 60 (sessenta) minutos, procedimento simples que poderia ter diagnosticado o sofrimento fetal e indicado a necessidade de realização de uma cesariana.

Diante desse contexto, é forçoso concluir que o comportamento negligente do profissional implicou no sofrimento fetal e posterior óbito do recém-nascido.

Destaca-se, por oportuno, que não ficou demonstrado que, durante a gravidez, a autora ou o nascituro tenham apresentado algum problema que pudesse ter ocasionado ao óbito do recém-nascido. Acrescenta-se que, pelo laudo de exame ultrassonográfico obstétrico, realizado pela gestante no dia 17-3-2000, observa-se que se tratava de uma gestação com o feto dentro dos padrões normais (fl. 21).

A par disso, demonstrado que, diante da conduta negligente do médico responsável pela parturiente, o filho dos autores faleceu horas após o nascimento, fica caracterizado o nexo de causalidade entre a conduta culposa do profissional e o dano moral experimentado pelas vítimas, surgindo o dever de indenizar.

A respeito, retira-se da jurisprudência:

> INDENIZAÇÃO - DANO MORAL E ESTÉTICO -MORTE DE RECÉM-NASCIDO - IMPERÍCIA E NEGLIGÊNCIA - EVOLUÇÃO CLÍNICA DA PARTURIENTE - NECESSIDADE DE CESARIANA - ESPERA DEMASIADA POR PARTO NORMAL - CULPA CARACTERIZADA - RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E DA INSTITUIÇÃO HOSPITALAR - DANO MORAL DEVIDO - INSURGÊNCIA RECURSAL - VALOR ATRIBUÍDO A TÍTULO DE DANOS MORAIS - REDUÇÃO DO QUANTUM PARA ALCANÇAR CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE - VERBA INDENIZATÓRIA FIXADA EM SALÁRIOS MÍNIMOS - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES DESTA CORTE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - PROPORCIONALIDADE COM O VALOR DA CONDENAÇÃO. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.
>
> "Quem infringe um dever pessoal de cuidado, podendo prever a ocorrência do resultado, e não toma as medidas para evitá-lo, age com culpa." (Des. Amaral e Silva)

"(...)a atividade médica tem de ser desempenhada da melhor maneira possível com a diligência necessária e normal dessa profissão para o melhor resultado, mesmo que este não seja conseguido. O médico deve esforçar-se, usar de todos os meios necessários para alcançar a cura do doente, apesar de nem sempre alcançá-la." (Rui Stoco)

A natureza contratual da responsabilidade médica tem como objeto a obrigação de meio e não de resultado, porque, não há como reconhecer a inadimplência do médico só pelo fato de não obter a cura do doente (TJSC, Ap. Cív. n. 2002.000662-9, de São João Batista, rel. Des. Dionízio Jenczak, j. em 22-4-2005).

CIVIL. AÇÃO RESSARCIMENTO. DANO MORAL. NEGLIGÊNCIA POR PARTE DO HOSPITAL RESPONSÁVEL. ATRASO INJUSTIFICADO NO PARTO. CRIANÇA MORTA. RESPIRAÇÃO DE MECÔNIO. DEVER DE INDENIZAR. *QUANTUM* FIXADO EM PRIMEIRO GRAU. EM CONSONÂNCIA COM OS PARÂMETROS. APELAÇÃO CONHECIDA. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

Diante da seqüência lógica dos acontecimentos ocorridos *in casu*, não vejo como não atribuir a culpa pela morte da criança ao atendimento ineficaz prestado pelo recorrente, notadamente porque, caso o Hospital tivesse tomado as cautelas pertinentes ao caso, ou seja, caso os médicos tivessem observado o quadro clínico da autora com maior cuidado e tivessem efetuado o parto no momento oportuno, provavelmente o bebê teria nascido com vida.

A gravidez da autora não apresentava, segundo os laudos de ultrasonografia, qualquer problema capaz de influir no parto da criança, ou seja, capaz de acarretar o resultado ocorrido no caso vertente - Morte do bebê.

[...]

Não restam dúvidas que a ingestão do mecônio foi causada pela negligência do hospital requerido. E, restando demonstrado que a respiração do mecônio por parte da criança tenha se dado por omissão ou negligência médica (rectius: Atraso injustificado no parto), não restam dúvidas que a indenização é devida (TJES, Ap. Cív. n. 11040115773, rel. Des. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon, j. em 3-7-2007).

Dessa feita, atribui-se ao médico Romariz Vollmer Jacques a responsabilidade pelo óbito do filho dos autores.

Da responsabilidade do Hospital e Maternidade Oase

Quanto à responsabilidade do nosocômio apelante, entendo que os serviços prestados por entidades hospitalares enquadram-se naqueles abrangidas pelo Código de Defesa do Consumidor, cuja responsabilidade é de natureza objetiva, nos termos do artigo 14 da Lei n. 8.078/90, o qual possui a seguinte dicção:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

A respeito, Sérgio Cavalieri Filho acentua que *"embora indiscutível que os estabelecimentos hospitalares são prestadores de serviços, parte da doutrina se recusa enquadrá-los no art. 14,* caput*, do Código de Defesa do Consumidor por entender não ser possível responsabilizá-los pelos enormes riscos que os serviços médico-hospitalares muitas vezes representam. [...] Não vemos a menor incompatibilidade entre a responsabilidade dos estabelecimentos hospitalares e a responsabilidade objetiva estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, mesmo em face dos enormes riscos de certos tipos de cirurgias e tratamentos, tendo em vista que o hospital só responderá quando o evento decorrer de defeito do serviço. Lembre-se de que mesmo na responsabilidade objetiva é indispensável o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado. Destarte, ainda que tenha havido insucesso na cirurgia ou outro tratamento, mas se não for possível apontar defeito no serviço prestado, não haverá que se falar em responsabilidade do hospital"* (*Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 386).

Assim, comprovado que, por culpa da conduta negligente do médico pertencente ao corpo clínico do hospital, o filho dos autores faleceu após

o parto realizado no nosocômio apelante, fica caracterizado o defeito no serviço prestado, razão pela qual responde o hospital pelos danos morais daí advindos.

Do pedido de minoração do *quantum* indenizatório

Ambos os apelantes postulam a minoração da verba indenizatória fixada em R$ 90.000,00 (noventa mil reais).

É cediço que os danos morais devem ser fixados ao arbítrio do juiz, que, analisando caso a caso, estipula um valor razoável, mas não irrelevante ao causador do dano, dando azo à reincidência do ato, ou exorbitante, de modo a aumentar consideravelmente o patrimônio do lesado. Deve, pois, segundo Maria Helena Diniz, ser *"proporcional ao dano causado pelo lesante, procurando cobri-lo em todos os seus aspectos, até onde suportarem as forças do patrimônio do devedor, apresentando-se para o lesado como uma compensação pelo prejuízo sofrido"* (*Código Civil anotado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 650).

Carlos Alberto Bittar acentua:

> A indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expresso, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante (*Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 220).

Não divergindo, Regina Beatriz Tavares da Silva afirma:

> Os dois critérios que devem ser utilizados para a fixação do dano moral são a compensação ao lesado e o desestímulo ao lesante. Inserem-se nesse contexto fatores subjetivos e objetivos, relacionados às pessoas envolvidas, como análise do grau da culpa do lesante,

> de eventual participação do lesado no evento danoso, da situação econômica das partes e da proporcionalidade ao proveito obtido como ilícito.
>
> [...]
>
> Em suma, a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória e, de outro lado, exercer função de desestímulo a novas práticas lesivas, de modo a "inibir comportamentos anti-sociais do lesante, ou de qualquer outro membro da sociedade", traduzindo-se em "montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo" (*Novo Código Civil comentado*. coordenador Ricardo Fiuza. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 841 e 842).

Sobre o tema, colhe-se da jurisprudência:

> A indenização por danos morais – que tem por escopo atender, além da reparação ou compensação da dor em si, ao elemento pedagógico, consistente na observação pelo ofensor de maior cuidado de forma a evitar a reiteração da ação ou omissão danosa – deve harmonizar-se com a intensidade da culpa do lesante, o grau de sofrimento do indenizado e a situação econômica de ambos, para não ensejar a ruína ou a impunidade daquele, bem como o enriquecimento sem causa ou a insatisfação deste (Ap. Cív. n. 2006.017547-7, de São José, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. em 11-3-2008).

> A indenização por danos morais deve ser fixada de modo a dar uma compensação ao lesado pela dor sofrida, porém não pode ser de maneira tal que lhe pareça conveniente ou vantajoso o abalo suportado (Ap. Cív. n. 2007.056853-4, de Biguaçu, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. em 15-2-2008).

> O valor da indenização do dano moral deve ser arbitrado pelo juiz de maneira a servir, por um lado, de lenitivo para a dor psíquica sofrida pelo lesado, sem importar a ele enriquecimento sem causa ou estímulo ao abalo suportado; e, por outro lado, deve desempenhar uma função pedagógica e uma séria reprimenda ao ofensor, a fim de evitar a recidiva (Ap. Cív. n. 2007.057541-2, de São José, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. em 7-3-2008).

No caso em foco, inquestionável o abalo moral sofrido pelos autores em razão do falecimento do filho momentos após seu nascimento.

Assim, apesar da dificuldade na quantificação pecuniária pela perda de um ente querido, ao sopesar os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como do caráter compensatório e punitivo da condenação, impõe-se a manutenção do valor arbitrado na sentença.

Por outro lado, cabe destacar que o *quantum* indenizatório, em momento algum, é tarifado ou fica condicionado a critérios exclusivos. Isso porque os critérios para valorar a indenização, segundo Antonio Jeová Santos, *"[...] visando afastar o máximo possível a estimação arbitrária no momento em que a indenização é mensurada resumem-se a afastar a indenização simbólica; não servir a indenização como enriquecimento injusto; não aceitar a tarifação; deixar de lado a indenização que toma como base uma porcentagem do dano patrimonial; não deixar a fixação ao mero prudente arbítrio; diferenciar o montante segundo a gravidade do dano; atentar às peculiaridades do caso: da vítima e do ofensor; harmonização das reparações em casos semelhantes; considerar os prazeres compensatórios; e as somas a serem pagas devem observar o contexto econômico do País e o geral standard da vida"* (*Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 203-204).

Diante disso, deve ser mantida a sentença no ponto em que quantificou os danos morais devidos aos autores.

Dos juros e da correção monetária

Por fim, o hospital apelante pugna pela aplicação dos juros de mora e da correção monetária a partir da decisão condenatória.

Quanto à correção monetária, sem razão o apelante, uma vez que já fora determinada a sua incidência desde a data da prolação da sentença.

No que concerne à incidência dos juros de mora, nota-se que o Juiz equivocou-se quanto a sua fixação ao estipular a incidência desde a data do evento danoso, o que não merece prosperar.

É consabido que, em se tratando de ação de indenização por danos morais fundada em responsabilidade contratual, como é a do profissional médico e dos estabelecimentos de saúde, os juros de mora incidem a partir da citação, de modo que não se aplica a Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido é o entendimento da Corte Superior:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - APELO DE INTEGRAÇÃO - PRETENSÃO SUBSTITUTIVA - ERRO MÉDICO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - JUROS MORATÓRIOS - CITAÇÃO.
>
> [...]
>
> - "Os juros, em caso de erro médico, contam-se a partir da citação, vez que se trata de ilícito decorrente de contrato de prestação de serviços." (REsp 228.199/EDUARDO) (EDcl no AgRg no Ag n. 646532/RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 25-10-2005).
>
> Embargos declaratórios. Recurso especial. Responsabilidade civil. Hospital. Danos morais e materiais. Juros e Correção monetária. Pensão mensal vitalícia. Omissão. Acolhimento parcial.
>
> [...]
>
> Tratando-se de responsabilidade contratual, os juros incidirão a partir da citação (EDcl no REsp n. 400843/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 9-8-2007).

Assim, devem os juros de mora incidir a partir da citação.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, nega-se provimento ao agravo retido e ao apelo interposto por Romariz Volmer Jacques e dá-se parcial provi-

mento à apelação cível do Hospital e Maternidade Oase para determinar que os juros moratórios tenham incidência a partir da citação. No mais, permanece hígida a sentença.

Participaram do julgamento, realizado no dia 17 de novembro de 2009, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Marcus Tulio Sartorato e Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 20 de novembro de 2009.

Fernando Carioni
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Cível n. 2009.064371-1, de Araranguá

Relator: Des. Fernando Carioni

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR MORTE. AFOGAMENTO. FESTA DE CARNAVAL. PISCINA DE CLUBE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. EMBRIAGUEZ DA VÍTIMA. ATO VOLUNTÁRIO. ARTIGO 14 DO CÓDIGO CONSUMERISTA. CULPA CONCORRENTE CARACTERIZADA. REDUÇÃO DAS VERBAS INDENIZATÓRIAS. DANOS MORAIS. PENSÃO MENSAL. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

É objetiva, pelo fato do serviço, a responsabilidade civil do clube que, habitualmente, promove festas e aufere lucro com tal atividade, respondendo pelos danos causados aos seus freqüentadores, independentemente de culpa, a não ser que comprovado o advento da força maior, caso fortuito, ou culpa exclusiva da vítima, na forma prevista pelo *caput* do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

O clube que realiza evento festivo de grande porte, com a venda de bebidas alcóolicas e o uso liberado de sua piscina, sem disponibilizar a segurança necessária, responde pelos danos decorrentes da morte por afogamento de um dos seus frequentadores. Em contrapartida, atenua-se a sua responsabilidade quando a conduta da vítima, embora não tenha sido a causa determinante do acidente, contribua, sobremaneira, para a sua ocorrência.

Reconhecida a concorrência de culpas, as verbas indenizatórias, tanto na esfera moral quanto material, serão reduzidas à metade.

> *"No que se refere ao dano material, a orientação do STJ está consolidada no sentido de fixar a indenização por morte de filho menor, com pensão de 2/3 do salário percebido (ou o salário mínimo caso não exerça trabalho remunerado) até 25 (vinte e cinco) anos, e a partir daí, reduzida para 1/3 do salário até a idade em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos"* (STJ, REsp n. 1.101.213/RJ, rel. Min. Castro Meira, j. em 2-4-2009).
>
> *"Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado"* (Súmula 313 do STJ).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2009.064371-1, da comarca de Araranguá (1ª Vara Cível), em que são apelantes Francisco Motta e Terezinha Martins Motta, e apelado Yate Clube Morro dos Conventos:

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

RELATÓRIO

Francisco Motta e Terezinha Martins Motta ajuizaram ação de indenização por morte contra Yate Clube Morro dos Conventos, na qual relataram que seu filho Adriano Motta faleceu aos 22 (vinte e dois) anos de idade, no dia 2-3-2003, vítima de afogamento quando participava de uma festa de carnaval na sede social do requerido.

Acrescentaram que anualmente o requerido promove festas de carnaval, cujo atrativo principal é o livre acesso dos foliões à piscina.

Postularam, a par desses fatos, a responsabilização do requerido pela morte de seu filho, com a consequente condenação ao pagamento de pensão mensal e indenização por danos morais.

Foi deferida aos autores a gratuidade da justiça (fl. 50).

Citado, Yate Clube Morro dos Conventos ofereceu resposta na forma de contestação, na qual afirmou que preza pela segurança de seus frequentadores, disponibilizando em seus já tradicionais bailes de carnaval o efetivo das Polícias Civil e Militar, seguranças particulares, ambulâncias, salva-vidas e Corpo de Bombeiros.

Relatou que no dia dos fatos logo que foi percebida a condição de Adriano dentro da piscina, foi acionado todo o aparato para o atendimento à vítima, que foi submetida a procedimento de ressuscitação no local e, em seguida, conduzida pelo Corpo de Bombeiros para o Hospital Regional de Araranguá.

Informou que a vítima saiu para ir ao baile de carnaval por volta das 15h30min do dia 1º-3-2003, e ingeriu grande quantidade de bebidas alcoólicas durante os festejos, tendo sido apurada a concentração alcoólica de 22,66dg/l (vinte e duas vírgula sessenta e seis decigramas por litro) de sangue.

Sustentou a culpa exclusiva da vítima pelo óbito por afogamento, devido ao estado de embriaguez profunda em que se encontrava.

Ressaltou que mesmo alcoolizado e sem saber nadar o filho dos autores, imprudentemente, entrou na piscina.

Impugnou, por fim, as verbas pretendidas pelos requerentes e a necessidade de constituição de capital.

Houve réplica à contestação.

Realizada audiência, foi infrutífera a proposta conciliatória. No mesmo ato, a Magistrada de primeiro grau indeferiu a oitiva das testemunhas arroladas intempestivamente pela parte autora e inquiriu 6 (seis) testemunhas do réu. Determinou, ainda, a inquirição de uma testemunha por carta precatória (fls. 356-366 e 385-386).

Apresentadas alegações finais pelas partes, sobreveio sentença, na qual o Juiz de Direito Dr. Ricardo Machado de Andrade julgou improcedente o pedido inicial e condenou os autores ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, suspendendo a exigibilidade das verbas em observância ao artigo 12 da Lei n. 1.060/1950.

Foram rejeitados os embargos de declaração opostos pelos autores.

Não se conformando, Francisco Motta e Terezinha Martins Motta interpuseram recurso de apelação, no qual reafirmaram os fatos e fundamentos expostos na inicial, salientando a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à hipótese.

Com as contrarrazões, ascenderam os autos a esta Corte.

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta por Francisco Motta e Terezinha Martins Motta porque inconformados com a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização por morte aforada contra o Yate Clube Morro dos Conventos.

Pretendem os apelantes o recebimento de indenização por danos morais e pensão mensal em decorrência do óbito de seu filho, vítima de afogamento ocorrido em uma festa de carnaval promovida pelo requerido em sua sede social.

De início, importante registrar a existência de relação de consumo entre a vítima e o clube apelado, na qual o último, ao promover anualmente

festas de carnaval, abertas ao público mediante a venda de ingressos, presta serviços de entretenimento, razão pela qual responde objetivamente pelos danos causados a seus clientes, independentemente de culpa, a não ser que comprovado o advento da força maior, caso fortuito, ou culpa exclusiva (não concorrente) da vítima, na forma prevista pelo *caput* do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, *verbis*:

> Art. 14. O fornecedor de serviço responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Sobre a responsabilidade civil nas relações de consumo, Sérgio Cavalieri Filho enfatiza que o Código de Defesa do Consumidor *"estabeleceu responsabilidade objetiva para todos os casos de acidente de consumo, quer decorrentes do fato do produto (art. 12), quer do fato do serviço (art. 14). Pode-se, então, dizer que o Código esposou a teoria do empreendimento (ou empresarial), que se contrapõe à teoria do risco do consumo. Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imanante ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, que perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorrente do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos. O consumidor não pode assumir os riscos das relações de consumo, não pode arcar sozinho com os prejuízos decorrentes dos acidentes de consumo, ou ficar sem indenização"* (*Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 475-476).

É fato incontroverso nos autos que o filho dos apelantes veio a falecer em decorrência de afogamento, ocorrido na piscina da sede social do clube apelado, durante uma festa de carnaval realizada no dia 1º-3-2003.

O apelado não nega tal fato; todavia atribui à vítima a culpa exclusiva pelo infortúnio, ao argumento de que ele se encontrava em estado de embriaguez profunda no momento do afogamento.

Observa-se do processado que o clube apelado anualmente promove festas carnavalescas em suas dependências, que se iniciam as 14h e perduram até a madrugada do dia seguinte, disponibilizando aos foliões o uso de sua piscina durante as comemorações.

Além disso, é certo que o lucro da atividade não decorre somente da venda de ingressos, mas também da comercialização de bebidas alcoólicas.

Diante desse quadro, forçoso reconhecer que o apelado, ao liberar o uso da piscina aos seus frequentadores e comercializar bebidas alcoólicas, assume o risco de que pessoas embriagadas adentrem na piscina, razão pela qual deve disponibilizar a segurança necessária aos participantes do evento, seja pela contratação de pessoas capacitadas que impeçam aqueles que se apresentam em estado de embriaguez de ingressarem na piscina, ou pela contratação de um número suficiente de salva-vidas a atender a demanda de seu público.

Na hipótese, contudo, não se vislumbram tais cuidados. O apelado apesar de alegar que disponibilizou a segurança necessária, não trouxe aos autos prova contundente a esse respeito, na medida em que dos depoimentos colhidos em audiência, diga-se das testemunhas arroladas pelo próprio apelado, verifica-se que foram contratados apenas 6 (seis) salva-vidas (fl. 358), para atender mais de 10.000 (dez mil) pessoas (fl. 365), durante todo o evento, que perdurou por mais de 12 (doze) horas.

Por oportuno, Sérgio Cavalieri Filho destaca que *"quem se dispõe a exercer uma atividade perigosa terá que fazê-lo com segurança, de modo a não causar dano a outrem, sob pena de ter que por ele responder independentemente de culpa"* (*Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 167).

A par disso, seria suficiente a amparar a responsabilização do clube apelado o fato de que este assume o risco de que acidentes, como o que levou a óbito o filho dos apelantes, ocorram no momento em que, dispondo de apenas 6 (seis) salva-vidas, para assegurar a integridade de um público estimado em 10.000 (dez mil) pessoas, consente com o uso de sua piscina e comercializa bebidas alcoólicas.

Acrescenta-se que a ocorrência de infortúnios dessa natureza era previsível, pois este não foi o primeiro afogamento com morte ocorrido em suas dependências, conforme apontou o responsável, há mais de 27 (vinte e sete) anos, pela segurança do clube apelado, Ernesto Antônio Fernandes em seu depoimento (fl. 365).

Este Tribunal, em recente decisão da lavra do Desembargador Substituto Jaime Luiz Vicari, apreciou situação semelhante a dos autos, vejamos:

> APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO DO CONSUMIDOR – RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – REALIZAÇÃO DE BAILE – SEDE SOCIAL DE CLUBE – LIBERAÇÃO DA PISCINA – AFOGAMENTO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – DEFEITO – OCORRÊNCIA – FATO EXCLUSIVO DA VÍTIMA – INOCORRÊNCIA – DESPESAS COM FUNERAL – RESSARCIMENTO DEVIDO – PENSÃO POR MORTE – 2/3 DO SALÁRIO DA VÍTIMA – LIMITE TEMPORAL – VINTE E CINCO ANOS – DANOS MORAIS – OCORRÊNCIA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> O clube que realiza festa com grande concentração de pessoas, sem que haja pessoal preparado e em número suficiente para oferecer

> a segurança esperada, e libera a piscina para uso geral, presta um serviço defeituoso.
>
> Por outro lado, só haveria falar em fato exclusivo da vítima, que morreu afogada, se cabalmente comprovada que a sua embriaguez foi a única causa para o evento morte, o que não ocorreu.
>
> Dessa feita, o clube organizador da festa é responsável pelo ressarcimento dos danos com funeral, pensão por morte no equivalente a 2/3 do salário que a vítima percebia, até o limite em que completaria 25 anos, e, ainda, deve ser condenado ao pagamento de indenização por danos morais (Ap. Cív. n. 2004.014509-8, de Joaçaba, j. em 16-6-2009).

Em contrapartida, afirma o apelado que o acidente se deve, exclusivamente, ao estado de embriaguez profunda em que se encontrava a vítima.

Como é sabido, a culpa exclusiva da vítima somente é configurada quando sua conduta é a causa determinante para a ocorrência do evento. Ocorre que, no presente caso, não há afirmar que a embriaguez do falecido foi a causa determinante para a ocorrência do sinistro. Isso porque, conforme já salientado, não obstante a previsibilidade da ocorrência de sinistros desse jaez, tanto pelo histórico do clube, como pela comercialização de bebidas alcoólicas, não havia um número suficiente de salva-vidas para dar guarida ao grande público que estava no local.

Assim, forçoso reconhecer que o estado de embriaguez do rapaz, por si só, não foi a única e determinante causa para o acidente.

Todavia, merece ser atenuada a responsabilidade do apelado diante da concorrência de culpas, uma vez que, embora a conduta da vítima não tenha sido a causa determinante para a ocorrência do infortúnio, ao que se tem notícia nos autos, o filho dos apelantes, além de se encontrar bastante embriagado, livremente pulou na piscina, contribuindo, de sobremaneira, com sua conduta para a ocorrência do fatídico acidente.

Vale apontar que a culpa concorrente é aplicada também quando se está diante da responsabilidade objetiva disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor.

A esse respeito, Sérgio Cavalieri Filho destaca que *"se o comportamento do consumidor não é a causa única do acidente de consumo, mas concorre para ele, pode-se falar em culpa concorrente? Muitos autores não admitem a culpa concorrente nas relações de consumo por considerarem incompatível a concorrência de culpa na responsabilidade objetiva. Como falar em culpa concorrente onde não há culpa? Por esse fundamento, todavia, a tese é insustentável porque, na realidade, o problema é de concorrência de causas e não de culpas, e o nexo causal é pressuposto fundamental em qualquer espécie de responsabilidade. Entendemos, assim, que mesmo em sede de responsabilidade objetiva é possível a participação da vítima (culpa concorrente) na produção do resultado, como, de resto, tem admitido a jurisprudência em casos de responsabilidade civil do Estado"* (*Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 253-254).

Nesse sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

> CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Responsabilidade do fornecedor. Culpa concorrente da vítima. Hotel. Piscina. Agência de viagens.
>
> Responsabilidade do hotel, que não sinaliza convenientemente a profundidade da piscina, de acesso livre aos hóspedes. Art. 14 do CDC.
>
> A culpa concorrente da vítima permite a redução da condenação imposta ao fornecedor . Art. 12, § 2º, III, do CDC.
>
> A agência de viagens responde pelo dano pessoal que decorreu do mau serviço do hotel contratado por ela para a hospedagem durante o pacote de turismo (REsp n. 287.849/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 17-4-2001).

Por conseguinte, reconhecida a concorrência de culpas, as verbas indenizatórias, tanto na esfera moral quanto material, deverão ser reduzidas à metade.

Sobre o tema, Sílvio de Salvo Venosa acentua:

> Aspecto que interessa na fixação da indenização é a culpa concorrente. No direito penal não existe a compensação de culpas. Cada agente responde pessoalmente por sua conduta e por sua participação na conduta delituosa. A posição na responsabilidade civil, contratual ou aquiliana, é diversa: constatado que ambos partícipes agiram com culpa, ocorre a compensação. Cuida-se, portanto, de imputação de culpa à vítima, que também concorre para o evento. Assim, se o grau de culpa é idêntico, a responsabilidade se compensa. Por isso, prefere-se denominar concorrência de responsabilidade ou de causas. [...] O novo Código traz dispositivo expresso à respeito, consagrando a jurisprudência: "Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada, tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano". (op. cit. p. 27-28).

Na mesma direção, Washington de Barros Monteiro, citado por Rui Stoco, esclarece que *"'se houver concorrência de culpas, do autor do e da vítima, a indenização deve ser reduzida. Posto não enunciado expressamente, esse princípio é irrecusável no sistema do direito pátrio, constituindo, entre nós, jus receptum. A jurisprudência consagra, com efeito, a solução do pagamento pela metade, no caso de culpa de ambas as partes' (Curso de Direito Civil, Ed. Saraiva, 1971, 7. ed., vol. 5º, p. 414)"* (Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 68).

Da jurisprudência, extrai-se:

> CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE FERROVIÁRIO. LESÃO QUE INCAPACITOU A VÍTIMA PARA O TRABALHO. CULPA CONCORRENTE. [...]

> Pensão e dano estético devidos pela metade, em razão da culpa concorrente da vítima reconhecida na instância ordinária (REsp n. 711.720/SP, rel. Des. Aldir Passarinho Junior, j. em 24-11-2009).
>
> Os valores das indenizações devem ser reduzidos à metade nas hipóteses de culpa concorrente (Ap. Cív. n. 2005.028890-8, de Blumenau, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. em 29-9-2009).

De outro norte, é incontestável o abalo moral suportado pelos apelantes decorrente da perda prematura do filho.

Diante desse contexto, merece reforma a decisão a fim de que o clube apelado seja responsabilizado pelos danos advindos da morte prematura de Adriano Motta.

Em relação à quantificação da indenização por danos morais, é cediço que deve ser fixada ao arbítrio do juiz, que, analisando caso a caso, estipula um valor razoável, mas não irrelevante ao causador do dano, dando azo à reincidência do ato, ou exorbitante, de modo a aumentar consideravelmente o patrimônio do lesado. Deve, pois, ser *"proporcional ao dano causado pelo lesante, procurando cobri-lo em todos os seus aspectos, até onde suportarem as forças do patrimônio do devedor, apresentando-se para o lesado como uma compensação pelo prejuízo sofrido"* (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 650).

Carlos Alberto Bittar acentua:

> A indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expresso, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante (*Reparação civil por danos morais*. Revista dos Tribunais, 1993. p. 220).

Não divergindo, Regina Beatriz Tavares da Silva afirma:

> Os dois critérios que devem ser utilizados para a fixação do dano moral são a compensação ao lesado e o desestímulo ao lesante. Inserem-se nesse contexto fatores subjetivos e objetivos, relacionados às pessoas envolvidas, como análise do grau da culpa do lesante, de eventual participação do lesado no evento danoso, da situação econômica das partes e da proporcionalidade ao proveito obtido como ilícito.
>
> [...] Em suma, a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória e, de outro lado, exercer função de desestímulo a novas práticas lesivas, de modo a "inibir comportamentos anti-sociais do lesante, ou de qualquer outro membro da sociedade", traduzindo-se em "montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo" (*Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 841-842).

Por outro lado, cabe, ainda, destacar que o *quantum* indenizatório, em momento algum, é tarifado ou fica condicionado a algum critério exclusivo. Isso porque os critérios para valorar a indenização, segundo Antonio Jeová Santos, *"[...] visando afastar o máximo possível a estimação arbitrária no momento em que a indenização é mensurada resumem-se a afastar a indenização simbólica; não servir a indenização como enriquecimento injusto; não aceitar a tarifação; deixar de lado a indenização que toma como base uma porcentagem do dano patrimonial; não deixar a fixação ao mero prudente arbítrio; diferenciar o montante segundo a gravidade do dano; atentar às peculiaridades do caso: da vítima e do ofensor; harmonização das reparações em casos semelhantes; considerar os prazeres compensatórios; e as somas a serem pagas devem observar o contexto econômico do País e o geral standard da vida"* (*Dano moral indenizável*.. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 203-204).

Na hipótese, é inquestionável o ato ilícito perpetrado pelo apelado, conforme já se explicitou, e o consequente dano de ordem moral suportado pelos apelantes, pois a morte prematura de um filho é causa de intenso

sofrimento e angústia para os pais, razão pela qual, em atenção ao caráter compensatório e e punitivo da condenação, tem-se como razoável e condizente a fixação do *quantum* indenizatório em R$ 100.000,00 (cem mil reais), o qual deverá ser reduzido à metade, em razão do reconhecimento da culpa concorrente da vítima.

Por conseguinte, é devida pelo clube apelado a indenização por danos morais no importe de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), quantia esta que deverá sofrer atualização monetária pelo INPC, a contar da data desta decisão, e incidência de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da data do evento danoso – Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto aos danos de ordem material, alegam os apelantes que o filho contribuía para o sustento do lar familiar e ocupava a função de auxiliar de produção, auferindo mensalmente a quantia de R$ 463,19 (quatrocentos e sessenta e três reais e dezenove centavos); todavia, não há nos autos prova de tal situação.

Não obstante, cabe consignar que adoto o posicionamento de que, em se tratando de família de baixa renda, mesmo não se demonstrando que o filho contribuía para a manutenção do lar, é devida a indenização por danos materiais.

A respeito, é uníssona a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ATROPELAMENTO FATAL. MORTE DE MENOR. FAMÍLIA DE BAIXA RENDA. PENSIONAMENTO DEVIDO. PERÍODO. REDUÇÃO DO VALOR. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL NECESSÁRIO AO PAGAMENTO DE PRESTAÇÕES FUTURAS. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DA 2ª SEÇÃO.
>
> Em se tratando de família de baixa renda, é devido o pensionamento pela morte de filho menor em acidente causado por coletivo da

> empresa ré (REsp n. 760.054/DF, rel. Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior, j. em 21-5-2009).
>
> RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE FILHO MENOR. DANOS MATERIAIS. FAMÍLIA POBRE. PENSIONAMENTO DOS PAIS. POSSIBILIDADE.
>
> "Em se tratando de família de baixa renda, admite-se o pagamento de indenização por dano material por morte de filho menor que não exercia atividade laborativa à época do evento danoso" (RESP 542.367/NANCY). (AgRg-REsp n. 979.557/PE, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 12-2-2008).
>
> ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E 356/STF. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE FILHO MENOR. PENSÃO ALIMENTÍCIA. CABIMENTO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA N. 7/STJ.
>
> A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de ser devida indenização por dano material a pais de família de baixa renda, em decorrência de morte de filho menor, independentemente de a vítima exercer trabalho remunerado (REsp n. 427569/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 4-5-2006).

Destarte, é devida a pensão mensal na hipótese, com o desiderato de compensar os prejuízos materiais que a família sofre com a morte do filho que, à época, contava 22 (vinte dois) anos de idade.

Outrossim, entendo que o pensionamento deve perdurar até a data em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos, porquanto, conforme antes mencionado, é presumível que o descendente contribuía para a subsistência do lar.

> No que tange ao valor do pensionamento, deve ser estabelecido com base nos rendimentos da vítima.
>
> Na situação em tela, os apelantes não lograram êxito em comprovar os rendimentos do falecido. A prova dos rendimentos do *de cujus* tem de ser robusta ou de forma tal que convença o magistrado do

quanto ele recebia à época do falecimento, encargo que não foi desempenhado a contento.

Assim, havendo apenas suposições, inviável formar um juízo de certeza no que diz respeito aos rendimentos da vítima, circunstância que enseja o seu arbitramento com base no salário-mínimo, consoante o entendimento jurisprudencial:

No que se refere ao dano material, a orientação do STJ está consolidada no sentido de fixar a indenização por morte de filho menor, com pensão de 2/3 do salário percebido (ou o salário mínimo caso não exerça trabalho remunerado) até 25 (vinte e cinco) anos, e a partir daí, reduzida para 1/3 do salário até a idade em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos (STJ, REsp n. 1.101.213/RJ, rel. Min. Castro Meira, j. em 2-4-2009).

Pensionamento mensal devido às respectivas mães, pela morte dos filhos em acidente causado por caminhão dirigido por preposto dos recorrentes, em valores equivalentes a 2/3 dos rendimentos das vítimas, até a data em que completariam 25 anos de idade, reduzido, então, para 1/3 até a data em que atingiriam 65 anos. Precedentes desta Corte (STJ, REsp n. 713.764/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 4-3-2008).

CIVIL - PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - DANOS MATERIAIS E MORAIS - ATROPELAMENTO E MORTE DE FILHO MENOR - PENSIONAMENTO DEVIDO AOS PAIS DO *DE CUJUS*

Conforme jurisprudência firmada nesta Corte, "é devido o pagamento por dano material aos pais de família de baixa renda, em decorrência de morte de filho menor, proveniente de ato ilícito, independentemente do exercício de trabalho remunerado pela vítima". Precedentes.

In casu, pensionamento mensal devido aos pais, pela morte do filho menor, causado por coletivo da empresa recorrida, em valores equivalentes a 2/3 do salário mínimo, dos 14 até 25 anos de idade da vítima, reduzido, então, para 1/3 até a data em que de cujus completaria 65 anos. Precedentes desta Corte (STJ, REsp n. 872.084/RJ, rel. Des. Jorge Scartezzini, j. em 21-11-2006).

> A pensão por morte de filho menor que ainda não exercia atividade laborativa deve incidir desde quando a vítima tivesse quatorze anos – ou, se atingida essa idade, desde o evento lesivo – no valor de 2/3 (dois terços) do salário mínimo, até que completasse vinte e cinco anos e, a partir daí, até quando atingisse a idade de sessenta e cinco anos, no equivalente a 1/3 (um terço) da mesma quantia (TJSC, Ap. Cív. n. 2007.055502-5, de Caçador, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. em 14-10-2008).

Desse modo, é devida pensão mensal pelo apelado no valor equivalente a 2/3 (dois terços) do salário mínimo, desde a morte da vítima até a data em que completaria 25 (vinte e cinco) anos, reduzindo-se após para 1/3 (um terço) até a data em que o falecido completasse 65 (sessenta e cinco) anos, se antes não ocorrer a morte dos beneficiários, observado o direito de acrescer. Contudo, deverá a verba ser reduzida pela metade diante da compensação de culpas.

Acrescenta-se que as prestações vencidas devem ser pagas em parcela única, incidindo sobre esse montante juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar da data do evento danoso, e correção monetária desde a data de cada vencimento.

Por derradeiro, diante da condenação ao pagamento de pensão mensal, impõe-se a aplicação do artigo 475-Q do Código de Processo Civil que determina a constituição de capital a fim de garantir o pagamento da verba.

Vale lembrar que é entendimento consolidado, conforme a Súmula 313 da Corte Superior, que *"em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado"*.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, dá-se parcial provimento ao recurso para, reformando-se a sentença objurgada, julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados por Francisco Motta e Terezinha Martins Motta contra Yate Clube Morro dos Conventos, nos autos da Ação de Indenização por Morte n. 004.06.001545-8, para o fim de condenar o demandado: a) ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde a data do falecimento da vítima (2-3-2003), e atualizado monetariamente pelo INPC, a contar da data desta decisão; b) ao ressarcimento dos danos materiais, na forma de pensão mensal no valor equivalente a metade de 2/3 (dois terços) do salário mínimo, desde a morte da vítima até a data em que completaria 25 (vinte e cinco) anos, reduzindo-se após para metade de 1/3 (um terço) do salário mínimo até a data em que o falecido completaria 65 (sessenta e cinco) anos, se antes não ocorrer a morte dos beneficiários, observado o direito de acrescer. As prestações vencidas devem ser pagas em parcela única, incidindo sobre esse montante juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar do evento danoso, e correção monetária desde a data de cada vencimento; c) a constituir capital para assegurar o pagamento da verba mensal antes referida, nos termos do artigo 475-Q do Código de Processo Civil. Diante da sucumbência recíproca, condena-se ambas as partes a arcarem com metade das custas processuais e a pagarem os honorários advocatícios do patrono da parte adversa, os quais fixo em 10% (dez por cento) do valor da condenação, a teor do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, devendo o cálculo incidir sobre o valor da indenização por dano moral, bem como sobre o valor das prestações da pensão mensal vencidas, acrescidas de mais 12 (doze) vincendas, inadmitida a compensação, conforme o artigo 23 do Estatuto da OAB. Deve, ainda, ser observado o disposto no

artigo 12 da Lei n. 1.060/1950, já que os autores foram agraciados com a gratuidade da justiça.

Participaram do julgamento, realizado no dia 9 de março de 2010, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Marcus Tulio Sartorato e Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 15 de março de 2010.

Fernando Carioni
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Cível n. 2009.072966-4, de Sombrio

Relatora Designada: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

> AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. SUICÍDIO DO SEGURADO. PREMEDITAÇÃO EVIDENCIADA. EXCLUSÃO DA COBERTURA.
>
> Na linha das Súmulas 61 do STJ e 150 do STF, o suicídio premeditado à contratação do seguro exclui a cobertura e impede o pagamento da indenização aos beneficiários, caso dos autos.
>
> Recurso da ré provido, prejudicado o dos autores, com inversão do ônus sucumbencial.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2009.072966-4, da comarca de Sombrio (1ª Vara), em que são apte/apdo Cleusa da Rosa Pereira, Daniel da Rosa Pereira e Daniela da Rosa Pereira, e apdo/apte Unibanco Aig Seguros S/A:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por maioria de votos, dar provimento ao recurso da ré e declarar prejudicado o dos autores, com inversão do ônus sucumbencial, nos termos da fundamentação. Custas legais.

RELATÓRIO

Cleusa da Rosa Pereira, Daniel da Rosa Pereira e Daniela da Rosa Pereira, beneficiários de seguro de vida em grupo por força do suicídio de Orivaldo Rocho Pereira, ajuizaram ação de cobrança em face de Unibanco Aig Seguros S.A. com o objetivo de condená-la ao pagamento da indenização prevista na apólice.

Trâmites legais, o pedido foi acolhido nos termos do seguinte dispositivo:

> [...] julgo procedente o pedido formulado por [...], condenando-o pagamento da indenização, nos termos do contrato, a ser apurado em liquidação de sentença, corrigido monetariamente pelo IGP-M, a partir da negativa administrativa de pagamento, e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, nos arts. 406 do CC, c/c o art. 161, § 1º, do CTN.
>
> Em razão da sucumbência, condeno a ré ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da condenação (fls. 619/622 – v. 4).

Contra essa decisão ambas as partes apelaram.

Os autores postularam a substituição do índice de correção monetária e aduziram que o respectivo *dies a quo* deve cair na data da contratação e não da citação. Além disso, pediram que os honorários advocatícios sejam fixados em 20% sobre o valor corrigido da condenação (fls. 625/632 – v. 4).

A ré, por sua vez, repisou a tese de suicídio premeditado posta na contestação (fls. 31/52 – v. 1), ou seja, alegou que Orivaldo Rocho Pereira planejava se matar quando ajustou o seguro.

Em caso de manutenção da sentença, aduziu que não deve ser condenada em obrigação de pagar, mas sim em obrigação de fazer, traduzida na quitação do saldo devedor (fls. 637/652 – v. 4).

Apresentadas as contrarrazões por ambas as partes (657/679 e 685/692), vieram os autos por força do art. 151, § 1º, do RITJSC.

VOTO

1. A questão que opõe a ré aos autores diz com a verificação da intenção do Senhor Orivaldo Rocho Pereira quando contratou a apólice de seguro.

Com efeito, a ré defende que o *de cujus* premeditou sua morte para deixar patrimônio aos beneficiários, do que seria prova a contratação de inúmeros seguros nos sete meses que antecederam o suicídio dele.

Os autores, porém, declaram que o *de cujus*, além de sócio em empresa restauradora de cabines de caminhão, exercia, a título de atividade informal, o comércio de consórcios, caminhões e automóveis. E prosseguem explicando que, contrariamente ao alegado pela ré, não houve a contratação de inúmeros seguros de vida, mas sim a assunção de vários contratos de financiamento e de consórcio, dos quais resultaram inúmeros seguros de vida em grupo, por força de venda casada imposta pelas instituições financeiras envolvidas nas negociações.

2. Pois bem, antes de ir ao miolo da causa, e sem desconhecer que o termo 'suicídio (in)voluntário' frequenta o acervo da jurisprudência de vários tribunais, algumas vezes com graves prejuízos ao correto entendimento da matéria, reputo conveniente, por método, deixar expresso que vejo no suicídio um ato necessariamente voluntário.

Aliás, sem essa nota de voluntariedade não haveria como distinguilo de um acidente (em cujo conceito subsumo, *e.g.*, ato desencadeado por sonambulismo, hipnose, loucura, alucinação, etc) ou de um homicídio.

Ainda que, por exemplo, o agente se veja acossado e sugestionado por uma depressão, mesmo assim não há como retirar a voluntariedade de ação que empreende. A doença, figura externa, retrata o motivo que, influindo no querer dele (agente), impele-o ao ato extremo.

Processo que não se passa de forma diversa mesmo na hipótese em que o desígnio suicida nasce por meio de ato persuasivo de terceiro (art. 122, primeira parte, do CP) ou quando alguém, premido por dívidas várias, *decide* caminhar sob o patíbulo a arrostar a reação dos seus credores.

Depressão, problemas financeiros, assédio indutivo de outrem, tudo constitui fator exógeno que sugestiona a vontade, mas não a elimina nem substitui a deliberação final daquele que *opta* por reagir à tristeza ou aos problemas por meio do suicídio.

Por isso, embora veja certa importância no tema, não reputo *decisivo* à solução da hipótese investigar as causas (doença, dívida, etc) que levaram o Senhor Orivaldo Rocho Pereira a dar cabo da própria existência.

Mais importante aqui, penso, é examinar-lhe a intenção por ocasião não tanto do ato suicida, mas sobretudo da contratação do seguro.

A título de (mais um) exemplo, mesmo o portador de depressão severa que de boa fé negocia uma apólice pode na sequência não vencer a doença e auto eliminar-se num ato de extremo desespero. Nesse caso, à falta de má fé, a indenização deverá ser paga aos respectivos beneficiários. E é absolutamente crível que o mesmo possa acontecer com alguém naufragado em dívidas que de inopino decida seguir por caminho semelhante.

Outra é a hipótese em que o agente contrata o seguro e, de má-fé, com a intenção de deixar lenitivo material a ente querido, mata-se. Aqui, deprimido ou não, individado ou solvente, pouco importa, o pagamento da indenização repugna ao princípio da boa fé e não pode ter espaço.

Nesse sentido, em comentário a Súmula 61 do STJ e 105 do STF, registro magistério de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, que, com precisão, demonstra que o termo (de todo em todo equívoco) "suicídio voluntário" deve ser apreendido como "suicídio não premeditado para o pagamento do seguro":

> [...].
>
> Da simples leitura desses dois enunciados [Súmula 61 do STJ e 105 do STF], forçoso concluir que o entendimento dos nossos Tribunais superiores era no sentido de não admitir a cobertura do seguro, caso o suicida haja premeditado o ato que ceifou a sua vida. Vale dizer:

> não haverá direito à indenização se se provar que o segurado celebrou o contrato como parte de um plano fatal, visando a amparar patrimonialmente os seus entes queridos.
>
> A contrariu sensu, não havendo premeditação (obviamente não para o ato suicida, mas, sim, para a percepção do benefício), o suicídio seria considerado um acidente pessoal, gerando o dever de pagamento da prestação pactuada, conforme inclusive, vinha decidindo o STJ:
>
> [...].
>
> Nesse diapasão, uma pergunta que não quer calar: afinal, o que se entende por premeditação do suicídio?
>
> Trata-se de questão intrincada.
>
> Quando constatamos que alguém resolveu dar cabo da sua própria vida, claro está que o ato em si já traz uma certa carga de meditação prévia, pois houve a intenção, concretizada no comportamento fatal, de interromper seu ciclo vital.
>
> No entanto, a premeditação a que se refere a jurisprudência, em nosso sentir, é dotada de maior dimensão, ou seja, implica a existência de um plano prévio de suicídio que insere a pactuação do seguro como um dos seus elementos de realização: celebra-se o contrato já visando a permitir o amparo das pessoas vinculadas afetiva ou economicamente ao suicida.
>
> Nessa linha, ausente este planejamento, o suicídio equivaleria a um acidente pessoal, um ato de descontrole emocional, que geraria a obrigação imposta ao segurador de indenizar (*in* Novo Curso de Direito Civil. Contratos em Espécie. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2009, p. 539/540, sem destaque no original).

De tal sorte, a busca do motivo do suicídio, se alguma relevância tem em casos que tais (coisa que não nego), tem-na, porém, não autonomamente, mas na exata proporção em que se revelar útil à investigação do *animus* do agente no momento em que contratou o seguro e decidiu tirar a própria vida.

De tudo se conclui que o suicídio, sempre voluntário, poderá, ou não, ser premeditado: premeditação que, entenda-se bem, não diz com o ato suicida, mas sim com a percepção do benefício.

Essa, penso, a inteligência das Súmulas 150 do STF e 61 do STJ, assim redigidas, respectivamente: "Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual não exime o segurador do pagamento do seguro"; "O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado".

À guisa de ilustração:

> AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA - SUICÍDIO ""VOLUNTÁRIO"" - PREMEDITAÇÃO COMPROVADA. PEDIDOS INICIAIS JULGADOS IMPROCEDENTES - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. Em que pese ser inoperante a cláusula que nos seguros de acidentes pessoais exclui a responsabilidade da seguradora em casos de suicídio, provando a seguradora que o segurado suicidou-se, premeditadamente, com o intuito de receber os valores da apólice, incabível o pagamento da indenização securitária (TJMG - ACv. 1.0123.02.001747-1).

3. Assim delimitado o tema, tenho que a prova dos autos indica a existência de suicídio premeditado à contratação do seguro.

É incontroverso que de 21 de janeiro de 2001 a 31 de julho do mesmo ano, data do suicídio, o Senhor Orivaldo Rocho Pereira ajustou 15 (quinze) contratos de seguro, assim divididos: 7 (sete) apólices de seguro de vida individual e 8 (oito) seguros e vida prestamista visando garantir a quitação de 4 (quatro) quotas de consórcios para aquisição de caminhões, 1 (uma) quota de consórcio para aquisição de um veículo, 2 (dois) outros financiamentos para a compra de caminhões, e 1 (uma) quota de consórcio relativa a bem imóvel.

Também é incontroverso que, antes de 21 de janeiro de 2001, não era hábito do Senhor Orivaldo Rocho Pereira entabular numerosos con-

tratos de seguro, sejam os singulares, sejam os vinculados a consórcios ou financiamentos.

Como se vê, a instrução revela comportamento absolutamente atípico do *de cujus* nos sete meses que antecederam sua morte.

Atípico tanto em relação à contratação de seguros de vida de *per si*, situação que isoladamente já bastaria ao lançamento de dúvida fundada sobre a sinceridade da conduta dele, quanto no que toca aos seguros 'casados' a contratos de financiamento e de consórcio.

Se é certo que o 'atípico' não é ilegal, também é verdade que deve ser minudentemente explicado pela parte que dele se aproveita.

Explicação que, com a devida vênia, não encontrei na instrução do processo.

E para afirmá-lo nem sequer vejo necessidade de abrir indagação sobre a (in)existência da venda casada noticiada na réplica e nas alegações finais dos acionantes.

A questão é prévia, situando-se, como visto, na intenção do *de cujus* quando procurou produto bancário que usualmente se faz acompanhar (por livre vontade ou ilegalmente por pressão) de um seguro.

E aqui o caso assume singular relevo, pois, buscando justificar a normalidade das contratações, os autores registraram que o *de cujus*, além de sócio em empresa especializada na manutenção e reparação de cabines de caminhão, exercia, a título de atividade informal, o comércio de consórcios, caminhões e automóveis.

Contudo, embora a prova testemunhal produzida pelos autores o afirme (e o faça até de forma categórica e veemente), não há prova documental de que o *de cujus* também se dedicava à mercancia de tais bens.

Por outro lado, com relação especificamente aos bens financiados ou consorciados, não há sequer indício ou começo de prova de que foram expostos à venda ou anunciados (informalmente, na *internet*, em jornal de circulação local, mural de igreja, folder, etc) nos sete meses que antecederam o suicídio.

Também não existe foto do estabelecimento com outros carros e caminhões à venda, anotações (ainda que rudimentares) da contabilidade correlata, contratos de gaveta pactuados com clientes, etc.

Chama atenção o contraste dos testemunhos – que atribuem ao falecido inúmeros e variados negócios totalmente alheios a sua profissão formal – e a ausência de prova documental (qualquer documento, não apenas oficiais) a demonstrá-los.

E mais importante: se de fato ele se dedicava àquela atividade paralela e se, por conta dela, habitualmente contratava consórcios e quejandos, então essa pauta de conduta deveria necessariamente apresentar-se como uma constante em sua vida, não podendo "aparecer" somente nos sete meses anteriores à data em que se suicidou.

Noutras palavras, teria que ter vindo aos autos os contratos de financiamento e de consórcio entabulados pelo *de cujus* em 2001, 2000, 1999, 1998, 1997...

Ou é isso, ou, contrariamente ao exposto pelos autores, a atividade paralela do *de cujus* não era habitual ou nem sequer existia.

Esse o quadro, tenho por derruída a tese (sublevada pelos autores a verdadeira 'tábua de salvação') de que da necessidade da contratação de consórcios e financiamentos seguiria a adesão compulsória, via venda casada (também não demonstrada), a inúmeros seguros de vida em grupo.

À falta de indícios mínimos assim da tentativa de venda dos bens consorciados e financiados, como da habitualidade (e da existência mesma)

do comércio paralelo em tese desempenhado pelo *de cujus*, ganha corpo a tese de que, na pactuação dos seguros de vida acoplados a tais negócios, ele ruminava a intenção de tirar a própria vida com o propósito de deixar patrimônio livre e desembaraçado para seus sucessores (o que de fato aconteceria caso prevalecesse a tese da petição inicial).

Além disso, como acentuado no apelo da ré, mesmo que esse fundamento - prática habitual de atividade paralela - fosse procedente, dele não resultaria explicação quanto a absoluta atipicidade da pactuação de outras 7 (sete) apólices de seguro de vida individual meses antes do suicídio, conduta heterodoxa tanto sob o ponto de vista objetivo (boa fé objetiva), pois não é dessa forma que os consumidores habitualmente agem no mercado, quanto sob o ponto de vista do de *cujus*, de quem não se tem notícia de ser um tomador habitual dessa espécie de produto (exceção, obviamente, feita ao período de sete meses que antecedeu sua morte).

4. Indo a outras circunstâncias que demonstram a anormalidade das inúmeras contratações realizadas pelo *de cujus*, calha jogar alguma luz sobre a situação financeira dele, tema que, não assumindo foros de definitividade no que tange à sorte da causa, como exposto no item 2 deste voto, ainda assim apresenta singular importância no exame da sinceridade da assunção daqueles contratos.

Pois bem, como assinalado pela ré em suas alegações finais (não contraditada pelos autores, a quem competia fazê-lo, pois o anormal, repita-se, deve ser explicado por quem dele se beneficia), não há indícios de que o *de cujus* contasse com capacidade financeira para suportar os encargos decorrentes das contratações, os quais, para ficar apenas com o valor dos bens consorciados e financiados, impunham-lhe o pagamento mensal de prestações na ordem de R$ 7.000,00 (fl. 608 – v. 4).

Em investigação (unilateral) produzida pela ré, igualmente não impugnada de forma específica, consta que o *de cujus*, em 2002, possuía

renda mensal de R$ 11.918,00 (fl. 180 - v. 1), do que resulta o comprometimento de quase 60% desse importe apenas com as prestações mencionadas, tudo sem aludir às outras decorrentes das inúmeras apólices de seguro de vida.

Cotejando outro dado noticiado pela ré em suas alegações finais (fl. 608 – v. 4), relativo ao valor do saldo devedor dos bens consorciados e financiados, afigura-se-me absolutamente alheio ao que ordinariamente acontece que alguém com uma renda naquele patamar se aventure a pendurar, de uma hora para outra, em curto espaço de tempo, *e praticamente ao mesmo tempo*, dívida que beira a casa dos R$ 650.000,00.

Reputo correto os valores aqui mencionados, não somente à falta de qualquer esclarecimento por parte dos autores quanto à renda do *de cujus,* de absoluta importância para a demonstração da normalidade das suas operações, como também em função da razoabilidade do saldo devedor estimado pela ré, que diz com a compra de quatro caminhões, três automóveis e dois imóveis (bens financiados e consorciados).

Aliás, a corroborar essas conclusões, a prova produzida em ação conexa à presente (ACv 2010.001981-1, fls. 302/458) revela que o *de cujus* e a empresa da qual era sócio arrostava situação financeira claudicante no período que antecedeu a morte dele.

Consta ação de cobrança de nota promissória valorada em R$ 38.000,00 e vencida em 15/07/2002 (fl. 323); dívida com o BADESC, vencida em 15/05/2002, na casa dos R$ 63.544,43 (fls. 329/345), e mais outra ação de cobrança ajuizada pelo Banco do Brasil no valor de R$ 185.705,17 (fl. 368 e segtes).

Aliás, com relação à nota promissória, os embargos do devedor ajuizados pelo espólio do *de cujus*, imputando ao credor a prática de agiotagem, revelam que, mui possivelmente, esse se via enredado em dívidas com agiotas, com as graves consequencias que daí resultam.

Portanto, à luz das particularidades da espécie e de todos os indícios até aqui levantados, tenho que os dados relacionados com o valor do saldo devedor, das prestações, da renda mensal do *de cujus*, bem como a existência de inúmeras dívidas em nome dele e da sociedade empresária que titularizava, fortificam a conclusão de que ele contratou os seguros ciente de que não suportaria os encargos do negócio por muito tempo.

5. Há mais: o contrato de seguro cuja indenização se pretende obter na presente ação foi pactuado a 4 de junho de 2002 (fl. 12 – v. 1).

Consta que em 16 de junho desse ano o *de cujus* se envolveu em acidente suspeito na Serra do Faxinal (Município de Praia Grande); passando reto numa curva, projetou seu carro rumo ao abismo e saiu ileso de uma queda de mais de trezentos metros (fl. 206 – v. 1).

Embora não haja prova (mas só indícios) de que já nesse episódio houve tentativa de suicídio, é incontroverso que logo na sequência, em 16 de julho, ele ingeriu dolosamente uma dose de inseticida. Sobrevivendo a esse outro episódio, matou-se em 31 de julho mediante enforcamento.

Exposta a cronologia dos fatos (4 de junho, 16 de junho, 16 de julho, 31 de julho), todos incontroversos, ganha relevo - até porque admitido pelos acionantes à folha 586 – o seguinte testemunho prestado pelo médico que atendeu o *de cujus* após o envenenamento:

> Que há cerca de cinco ou sete anos atrás o depoente se recorda de ter atendido o Sr. Orivaldo que na ocasião havia tentado se suicidar com veneno, sendo atendido no hospital de Araranguá [...]. Que na ocasião do primeiro atendimento em Araranguá o depoente chegou a conversar com Orivaldo **o qual admitiu que havia tentado se suicidar** em razão de suas dívidas. Que posteriormente o depoente foi procurado por advogado, não sabendo o depoente a quem ele representava, o qual pediu que o depoente retirasse a menção que fez em seu relatório, sobre a questão as dívidas mencionadas por Orivaldo, a fim de facilitar o recebimento do seguro [...] (fl. 490 – v. 2, sem destaque no original).

Quer dizer, pactuado o seguro a 4 de junho de 2002, há testemunho não contraditado dando conta de que o *de cujus*, por volta do dia 16 de julho, pouco mais de um mês, portanto, daquela contratação, teria relatado a profissional da medicina que em outra ocasião já havia tentado se matar.

Com a devida vênia, entendo que esse testemunho, aliado aos inúmeros indícios já declinados, como outros seguros pactuados em datas próximas (16 de abril, 15 de maio, 1º de junho, só para citar alguns, fls. 37/38), indicam que, no caso, houve suicídio premeditado.

À guisa de ilustração:

> APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – CONTRATO DE SEGURO DE VIDA (OUROVIDA) – SUICÍDIO – CONTRATAÇÃO DE DOIS SEGUROS VULTOSOS EM MÊS ANTERIOR – ELEMENTOS DE PROVA INDICANDO PREMEDITAÇÃO – FALTA DE COBERTURA – DEVER DE INDENIZAR AFASTADO – SÚMULAS 105 DO STF E 61 DO STJ – EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO – RECURSO PROVIDO
>
> A morte do segurado, decorrente de suicídio, gera o dever de indenizar, apenas afastada quando comprovada a premeditação ou a voluntariedade do ato.
>
> É tida como premeditação a contratação de diversos seguros de vida, em mês anterior ao suicídio, com valores vultosos, associada a atitude do segurado em desferir tiro contra sua cabeça no volante de veículo automotor em movimento para o fim de maquilar um acidente de trânsito, refutado por inquérito policial (TJSC - ACv. 2006.037141-9, Rel. Des. Fernando Carioni).

E mais:

> APELAÇÃO. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO. PREMEDITAÇÃO COMPROVADA. 1. Nos termos das Súmulas 105 do STF e 61 do STJ, apenas quando a seguradora produz prova da premeditação do suicídio é que se desobriga de efetuar o pagamento da indenização. 2. Havendo prova nos autos de que o suicídio do segurado foi voluntário, premeditado, não há que se falar em obrigação da seguradora de indenizar as be-

neficiárias. 3. Recurso a que se dá provimento (TJMG - ACv. 1.0701.05.134084-5/001).

Destaco da fundamentação do voto condutor:

Na hipótese dos autos, entendo que a apelante produziu prova suficiente e apta a demonstrar a premeditação do suicídio.

Pelo que se observa, o segurado aderiu ao seguro em 10/08/2001 (fl. 53), cometendo suicídio em 03/10/2001 (fl. 81), ou seja, menos de dois meses depois.

Realizada sindicância pela apelante, a 3ª autora, esposa do segurado, informou que este cometeu suicídio em razão de diversas dívidas contraídas (fl. 93-94). Por sua vez, o pai do segurado informou que 'seu filho suicidou-se em razão das dívidas contraídas, conforme explicou através de um bilhete que deixou momentos antes de sua morte' (fl. 94).

A apelante cuidou de trazer aos autos o mencionado bilhete (fl. 74), redigido de próprio punho pelo segurado no dia da sua morte, pelo qual se infere que o mesmo cometeu aquele ato extremo em razão de encontrar-se endividado.

Frise-se que os autores não impugnaram a validade e a autoria do referido bilhete, razão pela qual a prova em questão deve ser admitida como incontroversa.

Além disso, a apelante também trouxe aos autos cópia de diversas execuções que estavam sendo movidas em desfavor do segurado, todas anteriores à adesão à apólice. Assim, também restou comprovado que as dívidas que levaram o segurado a cometer suicídio foram contraídas em momento anterior à contratação do seguro.

Está claro, portanto, que o segurado, pai e marido das apeladas, não encontrando outra saída - de acordo com o que afirmou em seu bilhete-, contratou o seguro e menos de dois meses depois cometeu o premeditado suicídio, com o claro propósito de que suas beneficiárias recebessem o valor da indenização.

Pelo exposto, havendo prova nos autos de que o suicídio do segurado foi voluntário, premeditado, as apeladas não fazem jus à indenização pleiteada na inicial.

6. Por fim, *a latere*, registro que as circunstâncias de o *de cujus* ter pago os prêmios quando vivo (até porque o fez no curto espaço de tempo entre a assunção dos seguros e a sua morte) e de a seguradora não recusar a pactuação quando informada de outros contratos, por si sós, não asseguram o êxito do pedido inicial.

Expostas as particularidades do caso, no qual estimo presente a má fé do segurado, entendo que condição *sine qua non* de sucesso do 'plano' seria obviamente o regular pagamento do quanto devido à seguradora no correr do contrato, quiçá com o auxílio de algum agiota.

E o fato isolado de ela (seguradora) não recusar a apólice mesmo à vista de outros pactos similares, provando muito, não prova absolutamente nada, consabido que tanto o CC/16 (art. 1.441), quanto o CC/02 (art. 789), permitem a pluralidade de seguros de vida.

Portanto, ilegal não é contratar vários seguros dessa natureza, mas fazê-lo com a intenção de em passo adiante dar cabo na própria vida com a finalidade de deixar bens materiais aos sucessores, como penso ter acontecido no caso *sub judice*.

7. Nesses termos, vota-se no sentido de prover o recurso da ré e declarar prejudicado o dos acionantes, que ficam condenados ao pagamento de custas e honorários advocatícios (10% sobe o valor corrigido da causa), suspensa a cobrança por conta do deferimento de assistência judiciária gratuita (fl. 20 – v. 1).

DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara decide, por maioria de votos, dar provimento ao recurso da ré e declarar prejudicado o dos autores, invertendo-se o ônus sucumbencial, nos termos da fundamentação.

O julgamento, realizado no dia 09 de março de 2010, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni, com voto vencido, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Marcus Tulio Sartorato.

Florianópolis, 18 de março de 2010.

Maria do Rocio Luz Santa Ritta
RELATORA

Declaração de Voto Vencido do Excelentíssimo Desembargador Fernando Carioni:

Ousei divergir da douta maioria, no que concerne a matéria de fundo do apelo, pelas razões que passo a expor.

Ementa aditiva do Des. Fernando Carioni:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE COBRANÇA COM PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. SEGURO DE VIDA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MORTE DO SEGURADO. RECUSA DE PAGAMENTO. SUICÍDIO NÃO PREMEDITADO. SÚMULA 105 DO STF E 61 DO STJ. DEVER DE INDENIZAR. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ADEQUAÇÃO NECESSÁRIA. RECURSO DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDO E DESPROVIDO O DA RÉ.

Incide o Código de Defesa do Consumidor nas relações entre segurado e seguradora.

"É consabido que a voluntariedade do suicídio não se presume, sendo imprescindível que a seguradora comprove, de forma cabal, que tal fato foi consciente e livremente criado pelo segurado, sob

pena de afronta às Súmulas 61 do STJ e 105 do STF" (Ap. Cív. n. 2009.054170-9, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato).

A correção monetária, na ação de cobrança de indenização de seguro, tem como termo inicial o momento da recusa da seguradora no cumprimento da obrigação.

"Por força de disposição legal, a verba honorária a ser adimplida em favor da parte beneficiada varia entre 10% (dez por cento) a 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação arbitrada, tendo em vista que a parte autora goza do benefício da justiça gratuita" (Ap. Cív. n. 2009.056202-6, rel. Des. Subst. Henry Petry Junior).

Trata-se de apelações cíveis. A primeira interposta com o desiderato de ver parcialmente reformada a decisão, para modificar o índice de correção monetária utilizado pelo Magistrado, qual seja, IGP-M, pelo INPC, bem como determinar a sua incidência a partir da contratação do seguro, além da majoração dos honorários advocatícios. A segunda, visa a reforma total da decisão para que seja reconhecido o suicídio premeditado do segurado.

De início, deve ser observado que se trata de relação de consumo sujeita às regras e aos princípios estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

As atividades desenvolvidas pelas companhias seguradoras estão enquadradas na expressão "fornecedor", tal como descrita no caput do art. 3º do Código Consumerista, na modalidade de prestadora de serviços, e o segurado consumidor, na condição de destinatário final.

Sobre o tema, preconiza Cláudia Lima Marques:

> Resumindo, em todos estes contratos de seguro podemos identificar o fornecedor exigido pelo art. 3º do CDC e o consumidor. Note-se que o destinatário do prêmio pode ser o contratante com a empresa seguradora (estipulante) ou terceira pessoa, que participará como beneficiária do seguro. Nos dois casos há um destinatário final do

> serviço prestado pela empresa seguradora (Contratos no código de defesa do consumidor. 3. ed. Revista dos Tribunais: 1999. p. 196).

Colhe-se da jurisprudência:

> Os contratos de seguro são regidos pela Legislação Consumerista, conforme o disposto no § 2º do artigo 3º da Lei n. 8.078/1992, fazendo menção expressa aos serviços de natureza securitária (AI em AI n. 2008.017090-9/0001.00, de Criciúma, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 17-3-2009).
>
> Consoante paradigma jurisprudencial, aplicam-se os princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de seguro (AI n. 2008.071085-1, de Lages, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. 6-3-2009).
>
> A relação jurídica existente entre a seguradora e o segurado sujeita-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor (Ap. Cív. n. 2007.019750-0, da Capital/Estreito, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 2-2-2009).

No mesmo sentido: STJ, REsp. n. 485.760/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. em 17-6-2003, DJ 1º-3-2004, p. 186; e STJ, REsp. n. 590.336/SC, rela. Mina. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 7-12-2004, DJ 21-2-2005, p. 175.

Dito isso, passa-se a análise dos recursos.

Do recurso de Unibanco Aig Seguros S.A.

Sustenta a apelante, em síntese, a fim de eximir-se da cobertura securitária contratada, que o pagamento da indenização foi negado em razão do suicídio premeditado cometido pelo segurado, e que não existe cobertura securitária para tal evento.

A questão restringe-se a saber se o enforcamento (suicídio) foi premeditado e se a recusa da seguradora em indenizar o sinistro foi legítima.

São fatos incontroversos nos autos que Orivaldo, no dia 30-7-2002, faleceu em decorrência de enforcamento (suicídio).

Antes de falecer, Orivaldo firmou, entre outros, contrato de participação em consórcio para a aquisição de bem imóvel durável junto a Rodobens Administração e Promoções Ltda., grupo 1548, Cota 354, tendo por objetivo a aquisição de um crédito no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais).

Juntamente com o consórcio, aderiu a um seguro de vida vinculado, prática corriqueira nesses tipos de contratos.

O autor pagava regularmente as parcelas do consórcio, conforme comprova o documento de fl. 12, bem como de outros que havia adquirido.

O Sr. Orivaldo não contratou especificamente o seguro de vida, mas sim um consórcio objetivando a aquisição de um crédito. A contratação do seguro de vida veio em decorrência do contrato de consórcio.

Essa prática é corriqueira entre as empresas que atuam no ramo de consórcios e financiamentos de linha de crédito, pois com isso garantem o recebimento do saldo devedor em caso de eventual impossibilidade de pagamento por parte do segurado.

Está claro que o autor não premeditou a sua morte a fim de receber a indenização securitária, pois era comum a aquisição dos consórcios pelo segurado, uma vez que comercializava esse tipo de produto e, consequentemente aderia às apólices oferecidas.

De outro norte, salienta-se que os demais seguros contratados pelo sr. Orivaldo foram adquiridos da mesma forma. É que o *de cujus* comercializava veículos, caminhões e automóveis, de modo que se utilizava dos consórcios e financiamentos para realizar suas atividades.

Assim, constata-se que a atividade comercial do segurado, além de reparador de cabines de caminhão, era a comercialização de veículos e caminhões, bem como de aquisição de consórcio, e, para tanto, mantinha relações negociais com bancos e administradoras e, consequentemente aderia às propostas de seguro por elas apresentadas.

As informações são corroboradas pelos depoimentos testemunhais. Vejamos:

Colhe-se do depoimento da autora (fls. 349-350):

> [...] eram sócios da empresa Renovadora de Cabines Sombriense a declarante e seu marido, porém aquela não se envolvia nos negócios, estes que eram conduzidos pelo varão, o qual detinha procuração para tanto; [...] a empresa renovava cabines de caminhão, comprava e revendia carros, fazia e revendia consórcios.

Por seu turno, extrai-se do depoimento de Martin José Gonçalves Neto (fls. 353-354):

> Conhecia o Sr. Orivaldo; este era visto na cidade como uma pessoa simples e trabalhadora, cumpridora de seus compromissos e boa; o Sr. Orivaldo era uma pessoa simples e humilde; o Sr. Orivaldo tinha uma empresa renovadora de cabines, comprava e vendia consórcios e caminhões; o depoente pagou dois consórcios de caminhões, para o Sr. Orivaldo, como pagamento pela aquisição da empresa Cimadiesel; o Sr. Orivaldo fazia muitos negócios, quase toda semana; a empresa do depoente fica ao lado da que era do Sr. Orivaldo; o depoente comprou um consórcio da Rodobens e depois indicou o nome do Sr. Orivaldo para a pessoa que vendia aquele consórcio; procurado, o Sr. Orivaldo adquiriu o consórcio.

Colhe-se, ainda, do depoimento de Ronaldo Cardoso da Rosa (fl. 355):

> Além da empresa, o Sr. Orivaldo comprava e vendia caminhões e consórcios; esses negócios de compra e venda eram constantes.

Por derradeiro, extrai-se do depoimento de José Luiz Manoel Serafim (fl. 356):

> Conhecia o Sr. Orivaldo por ter feito negócios envolvendo carros com ele; o depoente comprou e vendeu carros consorciados, fazendo esses negócios com o Sr. Orivaldo; compra e venda de veículos e consórcios era uma atividade de rotina do Sr. Orivaldo.

Assim, diante da atividade desenvolvida pelo segurado, percebe-se a necessidade de contratação de consórcios e financiamentos e, por conseguinte, a obrigatoriedade em aderir aos seguros de vida a eles vinculados.

A intenção do segurado não era contratar seguros de vida, mas sim, financiamentos de veículos e consórcios, cujos seguros de vida a eles se vinculavam, na forma de "venda casada" que, apesar de ser ilegal, por ferir as regras do Código Consumeirista, é uma prática usual nesse ramo.

Tal fato, inclusive, não é negado pela seguradora, porquanto, em sua defesa, alegou que "a aquisição dos caminhões, mediante financiamento, serviu como simples pretexto para a contratação do seguro de vida que sabidamente lhe era vinculado" (fl. 36).

Não bastasse isso, no momento em que o segurado adquiria o consórcio ou o financiamento, a seguradora apresentava uma proposta e, antes de contratar, fazia algumas perguntas.

Em um dos quesitos, a seguradora pergunta se já possuía outros seguros de vida, ao passo que nas propostas juntadas aos autos, o segurado convictamente informou a existência de outros seguros em seu nome (fls. 105-106), o que demonstra a sua boa-fé, princípio que rege as relações contratuais.

Assim, não há como a seguradora furtar-se do pagamento da indenização pleiteada ao argumento de que o segurado possuía outras apólices de seguros, pois tinha sido informada acerca deles e não recusou a proposta do Sr. Orivaldo.

Ora, é muito fácil para seguradora no momento da contratação do seguro receber os prêmios e incentivar as pessoas a aderirem a outras propostas, e, no momento em que o segurado ou seus beneficiário precisam da indenização, se furtam do pagamento com alegações de má-fé, de inexistência de coberturas, entre outros, todavia, em muitos casos, o intuito é meramente protelatório.

De outro norte, é entendimento majoritário nos Tribunais que somente o suicídio premeditado não estão cobertos pelas apólices de seguro.

A propósito, é entendimento pacífico no STF que "salvo se tiver havido premeditação, o suicídio de segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro" (Súmula 105).

E, ainda, a Súmula 61 do STJ, que preceitua que "o seguro de vida cobre o suicídio não premeditado".

A respeito, colhe-se da jurisprudência da Corte Superior:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO NÃO PREMEDITADO. ACIDENTE PESSOAL. PRECEDENTES. REVISÃO. MATÉRIA DE PROVA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 05 E 07 DO STJ. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.
>
> 1. De acordo com a jurisprudência desta Corte o suicídio não premeditado encontra-se abrangido pelo conceito de acidente pessoal.
>
> Precedentes. Incidência da Súmula 83 do STJ (STJ, AgRg no Resp. 1047594/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, j. em 18-8-2009, DJe 31-8-2009).
>
> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SÚMULA 07 DO STJ. NÃO INCIDÊNCIA. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO. SÚMULA 61 DO STJ. EFEITOS MODIFICATIVOS.

1. "O suicídio não premeditado à época da contratação do seguro deve ser considerado abrangido pelo conceito de acidente para fins de seguro" (REsp 472.236/RS, 3ª Turma, Min. Nancy Andrighi, DJ de 23.06.2003) (STJ, EDcl no AgRg no Ag 545.475/MG, rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região, Quarta Turma, j. em 2-10-2008, DJe 3-11-2008).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO. SUICÍDIO. NÃO PREMEDITAÇÃO. RESPONSABILIDADE DA SEGURADORA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O suicídio não premeditado ou involuntário, encontra-se abrangido pelo conceito de acidente pessoal, sendo que é ônus que compete à seguradora a prova da premeditação do segurado no evento, pelo que se considerada abusiva a cláusula excludente de responsabilidade para os referidos casos de suicídio não premeditado. Súmula 83/ STJ Precedentes.

2. "Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro." Súmula 105/STF (STJ, AgRg no Ag 868.283/MG, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 27.11.2007, DJ 10.12.2007 p. 380)

Sobre o tema, este Tribunal tem se posicionado da seguinte forma:

O suicídio involuntário (não premeditado), por decorrer de circunstância trágica e inesperada, que causa imensa dor aos familiares, corresponde a morte acidental.

"Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual não exime o segurador do pagamento do seguro" (STF, Súmula 150).

"O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado" (STJ, Súmula 61) (TJSC – Ap. Cív. n. 2006.035205-5, da Capital, de minha relatoria, j. 22-3-2007) (Ap. Cív. n. 2007.039804-7, de Concórdia, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. em 30-10-2009).

É consabido que a voluntariedade do suicídio não se presume, sendo imprescindível que a seguradora comprove, de forma cabal, que tal fato foi consciente e livremente criado pelo segurado, sob

> pena de afronta às Súmulas 61 do STJ e 105 do STF (Ap. Cív. n. 2009.054170-9, de Orleans, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. em 20-10-2009).
>
> A seguradora somente se exime de sua obrigação indenizatória se o suicídio do segurado, na vigência da apólice, foi premeditado. O ônus da provar dessa circunstância é atribuição da seguradora (art. 333, II CPC) (Ap. Cív. N. 2009.024794-2, de Pinhalzinho, rel. Des. Edson Ubaldo, j. em 25-9-2009).

Dito isso, é de consignar que há indícios de que o segurado, após ter sofrido um acidente de veículo em 16-6-2002, passou a ter um comportamento estranho, vivia triste e calado, sem vontade de viver, demonstrando atitudes de uma possível depressão.

Ademais, já tinha prometido à família que procuraria ajuda, todavia decidiu ceifar sua vida, o que demonstra que não gozava de suas faculdades mentais normais quando cometeu o suicídio, razão pela qual não há falar em premeditação.

Acerca da premeditação, Sílvio de Salvo Venosa leciona:

> Entende-se como premeditada a auto-supressão da vida com premeditação. Contudo, havendo fatores externos, alterações de saúde e psiquismo daí decorrentes, provocadores do suicídio, não se isenta a seguradora de pagar. É indenizável, por exemplo, a vida autodestruída por quem perde o emprego ou situação estável, sendo levado à penúria, física, psíquica e econômica.
>
> "Considera-se involuntário o evento desde que a alienação mental, ou lesão psíquica, ou a causa interna, retire totalmente a capacidade de autocontrole e faça a vítima perder a noção do efeito se deu ato" (Rizzardo, 1988:825) (*Direito civil*: contratos em espécie. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 380).

Nesse contexto, como conclusão lógica, pode-se afirmar categoricamente que o pagamento de seguro persiste até mesmo para as hipóteses de suicídio, desde que este evento não tenha sido premeditado, como é o caso dos autos.

Assim, destaca-se que, apesar de o segurado ter se suicidado, tal fato não enseja a recusa da seguradora em indenizar o sinistro, isto por que, como se comprovou, os contratos foram adquiridos antes do acidente de trânsito que gerou uma alteração em seu comportamento (16-6-2002), o que demonstra que a assinatura dos contratos não tinha relação com a situação emocional em que o segurado se encontrava no dia de seu óbito.

Vale transcrever trecho da sentença que adotou o mesmo entendimento:

> "Nessa senda, é importante referir que todos os contratos foram firmados antes do acidente ocorrido em 16/06/2002, portanto o desencadeamento da suposta apatia do segurado foi posterior a assinatura/vigência dos contratos, não existindo nos autos qualquer elemento que coloque em dúvida a boa-fé das partes no momento do nascedouro das relações negociais, sendo crucial a verificação desse elemento subjetivo para (im)possibilitar o recebimento dos valores pelos beneficiários" (fl. 621).

Aliado a isso, repito, a seguradora quando aceitou a proposta de adesão do segurado não fez qualquer objeção ao fato de ele já possuir outros seguros de vida.

Por derradeiro, a seguradora não comprovou a má-fé do segurado no momento da assinatura dos contratos, tampouco que sua morte foi premeditada a fim de que seus beneficiários recebessem a indenização, de modo que tem-se como ilegítima a recusa em indenizar o sinistro e, por conseguinte, correta a decisão combatida que condenou a seguradora a indenizar os beneficiários do segurado.

Por outro lado, a seguradora argumenta que, em caso manutenção da sentença, a sua condenação deve ser dirigida à quitação da quota contratada pelo falecido junto à administradora do consórcio.

Nesse contexto, nota-se que referida alegação somente veio aos autos nesta instância recursal e que não houve qualquer menção a esse respeito quando apresentou sua defesa.

Não obstante, no momento da contestação, não trouxe a apólice contratada pelo segurado, tampouco as cláusulas gerais que confirmavam sua alegação.

Dessa feita, é vedada a análise da matéria sob pena de ofensa ao duplo grau de jurisdição, uma vez que não foi apreciada pelo Juízo *a quo*. Ademais, o art. 515, § 1º, do Código de Processo Civil veda o exame de matérias não arguidas na instância ordinária, que aportam somente na esfera recursal.

A respeito, traz-se excerto doutrinário de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery que se aplica ao caso em tela:

> Por inovação entende-se todo elemento que pode servir de base para a decisão do tribunal, que não foi argüido ou discutido no processo, no procedimento de primeiro grau de jurisdição (Fasching, ZPR², n. 1721, p. 872). Não se pode inovar no juízo de apelação, sendo defeso às partes modificar a causa de pedir ou o pedido (nova demanda) (*Código de processo civil comentado:* e legislação extravagante: atualizado até 7 de julho de 2003. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 887).

Não divergindo, extrai-se da jurisprudência:

A questão não suscitada (nem discutida no processo) não pode ser objeto de apreciação pelo tribunal, no julgamento da apelação. De questão de fato, presa ao interesse da parte, não pode o tribunal tomar conhecimento de ofício. Hipótese em que ocorreu ofensa ao art. 515, § 1º, do CPC (STJ – REsp n. 29.873 – 1/PR, rel. Min. Nilson Naves, j. 9-3-1993, DJU 26-4-1993, p. 7.204).

> Não se conhece de matéria recursal não apreciada em primeira instância, sob pena de violação aos princípios de estabilidade do proces-

> so e do duplo grau de jurisdição (TJSC, Ap. Cív. n. 2008.040269-3, de Joinville, rel. Des. Monteiro Rocha, j. em 20-8-2009).
>
> As questões não levantadas e debatidas no primeiro grau não poderão fundar apelação, sob pena de ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição e supressão de instância (inteligência do art. 515, § 1º do CPC) (TJSC, Ap. Cív. n. 2005.037855-1, de Concórdia, rel. Des. Subst. Carlos Adilson Silva, j. em 13-8-2009).
>
> MATÉRIA NÃO ALEGADA NOS EMBARGOS DO DEVEDOR. INOVAÇÃO NA FASE RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 515, § 1º, DO CPC.
>
> Não tendo a matéria sido alegada nos embargos apresentados pela recorrente, sobre ela não tendo ocorrido manifestação na Primeira Instância, não há como pretender-se, sob pena de supressão de um grau de jurisdição, o seu exame em nível recursal (TJSC, Ap. Cív. n. 2000.019382-8, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Silveira Lenzi, j. 28-11-2000).

Colhe-se do corpo do acórdão:

> Trata-se de pretendida inovação nesta fase recursal, pretendendo-se a análise de questões não debatidas quando do ajuizamento dos embargos do devedor.
>
> [...] No entendimento de Moacyr Amaral Santos: "com a contestação 'dá-se a preclusão das alegações que o réu poderia oferecer em sua defesa. Quer dizer que o Código adotou o princípio da concentração da defesa na contestação'. Acentua que essa denominação foi dada por José Alberto dos Reis, '...é o mesmo princípio da eventualidade em relação ao réu: todas as defesas devem ser formuladas de uma só vez, como medida de previsão - *adventum* - para o caso de que a primeira oferecida seja rejeitada'" (*Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 14. ed. Saraiva. vol. 2. p. 207).

Assim, não tendo a matéria sido alegada na contestação e, assim, ausente manifestação nesse sentido na primeira instância, não há pretender, sob pena de supressão de um grau de jurisdição, o seu exame em nível recursal.

Até mesmo porque o art. 515, § 1º, do Estatuto Processual Civil é bastante claro quando, traçando o âmbito do objeto da apreciação e do julgamento recursal, restringe-o a "todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro".

Assim, não se conhece da matéria impugnada, em obediência ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Do recurso dos autores

Pleiteiam a substituição do índice da correção monetária aplicada do IGP-M para o INPC, bem como para que incida a partir da contratação do seguro.

Em primeiro lugar, cabe frisar o entendimento predominante desta Corte pela utilização do Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC/IBGE – como fator de correção monetária, de acordo com o disposto no art. 1º do Provimento n. 13/95 da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina.

A respeito:

> [...] Segundo orientação da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina: "A correção monetária dos débitos resultantes de decisões judiciais, bem como nas execuções por título extrajudicial, ressalvadas as disposições legais ou contratuais em contrário, a partir de 1º de julho de 1995, deverá ser feita tomando-se por base o INPC, divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE" (artigo 1º do Provimento n. 13/95) [...] (AC n. 2003.013308-9, da Capital, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 19-8-2004).

Assim, em que pese o entendimento adotado pelo Magistrado *a quo* em aplicar a índice de correção monetária pelo IGP-M, entendo que deve incidir sobre o valor da indenização securitária o INPC/IBGE em cumprimento à legislação específica.

Por outro lado, é cediço que a correção monetária incide a partir da recusa da seguradora ao pagamento da indenização.

Nesse sentido, é a jurisprudência:

> A correção monetária deve incidir sobre a indenização securitária a partir da negativa de pagamento pela seguradora (Ap. Cív. n.2007.058551-6, de Caçador, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. em 6-11-2009).
>
> Nessas demandas que abrangem contrato de seguro de vida, em caso de condenação ao pagamento de indenização em virtude da invalidez do segurado, deve a correção monetária incidir no cálculo da dívida a partir da recusa do pagamento por parte da seguradora, enquanto os juros moratórios são devidos desde a citação válida (Ap. Cív. n. 2006.008218-9, de Joinville, rel. Des. Joel Dias Figueira Junior, j. em 3-11-2009).

Assim, correta a decisão que determinou a incidência da correção monetária a partir da negativa da seguradora.

Pugnaram, ao final, pela majoração dos honorários advocatícios para o montante de 20% (vinte por cento), tendo em vista que a sentença de primeiro grau arbitrou a verba em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Vale ressaltar que a apelante é beneficiária da justiça gratuita, de modo que, à luz do art. 11, § 1º, da Lei n. 1.060/50, a verba honorária está limitada a 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Sendo assim, para a sua a fixação, o juiz não pode descurar do mínimo de 10% (dez por cento) e do máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação e dos requisitos objetivos estabelecidos nas alíneas a a c do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil:

> [...].
>
> a) o grau de zelo do profissional;
>
> b) o lugar de prestação de serviço;

> c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência deste Tribunal:

> Por força de disposição legal, a verba honorária a ser adimplida em favor da parte beneficiada varia entre 10% (dez por cento) a 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação arbitrada, tendo em vista que a parte autora goza do benefício da justiça gratuita. Manutenção do valor de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação (Ap. Cív. n. 2009.056202-6, de Laguna, rel. Des. Subst. Henry Petry Junior, j. em 20-10-2009).

Infere-se que o poder discricionário do juiz deverá ater-se aos parâmetros legais previstos no § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil. A valoração dos honorários sucumbenciais será proporcional ao trabalho realizado pelo advogado, conforme os parâmetros legais acima expostos.

Conforme bem observa o douto Yussef Said Cahali, "a verba honorária deve ser dosada com observância do critério fixado pelo art. 20, § 3º, do CPC, considerando que a natureza e importância da causa devem ser sopesadas com o trabalho dos advogados; e o tempo que lhes é exigido para o serviço não diz respeito apenas à duração do processo, mas também ao estudo e preparo das razões apresentadas em ambos os graus de apelação" (*Honorários advocatícios*. 3. ed. Revista dos Tribunais. p. 469).

No presente caso, o patrono dos apelantes atuaram durante toda a tramitação do processo, agindo com zelo profissional e efetuando todos os atos inerentes à ampla defesa de seu cliente.

Assim, verifica-se que a verba honorária deve ser majorada para 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, o que remunera condignamente o trabalho desempenhado pelo advogado da apelante.

Eram essas as considerações necessárias para amparar o meu posicionamento, no sentido de dar parcial provimento ao recurso dos autores para determinar que o valor da indenização seja corrigido pelo INPC/IBGE e para majorar os honorários advocatícios para 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação; negar provimento ao recurso da seguradora.

Florianópolis, 5 de abril de 2010.

Fernando Carioni
DESEMBARGADOR

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2005.040687-4, de Rio do Oeste

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

DIREITO DAS COISAS. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. TERRENO DOS AUTORES INVADIDO PELA CASA DA RÉ, CONSTRUÍDA EM LOTE CONTÍGUO. PROCEDÊNCIA. DEMOLIÇÃO DA PARTE DA CONSTRUÇÃO QUE AVANÇA SOBRE O IMÓVEL LINDEIRO DOS REQUERENTES. INSURGÊNCIA. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO RECHAÇADA. TESTEMUNHA DOS AUTORES MANIFESTAMENTE SUSPEITA. PROVA DOCUMENTAL QUE DEMONSTRA SER MÍNIMA A EXTENSÃO DA ÁREA INVADIDA PELA CASA. BOA-FÉ DA APELANTE EVIDENCIADA. INVASÃO NÃO VOLUNTÁRIA. DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA DEMOLITÓRIA. CONVERSÃO EM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS AOS PROPRIETÁRIOS DO TERRENO QUE PERDEM O DOMÍNIO DA PARTE INVADIDA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO. INAPLICABILIDADE DO ART. 547 DO CC/1916. USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL. TESE NÃO DEDUZIDA NO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. APELO NÃO CONHECIDO NESTE PARTICULAR, E, NA PARTE CONHECIDA, PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Não se há falar em carência de ação se, a despeito de a área vindicada pelos autores não haver sido escrupulosamente

individuada na inicial, a ré, de antemão, reconheceu que a casa onde reside, de fato, avança sobre pequena parte do terreno dos apelados (tendo, inclusive, apresentado idôneo levantamento topográfico planimétrico da área litigiosa).

2. O testigo que, a par de ser inimigo manifesto da ré, mantém, de outro lado, relação de notável confiança e amizade com os autores, não pode ter seu depoimento utilizado como prova decisiva ao desfecho do feito, porquanto inegavelmente suspeito.

3. Ao recorrente é defeso formular novo pedido na instância recursal ou, ainda, reprisar o pleito sob outro fundamento (arts. 515 e 517 do CPC), sob pena de supressão de instância, não devendo ser conhecida, portanto, a tese de usucapião constitucional deduzida no apelo.

4. Nas hipóteses em que a proteção a um bem jurídico implicar, incontornavelmente, a abnegação de outro igualmente tutelado, não deve o magistrado — à escusa de aplicar a regra posta — relegar o caráter normativo dos princípios gerais de direito a último plano, tanto mais se este for o único prisma capaz de produzir verdadeira justiça aos contendores.

5. Se o prejuízo econômico representado pela demolição de parte da residência em que a apelante vive com os três filhos é desproporcionalmente superior ao dano experimentado pelos apelados — consubstanciado na perda de diminuta área útil de seu imóvel — inconcebível a opção pela alternativa mais onerosa, tendo em vista que a referida casa avança sobre área pouquíssimo expressiva do terreno lindeiro.

6. Nesse contexto, se o caso focalizado não comporta subsunção ao modelo jurídico previsto na antiga codificação civilista sem que, com isso, haja indesejada ofensa ao valor da função social da posse e da propriedade — e, em última instância, ao

princípio da proporcionalidade — é de se aplicar, à espécie, a orientação firmada por equânime jurisprudência autorizando a conversão de onerosa medida demolitória em indenização por perdas e danos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2005.040687-4, da comarca de Rio do Oeste (Vara Única), em que é apelante Ivani Margarete Rodrigues, e apelado Jose Orli Bertoldi e outro:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer parcialmente do recurso e, na parte conhecida, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do relator. Custas legais.

RELATÓRIO

Sentença lançada pelo magistrado Ricardo Rafael dos Santos — cujo relatório adoto (fls. 88/94) — julgou procedente o pedido formulado na ação reivindicatória n. 144.04.000255-4, da comarca de Rio do Oeste, ajuizada por José Orli Bertoldi e Leonilda Stinghen Bertoldi em face de Ivani Margarete Rodrigues, para determinar a desocupação do imóvel descrito na inicial, mediante a retirada da parte da construção que avança sobre o terreno dos autores e, ainda, para condenar a ré no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.000,00 (mil reais).

Inconformada com o teor do decisório, apelou a vencida (fls. 100/118) alegando, em suma, que: a) prelimimarmente, há carência de ação, uma vez que os autores não providenciaram, conforme deveriam, a necessária individuação da área vindicada; b) no mérito, estão cabalmente demonstrados os requisitos da usucapião constitucional, prevista no art. 191 da Carta Magna; c) a apelante e seus três filhos já residiam na casa que avança sobre pequena parte do terreno enfocado, antes mesmo da

aquisição deste pelos apelados; d) o despejo da apelante e de seus filhos da casa em que viveram por longa data é medida drástica e injusta, devendo os apelados, ao menos, indenizá-la pelas benfeitorias e acessões de boa-fé; e, e) a sentença não levou em consideração a prova documental produzida, escorando-se em depoimento de testemunha manifestamente suspeita e, por isso mesmo, sem condições de prestar compromisso legal, porquanto inimiga da recorrente.

Requereu, ao final, o provimento do recurso, objetivando ser integralmente reformada a decisão do juízo singular, ou, alternativamente, seja a apelante indenizada pela acessão construída de boa-fé (fl. 118).

Respondendo ao reclamo (fls. 125/129), os apelados argumentaram, em síntese, que a sentença deve ser mantida na íntegra.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, porquanto interposto a tempo e modo.

Os fatos, conforme a versão expendida na exordial, dão conta de que os autores, ora apelados, adquiriram da empresa Leandro Bertoli Indústria e Comércio Ltda. o terreno matriculado sob o n. 28871, com área de 450 m² (fl. 17), o qual, à época da aquisição, mostrava-se invadido por parte da casa que servia de moradia à ré, ora apelante, e a seus filhos, a qual estava construída no terreno lindeiro.

Em razão disso, os recorridos aduziram que, conquanto hajam anuído com a permanência da recorrente e seus filhos no referido imóvel — enquanto dele não necessitassem — no presente momento eles têm o interesse de obter a posse direta da integralidade do bem, o que, no entanto, vem sendo impedido pela apelante, razão pela qual intentaram

a presente ação reivindicatória, fundamentando seu pedido no art. 1228 do novo Código Civil.

A defesa da apelante, de sua vez, calcou-se, basicamente, em alegações acerca da legitimidade de sua posse, a qual assevera não ser injusta, tendo em vista o consentimento dos apelados quanto à sua permanência no imóvel. Alude, outrossim, ao fato de que a área do terreno dos recorridos que fora invadida por sua casa é pouquíssimo apreciável, conforme demonstra o levantamento topográfico coligido (fl. 42/44).

A sentença, ao final, concluiu restar devidamente demonstrado o direito dos apelados, razão pela qual determinou a desocupação do bem descrito na inicial, mediante o desfazimento de parte da casa da apelante que avança sobre o terreno de propriedade dos recorridos.

Após essa brevíssima incursão ao âmago da controvérsia, devo salientar que as preliminares arguidas no recurso, por se confundirem com o próprio mérito da causa, com ele serão conjuntamente enfrentadas.

Pois bem. Afasto, de pronto, a preliminar de carência de ação aventada. É que, ao contrário do que argumenta a recorrente, os apelados cumpriram escrupulosamente com o encargo de demonstrar a sua propriedade sobre o bem focalizado e, bem ainda, a posse injusta da apelante. E isto porque, tratando-se de ação petitória (reivindicação), a acepção jurídica de posse injusta tem sentido amplo, bastando que ela seja exercida sem o título de propriedade.

E, no caso, tendo os recorridos apresentado o título aquisitivo do terreno — por meio de escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis (fls. 17/18) — preenchidos estão os requisitos necessários ao embasamento da pretensão reivindicatória.

E no que pertine à necessária individuação da área vindicada, observo que, muito embora os apelados realmente não hajam realizado a precisa

delimitação da parcela invadida do terreno, não se pode desconsiderar que a própria apelante reconheceu, de antemão — e por diversas vezes ao longo do processo — que a casa onde reside realmente avança sobre uma pequena parte do lote dos apelados (fls. 29/31). Ademais, não se pode olvidar que a recorrente apresentou, ainda, idôneo levantamento topográfico planimétrico (fls. 42/44), o qual evidencia, estreme de dúvidas, a extensão da área litigiosa (invadida pela construção da casa).

A insurgente argumenta, outrossim, que devem ser aplicados à espécie os arts. 183 e 191 da Constituição Federal, a partir de cuja análise se pode dessumir que ela adquiriu a área vindicada pela via da usucapião. Ora, por força de irrecusável inovação recursal (arts. 515 e 517, ambos do CPC), não conheço dos argumentos deduzidos no apelo neste particular, posto que ao recorrente é defeso formular novo pedido na instância superior ou, ainda, reprisar o pleito sob outro fundamento.

Tenho, todavia, que a razão está com a apelante no tocante à alegação de suspeição da testemunha arrolada pelos apelados. Com efeito, entendo deva ser completamente inutilizado como elemento de prova o depoimento prestado por Paulo Spengler (fl. 72). É que o referido testigo, a par de ser inimigo manifesto da apelante, ainda mantém com os apelados relação de notável confiança e amizade.

De fato, das precisas informações extraídas do Sistema de Automação do Judiciário – SAJ exsurge indeclinável a animosidade reinante entre a apelante e o ex-companheiro Paulo Spengler (arrolado como testemunha pelos apelados). E devo enfatizar, por relevante, que tal situação de rancor e aversão se constatou não somente pelas contrariedades manifestadas por ocasião da dissolução da união estável que mantinham (processo n. 144.01.000009-0), mas, sobretudo, em razão da ação penal movida pela apelante contra o varão (autos 144.01.000002-2), na qual, aliás, sobreveio sentença condenatória por infração aos arts. 136, 213 c/c 224, alínea "a"

do Código Penal (crimes de maus-tratos e violência sexual, respectivamente).

A outro giro, da análise do termo de depoimento prestado por Paulo Spengler (fls. 72/73) ressai "(...) que o depoente tomou emprestado dinheiro do requerente Orli, para comprar este terreno de Gentil Bertoli e construir a 'meia água'; por causa do empréstimo, este imóvel foi escriturado em nome do requerente Orli; uns meses depois, o depoente comprou o terreno localizado na parte da frente, também com recursos obtidos junto ao requerente; (...) a residência onde a requerida mora está construída sobre estes dois imóveis (...)". À vista disso, reverberam fortes indícios acerca da amizade, confiança e cumplicidade mantida entre o depoente e o primeiro apelado, os quais, somados à circunstância suso mencionada, são bastantes para que se repute suspeita a aludida testemunha.

Devo registrar, ainda, antes de adentrar profundamente no mérito da desavença, que muito embora os apelados não tenham delimitado, na inicial, a extensão da área invadida pela apelante, esta, de outra parte, conforme já mencionado alhures, cuidou de individuar, acuradamente, a área efetivamente tomada pela sua residência. Para isso, juntou ao processo o levantamento topográfico planimétrico de fls. 42/44, o qual, por não haver sido contrastado por elemento de prova válido (eis que refutado, unicamente, por testemunha manifestamente suspeita – fls. 72/73), será utilizado para guiar a solução da celeuma.

Saliento, antes de mais nada, que os fatos que subjazem a presente lide sucederam, incontornavelmente, sob a égide do Código Civil de 1916, sendo de reduzida estima, portanto, as fundamentações, de ambas as partes, lastradas nos dispositivos que constam do hodierno Diploma Reale.

Todavia, o antigo Código Bevilácqua, ao regulamentar a matéria sob comento, lastimavelmente, olvidou contemplar a situação da acessão artificial por construção (arts. 545 a 547) à luz da desejada promoção do

princípio da solidariedade, única abordagem capaz de promover, efetivamente, no plano dos direitos reais, a dignidade da pessoa humana.

É que o revogado regramento civil, ao regulamentar o regime das construções e plantações — encetado para solucionar o conflito entre o proprietário do solo e o titular de tudo aquilo que nele se assenta — escorou-se no antigo brocardo segundo o qual *o acessório segue o principal*. Assim, a título de exemplo, poder-se-ia dizer que ao dono de um terreno (bem principal), invariavelmente seria atribuída a propriedade de tudo aquilo que se lhe acedesse.

No entanto, em verdadeira mitigação ao preceito que vigorava outrora, respeitável doutrina e vasta jurisprudência, constatando iniquidades incontornáveis advindas da aplicação do sobredito regramento — e, por certo, prognosticando a sobrevinda do art. 1.258 da novel codificação civilista — firmaram sólido entendimento visando à derrogação das premissas à época vigentes, porquanto infensas ao valor da função social da posse e da propriedade e, em última instância, ao princípio da proporcionalidade.

É que o legislador de 1916 não previu outro desfecho para as hipóteses de construção em propriedade alheia que não fosse a perda da edificação para o proprietário do terreno ou, então, a demolição da obra, medidas estas que, na hipótese focalizada, mostram-se inviáveis frente às peculiaridades do caso.

E isto porque presente caso não comporta subsunção ao modelo jurídico previsto no antigo Código Civil sem que, com isso, haja indesejada afronta aos princípios gerais de direito contemplados constitucionalmente.

Na esteira desse delineamento, sensata é a lição do Des. José Flávio de Almeida, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o qual, em caso muitíssimo semelhante, asseverou que "A atividade jurisdicional não pode solucionar o caso concreto outorgando proteção a um bem jurídico

em desproporcional sacrifício de outro igualmente tutelado, a pretexto do cumprimento da norma jurídica posta, sob pena de coadjuvar com a injustiça e, daí, operar verdadeira ilicitude. (...) Os efeitos da procedência do pedido reivindicatório devem ser adaptados à exigência de uma prestação jurisdicional equânime (...) devendo ser reconhecida a obrigação do invasor de boa-fé indenizar em dinheiro a área invadida, incorporando-a ao seu patrimônio" (AC 1.0024.02.838225-7, de Belo Horizonte. 12ª Câmara de Direito Civil, j. em 29.04.2009).

Perfilhando, aliás, essa linha de intelecção, entendo deva ser abraçada, na espécie, a orientação que de longa data vem se firmando e que, sob o prisma da proporcionalidade admite, em hipóteses como a do caso, a conversão da pretensa demolição em justa indenização por perdas e danos, quando a invasão for insignificante e de boa-fé, e a demolição, de outro lado, trouxer grande prejuízo para o réu, sem adicionar considerável vantagem para o autor.

Ora, com a devida atenção aos pormenores que entremeiam o caso, concluo ser manifestamente desproporcional a preservação do direito dos apelados tal como previsto pela norma positivada (art. 547, CC/1916), seja pelo desfazimento da construção, seja pela transferência a eles do domínio da residência que se quer demolir. De fato, a casa onde a apelante reside com seus três filhos está edificada, majoritariamente, em terreno próprio, sendo que a invasão sobre o lote dos recorridos foi apenas minimamente parcial, sem, contudo, revelar-se a intencionalidade ou a má-fé da recorrente.

E sobreleva ressaltar, ainda, por deveras importante, que a aludida edificação é instrumento dotado de relevante função social, eis que constitui patrimônio familiar no qual a apelante, após embaraçado desenlace conjugal pelas vias judiciais, conseguiu permanecer residindo com seus filhos.

E, partindo de uma análise bastante objetiva do laudo técnico coligido (fls. 42/44), ao cotejar as proporções da área total do terreno invadido,

da pequena parcela sobre a qual avança da casa da apelante e, ainda, das dimensões da referida residência, constato que a construção da casa foi assentada, quase que completamente, em terreno próprio (matriculado sob o n. 28872 e registrado no Cartório de Registro de Imóveis em nome de Paulo Spengler, ex-companheiro da recorrente).

À vista dessas observações, a demolição de parte da casa da recorrente — pelo fato de avançar apenas 2,15 metros da linha divisória com o terreno dos recorridos — a meu sentir, além de ser demasiadamente onerosa, colide frontalmente com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, devendo a questão ser resolvida, irrefragavelmente, em perdas e danos.

Assim, se a casa da apelante está a ocupar parcela pouco expressiva do terreno dos apelados, de tal sorte que o prejuízo econômico representado pela demolição de parte da residência é desproporcionalmente superior ao dano experimentado pelos recorridos — consubstanciado na perda de diminuta área útil de seu imóvel — inconcebível é a opção pela alternativa mais onerosa, em detrimento de prestação jurisdicional que fará verdadeira justiça aos contendores.

De outra parte, não se pode olvidar que o dispositivo que passou a regulamentar a matéria com a entrada em vigor do novo código civil (art. 1258, CC/2002) consolidou a orientação que, desde muito, vinha sendo utilizada pela jurisprudência com o altivo respaldo dos princípios gerais de direito, segundo a qual deve ser reconhecido o domínio da área invadida (involuntariamente e de boa-fé) em favor do invasor, mediante justa composição indenizatória àquele que, por outro lado, perdeu parte de seu terreno. Assim, é inafastável o interesse social a ser assegurado com a adoção deste posicionamento, posto que iniqüidades tremendas estarão sendo evitadas nos casos em que, como este focalizado, incide a regulamentação da revogada codificação civilista.

Como arremate, escorado em sólida construção jurisprudencial no sentido de ser admitida a conversão da medida demolitória em indenização, concluo deva ser atribuído à apelante — cuja boa-fé restou claramente evidenciada ao longo do processo — o domínio da faixa do terreno involuntariamente invadido, devendo a recorrente efetuar indispensável averbação na circunscrição imobiliária competente. E, por conseguinte, em repúdio ao enriquecimento sem causa, devem os apelados ser devidamente indenizados por perdas e danos pelo valor de mercado dos lotes da região, mediante análise dos Oficiais Avaliadores da Comarca, proporcionalmente à extensão da área invadida, a ser apurada em liquidação de sentença.

E a fim de prevenir eventuais aclaratórios por parte dos apelados sob o infundado argumento de julgamento *extra petita,* elucido que o caso é de procedência da ação como se, implícita ou alternativamente, houvesse pedido de indenização, posto que "Não é *extra petita* a decisão que, simplesmente, adotando o bom senso, converte demolição em indenização, restando demonstrado que o desfazimento de obra edificada em terreno alheio é excessivamente oneroso" (TJMG / AC 0302229-9, de Piumhi. Rel.: Des. Nepomuceno Silva, j. em 21.03.2000). Além disso, o próprio art. 865 do CC/1916 autoriza, quando inviável o cumprimento de obrigação de dar coisa certa — como seria a da apelante de restituir a parcela do terreno invadida — que o encargo seja convertido em compensação pecuniária, o que reforça a possibilidade do posicionamento em tela.

E sem embargo do parcial provimento que ora se alvitra ao recurso, convém lembrar — repisando o que se disse alhures — que o caso é mesmo de procedência do pedido, razão pela qual mantenho a condenação da apelante no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, nos termos já alinhavados na sentença.

Isso posto, pelo meu voto eu dou parcial provimento ao recurso, para atribuir à apelante a propriedade sobre a parte do terreno lindeiro

tomada por sua residência, condenando-a, em contrapartida, à indenizar os apelados pela parcela do lote definitivamente perdida, com a devida correção, segundo os índices da Corregedoria Geral de Justiça, a partir da citação.

DECISÃO

Do exposto, nos termos do voto do Relator, a Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer parcialmente do recurso e, na parte conhecida, dar-lhe parcial provimento.

Participaram do julgamento, realizado no dia 8 de outubro de 2009, os Exmos. Srs. Desembargador Monteiro Rocha e Desembargador Victor Ferreira.

Florianópolis, 9 de outubro de 2009.

Eládio Torret Rocha
PRESIDENTE E RELATOR

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2006.025572-0 e 2008.049238-6, de Blumenau

Relator: Juiz Robson Luz Varella

APELAÇÕES CÍVEIS – EMBARGOS À EXECUÇÃO E MONITÓRIOS – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – CERCEAMENTO DE DEFESA – SUPOSTA PRÁTICA DE AGIOTAGEM – INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO – INÍCIO DE PROVA DOCUMENTAL PRODUZIDA NOS AUTOS – VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES – EXEGESE DO ART. 3º DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.172-32 – SUPORTE FÁTICO APTO A DERRUIR A VALIDADE DOS TÍTULOS LITIGADOS – NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO NA ORIGEM – SENTENÇA CASSADA.

Tendo o pretenso devedor produzido início de prova documental no tocante à prática ilegal de agiotagem como origem dos títulos cobrados em juízo, por ações de execução e monitória, deve ser invertido o ônus probatório em detrimento ao credor, a teor do preceito estatuído no art. 3º da Medida Provisória n. 2.172-32. Neste caso, tratando-se de matéria fática apta a derruir a validade das cártulas litigadas, mister a instrução do processo em primeiro grau de jurisdição, havendo, portanto, de ser cassada a sentença que julgou antecipadamente o feito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.049238-6, da comarca de Blumenau (3ª Vara Cível), em que é apelante Alfredo Plácido de Souza, e apelado Jorge Luiz Colzani:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, dar provimentos ao recurso determinando a remessa dos autos a origem. Custas legais.

RELATÓRIO

Tratam-se de recursos de apelação interpostos em face de sentenças, proferidas em embargos monitórios e embargos à execução opostos por Alfredo Plácido de Souza em desfavor de Jorge Luiz Colzani e Eduardo Rebelo de Souza, que julgaram improcedentes os pedidos formulados em ambos os feitos.

Em suas razões de insurgência interpostas nos embargos monitórios (fls. 303/313), suscitou o apelante, preliminarmente a nulidade da decisão guerreada por cerceamento de defesa frente a discussão da *causa debendi* de acordo com os ditames da Medida Provisória n. 2.172-32. No mérito, asseverou ter cedido os cheques litigados assinados em branco ao seu filho a fim de que este efetuasse pagamentos de pequenos valores, não tendo compactuado com a exorbitância dos montantes apresentados. Argumentou, ainda, que jamais manteve qualquer relação negocial junto ao apelado ou sua empresa de *factoring*. Por fim, impugnou a verba honorária arbitrada, pugnando pela reforma da sentença.

No reclamo manejado nos embargos à execução (fls. 405/418), afora as alegações já formuladas, requereu a inversão do ônus da prova com lastro na MP 1.820/99. No mais, mencionou que o crédito *sub judice* advém da prática de agiotagem por parte da pessoa física do recorrido, conduta esta recriminada pela legislação pátria.

Houve contra-razões, às fls. 323/333 e 427/436, ambas pelo não conhecimento dos recursos ou, subsidiariamente, pela manutenção dos provimentos apelados.

Ascenderam os autos a esta Corte.

VOTO

Versam os autos acerca de recursos de apelação cível interpostos em face de sentenças, proferidas em embargos monitórios e embargos à execução, que julgaram improcedentes os pedidos formulados em ambos os feitos.

Em prefacial, suscita a parte apelante a ocorrência de cerceamento de defesa, uma vez que teria ventilado, em primeiro grau de jurisdição, a aplicabilidade dos ditames da Medida Provisória 2.172-32.

O contraditório e a ampla defesa, na condição de princípios constitucionais explícitos, encontram-se contemplados no art. 5º, LV, da Carta Magna, que dispõe que "aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios de recursos a ela inerentes".

A aventada MP, por sua vez, estabelece, em seu art. 3º, a inversão do ônus probatório em detrimento à parte beneficiada pelo negócio, incumbindo, portanto, ao credor fazer prova da regularidade das obrigações que pretende cobrar em juízo, *in verbis*:

> Nas ações que visem à declaração de nulidade de estipulações com amparo no disposto nesta Medida Provisória, incumbirá ao credor ou beneficiário do negócio o ônus de provar a regularidade jurídica das correspondentes obrigações, sempre que demonstrada a pelo prejudicado, ou pelas circunstâncias do caso, a verossimilhança das alegações.

Como visto, no caso em apreço argumenta o recorrente que os títulos de ambos os processos teriam decorrido de operações de agiotagem praticadas pelo insurgido, sendo esta situação fática passível de ser aferida mediante a almejada dilação probatória.

Do exame do caderno processual, verifica-se ser o apelado sócio administrador da empresa DGY Participações Ltda., cuja atividade econômica é a concessão de crédito (fl. 09). Tal fato, aliás, resta igualmente comprovado pelas declarações de imposto de renda colacionadas às fls. 263/268.

A despeito disso, infere-se que o instrumento de confissão de dívida (fls. 269/270), o qual teria lastreado a emissão das cártulas litigadas, fora firmado pela empresa Sound Image Importadora Ltda., por intermédio de seu representante legal Eduardo Rebelo de Souza – filho do apelante, e a pessoa física do recorrido e não perante a pessoa jurídica em que este figura, nos termos supra mencionados, como sócio administrador.

Ainda sob esse aspecto, constata-se, novamente da declaração de imposto de renda da pessoa física do apelado, a indicação de valores percebidos pessoalmente de referida empresa de propriedade do ascendente do insurgente. Destaque-se, por oportuno, que as informações constantes em mencionado documento foram prestadas de forma unilateral pelo próprio recorrido, não cabendo a ele, portanto, alegar qualquer impropriedade no tocante à veracidade das assertivas ali elencadas.

Existem nos autos, outrossim, fortes indícios, estes devidamente demonstrados pelo início de prova documental produzida nos feitos, a amparar as afirmações deduzidas pelo suposto devedor no sentido de terem os cheques cobrados em juízo decorrido de pretensa operação de agiotagem.

De tal sorte, plenamente cabível a inversão do ônus da prova, com escopo no citado art. 3º da Medida Provisória 2.172-32, porque verificada a verossimilhança das alegações formuladas pelo apelante.

Sobre a temática, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça:

> [...] Deve, portanto, a interpretação do art.400 e ss. do CPC propiciar às vítimas da agiotagem a ampla dilação probatória para demonstrar a verossimilhança do ilícito, que permitirá a abertura da via da inversão do ônus da prova contemplada pela MP n.º 2.172-32. Assim, a despeito da ausência de mecanismos oficiais de combate à agiotagem, a Justiça encontrou um caminho para tutelar as vítimas de tal prática. (Resp. 722600/SC, Rela. Mina. Nancy Andrighi, julg. em 04/08/2005).

Em situações análogas, decidiu também esta Corte:

> AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. GARANTIA DO MÚTUO FENERATÍCIO. VEEMENTES INDÍCIOS E CIRCUNSTÂNCIAS DA PRÁTICA ILEGAL DE AGIOTAGEM. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES DA TOMADORA DO EMPRÉSTIMO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. FORTES INDÍCIOS DA COBRANÇA DE JUROS EXCESSIVOS. AGIOTAGEM CARACTERIZADA. NULIDADE DO NEGÓCIO ORIGINÁRIO E DA LOCAÇÃO DELE DERIVADA. APLICAÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.172-32/2001.
>
> "Incumbirá ao credor ou beneficiário do negócio o ônus de provar a regularidade jurídica das correspondentes obrigações, sempre que demonstrada pelo prejudicado, ou pelas circunstâncias do caso, a verossimilhança da alegação" (art. 3º, Medida Provisória n. 2.172-32/2001). (Apelação Cível n. 2003.021172-1, Rel. Des. Newton Janke, julg. em 25/09/2008).
>
> Agravo. Ação de execução. Embargos do devedor. Nota promissória. Princípio do livre convencimento motivado do juiz. Prática de agiotagem. Possibilidade de dilação probatória para demonstração da verossimilhança quanto a ocorrência do ilícito. Manutenção da inversão do ônus da prova em desfavor do credor, contemplada pela Medida Provisória n. 2.172-32/2001. Recurso desprovido. (Agravo de instrumento n. 2005.025844-8, Rel. Des. Nelson Schaefer Martins, julg. em 09/11/2006).

De mais a mais, embora a execução forçada seja mecanismo estatal de cumprimento da lei, dos contratos, e dos próprios comandos judiciais,

seu pressuposto básico para validade da formação do processo é a existência de um título líquido, certo e exigível.

E, na espécie, ambos os embargos justamente questionam a exigibilidade e a própria validade do título no momento de sua formação, sob alegação da prática da agiotagem, que, como sabe-se, se comprovada, poderá nulificar o título e o processo.

Assim, vale lembrar que o art. 740, *caput*, do Código de Processo Civil permite a realização de audiência de instrução e julgamento, adequando o processo de execução, bem como o feito monitório, às hipóteses de necessária cognição sumária ou mesmo exauriente.

Nesse sentido, é a lição de Luiz Rodrigues Wambier::

> [...] mesmo quando atua executivamente – seja em processo autônomo de execução, seja na fase de cumprimento da sentença – o juiz precisa formar convencimento sobre determinadas questões e decidi-las. Ao assim proceder, o juiz está desenvolvendo atividade de conhecimento [...] (WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil: execução. Vol. 2. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 45).

Ademais, o art. 330 da Lei Adjetiva Civil apenas viabiliza o julgamento antecipado da lide "quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência" (inciso I) ou, ainda, "quando ocorrer a revelia" (inciso II).

No caso *sub judice*, todavia, a instrução dos feitos é medida salutar, quando não de imperiosa justiça, porquanto, em se tratando de título executivo extrajudicial, é através dos embargos que o devedor exerce seu constitucional direito ao contraditório.

Em julgamentos recentes, posicionou-se a Quarta Câmara Comercial deste Sodalício:

> APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AGIOTAGEM. MATÉRIA DE FATO. JULGAMENTO ANTECIPADO. CERCEAMENTO DEFESA. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. RECURSO PROVIDO. (Apelação Cível n. 2007.062796-2, Rel. Des. Lédio Rosa de Andrade, julg. em 18/02/2009).
>
> Embargos à execução. Nota promissória. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa caracterizado. Prática de agiotagem. Início de prova escrita. Admissibilidade da prova oral. Ausência de impugnação específica. Sentença desconstituída. Ante o início de prova documental, representada por notas promissórias que indicam a existência de mútuo entabulado entre as partes, imprescindível se faz autorizar a dilação probatória. Provimento do apelo. (Apelação Cível n. 2005.037549-0, Rel. Des. José Inácio Schaefer, julg. em 30/01/2009).

Veja-se, ainda, a Apelação Cível n. 2008.001139-9, deste mesmo relator, julgada pela Quarta Câmara de Direito Comercial em 08/10/2009.

E também:

> Monitória embargada. Cheque. Circulação. Julgamento antecipado. Cerceamento de defesa. Agiotagem. Prova. Necessidade de instrução. o reconhecimento da prática de agiotagem reclama prova cabal. contudo, ante indícios, peculiaridades do caso concreto e pedido de produção probatória, necessária a regular instrução do feito. (Apelação cível n. 2005.019998-6, Rel. Des. José Inácio Schaefer, julg. em 09/07/2009).
>
> Monitória. Cheque. Julgamento antecipado da lide. Preliminar. cerceamento de defesa. Acolhimento. Prática de agiotagem. Início de prova escrita. Insustentável o julgamento antecipado se na sentença o fundamento é a falta de prova do alegado. (Apelação cível n. 2006.010039-1, Rel. Des. José Inácio Schaefer, julg. em 27/07/2009).

Por essas razões, merece ser acolhida a preliminar de cerceamento de defesa argüida a fim de, cassando a sentença que julgou antecipadamente o feito, determinar a instrução na origem, sob o crivo da inversão do ônus

da prova, nos termos de citada Medida Provisória, para que seja apurada a suposta prática ilegal de agiotagem por parte do apelado.

Nada obstante, em sendo verificada a conexão entre as demandas, devem ambos os processos ser encaminhados ao juízo prevento, qual seja, da 4ª Vara Cível da Comarca de Blumenau, a teor do disposto no art. 106 do Código de Ritos.

DECISÃO

Ante o exposto, por unanimidade, acolher a preliminar de cerceamento de defesa suscitada para, cassando a sentença que julgou antecipadamente o feito, determinar a instrução no juízo de origem, sob o crivo da inversão do ônus da prova com lastro na Medida Provisória n. 2.172-32.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jorge Schaefer Martins, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Jorge Luiz de Borba.

Florianópolis, 16 de novembro de 2009.

Robson Luz Varella
RELATOR

Apelação Cível n. 2007.046233-5, de Itajaí

Relator: Juiz Robson Luz Varella

APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – TÍTULO JUDICIAL.

NULIDADE DO FEITO EXECUTIVO POR AUSÊNCIA DO DEMONSTRATIVO ATUALIZADO DO DÉBITO – ART. 614, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – FUNÇÃO INFORMATIVA – COMANDO QUE VISA PROPICIAR AO DEVEDOR PLENO EXERCÍCIO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA – CUMPRIMENTO DO PRECEITO NA PRÓPRIA EXORDIAL – POSSIBILIDADE.

O comando ínsito no art. 614, II, da Lei Adjetiva Civil almeja cientificar o devedor do que pretende lhe cobrar em juízo a parte credora, propiciando àquele litigante o pleno exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, tal qual garantido pelo art. 5º, LV, da Carta Magna. Em outros termos, possui o dispositivo função informativa, de forma que, uma vez alcançado o intento previsto pelo legislador ordinário, não há falar em nulidade da execução.

EXCESSO À EXECUÇÃO – CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS – PENALIDADE POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – TERMO INICIAL – DECISÃO QUE IMPÔS A OBRIGAÇÃO INDENIZATÓRIA – REFLEXÃO DO VALOR REAL DA MOEDA – SÚMULA 54 DO STJ.

Sendo conhecido o *quantum* devido desde a data em que fora imposta a penalidade por litigância de má-fé, certo que tal quantia deverá ser atualizada a partir da decisão que atribuiu referida obrigação exeqüenda, sob pena de, quando adimplida, não refletir seu real valor.

A súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que "os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual".

CESSÃO DE CRÉDITO – AUTORIZAÇÃO LEGAL EXPRESSA NO ART. 286 DO CÓGIGO CIVIL – REGRA GERAL – EXCEÇÃO QUANTO ÀS HIPÓTESES VEDADAS EM LEI, INCOMPATÍVEIS COM A NATUREZA DA OBRIGAÇÃO OU SE CONVENCIONADA A IMPOSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA JUNTO AO DEVEDOR – VIABILIDADE NO CASO CONCRETO.

O ordenamento civil pátrio, como regra, autoriza a cessão de crédito a terceiros, excetuando apenas as hipóteses em que haja vedação legal, descompasso com a natureza da obrigação ou convenção de inviabilidade de aludida transferência junto ao devedor.

NOTIFICAÇÃO – OPOSIÇÃO DE EXCEÇÕES – EXEGESE DO ART. 294 DO CC – COMPENSAÇÃO – PRECLUSÃO DA ASSERTIVA.

Tendo o devedor, apesar de devidamente notificado da cessão, permanecido silente durante todo o período que antecedeu o manejo dos respectivos embargos à execução do crédito, há de ser reconhecida a preclusão sobre a oposição de exceções, a exemplo da compensação.

PREQUESTIONAMENTO – PEDIDO GENÉRICO E DESPIDO DE FUNDAMENTAÇÃO – EXEGESE DO ART. 514, II DO CPC – NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO NESTE PONTO.

Conforme disposição do art. 514, II, do Código de Processo Civil, a apelação deve, obrigatoriamente, conter os fundamentos de fato e de direito com base nos quais o recorrente pretende a reforma da decisão.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ARBITRAMENTO – ART. 20, § 4º, DA LEI ADJETIVA CIVIL.

Segundo preceitua o § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil nas "execuções embargadas ou não", os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do § 3º do mesmo dispositivo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.046233-5, da comarca de Itajaí (1ª Vara Cível), em que é apelante Banco do Brasil S/A, e apelados Valdir Francisco Colzani e outro:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, desprover o recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Banco do Brasil opôs "embargos à execução de sentença" em desfavor de Valdir Francisco Colzani e Marcos Luiz Colzani.

Aventou, preliminarmente, a nulidade do processo executivo embargado, porquanto não instruído com o competente demonstrativo de cálculo atualizado até a data da propositura do feito. Relativamente ao mérito, sustentou excesso de execução, sob justificativa de que deveria o montante originário do débito (condenação por litigância de má-fé nos autos de n. 033.96.001915-7) ser atualizado somente a partir do trânsito em julgado da decisão que lhe impôs a penalidade, ou, alternativamente, de sua citação válida na execução. Asseverou, também, impossibilidade de cessão do crédito executado, por se tratar de verba indenizatória, consubstanciando, portanto, direito personalíssimo. Nesta seara, aduziu que "os títulos em execução não se revestem dos requisitos de certeza, exigibilidade e liquidez, além de estarem contaminados por vícios insanáveis

que maculam a integralidade da execucional, impondo-se o o decreto de extinção do feito, na forma do art. 618, I, c/c 604, 614, II e 743, III, todos do CPC" (fl. 13).

Regularmente intimados, os embargados impugnaram o feito (fls. 27/44). Afirmaram a inaplicabilidade do art. 604 ao procedimento executivo, não havendo falar em "memória discriminada" a que alude referido dispositivo, mas sim, em " demonstrativo do débito" (art. 614-II, do CPC). Sob esse aspecto, argumentaram que este documento (demonstrativo de débito) visa tão-somente propiciar ao executado o oferecimento de defesa ampla, fornecendo a exordial da execução elementos claros e suficientes ao contraditório da parte adversa, a qual, aliás, sequer alegou seu cerceamento. No tocante ao excesso do montante exeqüendo, argumentaram que a incidência de juros moratórios de 1% ao mês desde a data da decisão que fixou o valor da condenação executada, haja vista que, sendo o valor líquido e certo, independe de citação. Mencionaram, ademais, que na indenização por litigância de má-fé os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, nos termos da súmula 54 do STJ. Refutaram as demais teses esposadas na inaugural, pugnando pela improcedência do pedido.

Seguidos os trâmites processuais de estilo, o Magistrado *a quo* sentenciou o feito (fls. 46/55), nos seguintes termos:

> Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTES os presentes embargos, dando, em conseqüência, por subsistente a penhora realizada nos autos de execução apensos.
>
> CONDENO o embargante ao pagamento das custas processuais e verba honorária que fixo definitivamente em 20% (vinte por cento) sobre o débito corrigido, abrangendo os presentes embargos, bem assim a execução apensa.

Traslade-se cópia desta aos autos apensos e prossiga-se com a execução.

Os vencedores da lide opuseram embargos declaratórios (fls. 57/59), os quais foram acolhidos a fim de corrigir parcialmente o item "2" da sentença para que passe a ter a seguinte redação:

> Ocorre que, com relação ao cálculo apresentado pelos embargados, nenhum reparo há que se fazer, haja vista que o quantum indenizatório foi fixado com base no valor da causa que já estava corrigido até 31.03.2003, devendo sofrer atualização desde então pelo INPC, e juros de mora de 1% a.m., a contar de 17.11.2006, data da decisão que fixou a condenação. (fl. 64).

Inconformado com o veredicto, o banco vencido interpôs recurso de apelação (fls. 68/90), reiterando as assertivas tecidas na peça inicial.

O MM. Juiz de Primeiro Grau avocou os autos (fls. 98/99) a fim de revogar "em parte o item '1' do despacho de fl. 95, para receber o apelo de de fls. 68/90 no efeito devolutivo tão-somente, nos termos do art. 520, V, do CPC" (fl. 99).

Contra-razões, às fls. 100/123, pela manutenção da decisão guerreada.

VOTO

Versam os autos acerca de recurso de apelação interposto em face da sentença, proferida em embargos à execução de título judicial, que julgou improcedente o pedido formulado.

Nulidade da execução por ausência de memória de cálculo

Em suas razões de insurgência, alegou o banco apelante "que a execução aparelhada não foi devidamente instruída com o respectivo demonstrativo de débito [...], conforme preconiza os arts. 604 e 614, II, do Código de Ritos, sendo nula a execução desacompanhada da memória da memória discriminada e atualizada do débito" (fls. 73/74).

De início, quanto ao aludido art. 604 do Código de Processo Civil, tem-se que tal dispositivo fora revogado pela Lei n. 11.232, de 22/12/2005 e, por se tratar de norma processual, detém aplicabilidade imediata, inclusive em relação aos processos em curso. Colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

> Entendimento desta Corte assentado no sentido de que as normas de cunho processual, como a ora analisada, têm aplicação imediata, inclusive nos processos já em curso quando de sua entrada em vigor. (Resp. 1060388/RJ, rel. Min. Benedito Gonçalves, julg. 18/11/2008, DJe 26/11/2008).

Não obstante, dispõe o igualmente mencionado art. 614, II, do mesmo ordenamento:

> Art. 614. Cumpre ao credor, ao requerer a execução, pedir a citação do devedor e instruir a petição inicial:
>
> [...]
>
> II – com o demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação, quando se tratar de de execução por quantia certa.

Consabido que almeja referido preceito cientificar o devedor do que pretende lhe cobrar em juízo a parte credora, propiciando àquele litigante o pleno exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, tal qual garantido pelo art. 5º, LV, da Carta Magna. Em outros termos, possui o dispositivo função informativa, de forma que, uma vez alcançado o intento previsto pelo legislador ordinário, não há falar em nulidade do procedimento executivo.

Assim o é, aliás, que mencionado demonstrativo atualizado do débito poderá fazer parte do próprio petitório exordial ou, se preferir o credor, de minuta realizada em separado especialmente para a finalidade.

Sob esse aspecto, bem ensinam os doutrinadores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> Planilha de cálculo. Foi instituído pelo inciso II novo regime na execução por quantia certa. O credor deverá apresentar planilha demonstrativa do valor do débito., com todos os cálculos e critérios utilizados na elaboração do cálculo, para que possa ser objeto de análise do devedor. A nova modificação se encontra em consonância com a extinção pela L 8898/94, da liquidação por cálculo do contador (ex-CPC 604). **A planilha pode vir no corpo da petição inicial ou como documento que a acompanhe**. (grifos para destaque – *In* Código de Processo Civil Comentado. 10 ed. São Paulo: RT, 2007. p. 1011).

No caso em exame, verifica-se que, a despeito de não terem os embargados acostado aos autos documento próprio para a demonstração da evolução do débito exeqüendo, restou cumprido o comando ínsito no art. 614, II, uma vez que realizado, juntamente ao texto da peça inaugural (em especial à fl. 06 – item "VI – Do valor da execução"), o necessário apontamento do montante executado, bem como dos encargos a este incidentes com o respectivos marcos temporais.

Afora isso, mencionou a parte embargante, em sua defesa, "manifesto excesso de execução", assertiva esta que faz prova de que tomou integral conhecimento dos valores que pretendiam os oponentes lhe cobrar.

Dessa forma, cumprida a finalidade informativa imposta pelo comando em questão, não há falar em nulidade da execução sob esse aspecto.

Nesse sentido, decidiu recentemente esta Câmara:

> CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PRELIMINARES. NULIDADE DA EXECUÇÃO POR AUSÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO. NECESSIDADE DE ASSINATURA DE DUAS TESTEMUNHAS. DESNECESSIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 585, VIII, DO CPC, 5º DA LEI N. 6.840/80 E 10 DO DEC. - LEI N. 413/69. **AUSÊNCIA DE DEMONSTRATIVO ATUALIZADO DO DÉBITO. INOCORRÊNCIA. PLANILHA APRESENTADA JUNTAMENTE COM A INICIAL. OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 614, II, DO CPC.** VENCIMENTO ANTECIPADO. INCONFORMISMO

> ACERCA DA FALTA DE CLAREZA DOS ENCARGOS INCIDENTES. INSURGÊNCIA DESARRAZOADA. JUROS DE MORA E MULTA. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE AMBOS, DESDE QUE UM NÃO INCIDA SOBRE O OUTRO. SENTENÇA CONFIRMADA. (Apelação Cível n. 2007.049280-2, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, julg. 18/02/2009).

E ainda:

> Atendidas a contento as exigências do art. 614, II do CPC, não há que se cogitar de imprestabilidade, para fins executivos, do demonstrativo de atualização do débito agregado à inicial. (Apelação Cível n. 2006.024655-6, rel. Des. Trindade dos Santos, julg. 04/10/2007).

Manifesto excesso à execução

Postula o banco recorrente o reconhecimento de excesso à execução, sob argumento de que a atualização monetária e os juros moratórios deveriam incidir somente a partir do trânsito em julgado da decisão que impôs a condenação ora executada. Alternativamente, com relação aos juros, requereu sua fluência a partir da citação válida.

Razão não lhe assiste.

Do exame do feito executivo, apenso ao presente caderno processual, infere-se que a decisão exeqüenda impôs ao embargante a seguinte penalidade:

> Ante o exposto, condeno, de ofício, a parte autora, ex vi da nova redação dada pela Lei 9668/98 aos artigos 17 e 18 do CPC, no pagamento da multa processual, a qual arbitro em 1% (um por cento) sobre o **valor da execução**, fixado na sentença de fls. 112/140 e que, segundo a decisão de fls. 262/264, **alcança a cifra de R$ 2.742.912,45 (dois milhões, setecentos e quarenta e dois mil, novecentos e doze reais e quarenta e cinco centavos), bem como no pagamento de indenização em favor da executada, pela litigância de má-fé, correspondente a 20% (vinte por cento) sobre este mesmo valor**, a teor do contido no artigo 18, §2º, do Código

> de Processo Civil, devidamente corrigidos na forma da lei (grifos para destaque - fl. 14 dos autos n. 033.96.001915-7).

Pela leitura do excerto supra colacionado, verifica-se que o decisório executado já estabeleceu em seu corpo o valor atualizado da execução à data em que fora proferida, *in casu* o montante de R$ 2.742.912,45, sobre o qual incidiria o percentual da penalidade.

Referido comando transitou em julgado na data 19/08/2005 (fl. 16 do caderno executivo), como reafirma o próprio insurgente à fl. 78, ocasião esta em que se tornou imutável, ou seja, impassível de novas discussões acerca de seus ditames.

Conclui-se, portanto, inviável adentrar em qualquer digressão jurídica no que pertine ao estabelecimento da quantia fixada como cifra total da ação principal de execução sobre a qual incidiria o percentual da condenação por litigância de má-fé porque, repita-se, atingida pelo manto da coisa julgada.

Em que pese o constatado quanto aos valores estabelecidos na decisão, cabível a análise da forma de atualização do montante da penalidade posteriormente à prolação do julgado exeqüendo.

Consabido que a correção monetária "visa preservar o valor do dinheiro, através da incidência do índice de desvalorização sobre o montante anterior, de maneira sucessiva, mantendo-se dessa forma, o poder aquisitivo da moeda" (PIRES, Evandro Luiz Silveira de Oliveira. Limite Constitucional de Juros Reais. Curitiba: Juruá, 2001. p. 16).

Outrossim, sendo conhecido o *quantum* devido desde a data em que fora imposta a penalidade ao embargante, qual seja este de 20% sobre o montante de R$ 2.742.912,45, certo que tal quantia deverá ser atualizada a partir da decisão que atribuiu ao banco a obrigação exeqüenda, sob pena de, quando adimplida, não refletir seu real valor.

É o que ocorreria, aliás, caso acolhida a tese argumentativa exposta pela parte irresignante, uma vez que sua respectiva admissão implicaria na não atualização da moeda até que transitasse em julgado o decisório, o que representaria, *in casu*, uma depreciação em lapso temporal superior a 19 meses (a decisão fora exarada em 17/11/2003, tendo transitado em julgado apenas em na data de 19/08/2005).

Da jurisprudência pátria:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. SENTENÇA QUE FIXOU HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM ESPÉCIE. CORREÇÃO MONETÁRIA. **INCIDÊNCIA A PARTIR DA PRÓPRIA DECISÃO E NÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO**. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Os honorários advocatícios, quando fixados em espécie e não em percentual sobre o valor da condenação ou da causa, devem ser **corrigidos a partir da decisão, a fim de que seja mantido o seu real valor até o momento da execução**. (TJ-PR; Ag Instr 400883-7; Ac. 6434; Curitiba; Décima Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Glademir Vidal Antunes Panizzi; Julg. 11/04/2007; DJPR 27/04/2007)

No que pertine aos juros moratórios, incidente à hipótese a súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça que estabelece: "os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual".

Embora tenha a condenação executada decorrido da prática de atos reiterados por parte do embargante, os quais não coadunam com a boa-fé e lealdade processual daquele que litiga em Juízo, tem-se que o efetivo dano fora perfectibilizado por intermédio da decisão que lhe impôs a penalidade, motivo pelo qual devem os juros moratórios incidir a partir de então.

Sob esse aspecto, saliente-se que o trânsito em julgado do *decisum* apenas deteve o condão de torna-lo imutável, inviabilizando discussões acerca do dano já configurado desde a prolação do decisório.

Cessão de crédito

Em seu reclamo sustenta o apelante que o título executivo judicial não poderia ser objeto de cessão de crédito a terceiros porquanto direito personalíssimo da parte.

O instituto da cessão de crédito é previsto nos arts. 286 e seguintes do Código Civil, que preconiza em seu dispositivo inaugural:

> Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.

Sobre a cessão de crédito a terceiros, ensina Silvio de Salvo Venosa:

> O crédito, como integrante de um patrimônio, possui um valor de comércio. Trata-se, sem dúvida, de uma alienação. Quando, no direito, a alienação tem por fim bens imateriais, toma o nome de cessão.
>
> [...]
>
> A cessão de crédito é, pois, um negócio jurídico em que o credor transfere a um terceiro seu direito. O negócio jurídico tem feição nitidamente contratual.
>
> Nesse negócio, o crédito é transferido intacto, tal como contraído; mantém-se o mesmo objeto da obrigação. Há apenas uma modificação do sujeito ativo.
>
> A lei permite a cessão de crédito, de maneira geral. Por exceção, não podem ser cedidos créditos inalienáveis por natureza, por lei, ou por convenção com o devedor. (*In* Direito Civil. 3 ed. São Paulo, Atlas, 2003..p. 330).

Depreende-se, portanto, que o ordenamento pátrio em vigor, em regra, autoriza a cessão de crédito a terceiros, excetuando tão-somente as hipóteses vedadas em lei, as incompatíveis com a natureza da obrigação ou se convencionada a impossibilidade junto ao devedor.

Na hipótese dos autos, trata-se de cessão do crédito oriundo da condenação indenizatória por litigância de má-fé em processo judicial no qual litigavam os cedentes junto ao banco embargante, inexistindo qualquer impeditivo, legal ou convencional, a obstaculizar a transferência do crédito em questão.

De igual sorte, há de ser rejeitada a alegação de que a condenação executada envolveu direitos personalíssimos. Isto porque, consubstanciam tais direitos como "o mínimo necessário do conteúdo da própria personalidade", sendo "diante de sua especial natureza [...] indispensáveis ao desenrolar saudável e e pleno das virtudes psicofísicas que ornamentam a pessoa" (VENOSA, Silvio de Salvo *apud* CHAVES, Antônio; JABUR, Gilberto Haddad).

Notificação do devedor

Com relação à notificação, reitera o recorrente a assertiva de impossibilidade de cessão do crédito, uma vez que este teria decorrido de direito personalíssimo. Aduz, ademais, "que a empresa cedente criou um embuste ao proceder a cessão de crédito", objetivando "esquivar-se do pagamento de suas obrigações" por intermédio da impossibilidade de "compensação com o elevado crédito que detinha junto à cedente" (fl. 87).

No que pertine ao alegado direito personalíssimo, tem-se que tal controvérsia restou superada no exame do tópico anterior, especialmente dedicado à análise da possibilidade ou não da cessão do crédito executado.

Sabido ser facultado ao devedor, ao tomar conhecimento da cessão, opor exceções em face do cessionário, como determina o art. 294 do Código Civil, *in verbis*:

> Art. 294. O devedor pode opor ao cessionário as exceções que lhe competirem, bem como as que, no momento em que veio a ter conhecimento da cessão, tinha contra o cedente.

Embora a lei não estabeleça termo inicial ou final para a apresentação da oposição, deverá o devedor manifesta-la desde a sua notificação, sob pena de preclusão do ato.

> Exceção aí é empregada como um meio substancial de defesa [...]. O devedor deve, no entanto, tão logo notificado, alertar o cessionário que tem exceções a opor, sob pena de perder o direito. (VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. 3 ed. São Paulo, Atlas, 2003..p. 334).

Compulsando os autos executivos, verifica-se que procederam os embargados, enquanto cessionários, a necessária notificação do devedor sobre o negócio jurídico firmado junto à cedente (fls. 27/28).

Contudo, apesar de regularmente notificado, tal qual determina o Código Civil (art. 290), o banco embargante, cientificado da transferência do crédito, quedou-se inerte, somente apresentando oposição quanto à cessão quando lhe exigido o respectivo montante creditício em Juízo, ou seja, por intermédio do manejo dos presentes embargos à execução.

Ressalte-se, ainda, que a própria notificação encaminhada ao devedor destacava a possibilidade de oposição de exceções quanto ao negócio jurídico entabulado pela então credora junto aos embargados:

> Tendo esse Banco qualquer exceção a opor aos cessionários / notificantes deverá fazê-lo por escrito, no prazo de dez dias do recebimento desta notificação (fls. 27/28).

Assim, tendo o apelante, a despeito de devidamente cientificado da cessão, permanecido silente durante todo o lapso temporal que antecedeu o ajuizamento dos embargos em exame, há de ser reconhecida a preclusão sobre a oposição de exceções.

Em hipótese semelhante, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> DIREITO CIVIL. CESSÃO DE CRÉDITO. NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO, POR ESTE, DAS EXCEÇÕES PESSOAIS DE QUE É TITULAR EM

> FACE DO CREDOR PRIMITIVO. ART. 1.072 DO CC/16 (EQUIVALENTE AO ART. 294 DO CC/02). ALCANCE DO DISPOSITIVO.
>
> [...]
>
> A conseqüência da não manifestação de sua discordância com o ato de transferência somente tem **efeito preclusivo** quanto às exceções pessoais de que disporia contra o credor primitivo, **como é o caso da compensação** ou da *exceptio non adimpletis contractus*. [...]. (REsp 780.774/SP, rela. Mina. Fátima Nancy Andrighi, julg. 07/10/2008; DJE 23/10/2008).

Prequestionamento

No que tange ao pedido de prequestionamento de dispositivos legais indicados na minuta recursal, urge a necessidade de que sua formulação ocorra de forma certa e objetiva (art. 282, IV, do CPC), particularizando em que consiste a violação, uma vez que apontamentos genéricos e não específicos a artigos de lei (como efetuado), ou mesmo constitucionais, não se prestam para este fim, pois inequívoco ser vedado ao Togado julgar a matéria de forma vaga (art. 460 do CPC).

Colhe-se da doutrina:

> Cumpre, desde logo, fazer um alerta acerca da nomenclatura utilizada. O termo prequestionamento já está consagrado na pragmática da comunicação normativa brasileira. Consolidou-se, a propósito, como uma etapa no exame da admissibilidade dos recursos extraordinários. Não convém alterá-lo. De fato o nome parece indicar uma atividade da parte, anterior, no sentido de ensejar a manifestação do órgão jurisdicional inferior. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2007 p. 223).

Examinando o apelo, verifica-se que a parte insurgente não procedeu à indispensável fundamentação dos motivos correspondentes, ou seja, a causa de pedir de seus pleitos. Ocorre que o pedido genérico ou não circunstanciado, torna inviável a manifestação jurisdicional, inexistindo,

portanto, fundamentação apta a autorizar a reforma da sentença, *ex vi* do art. 514, II, do Código de Processo Civil.

Sobre o tema, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery discorrem:

> O apelante deve dar as razões, de fato e de direito, pelas quais entende deva ser anulada ou reformada a sentença recorrida. Sem as razões do inconformismo, o recurso não pode ser conhecido (*Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 882).

Destarte, o não conhecimento deste ponto recursal é medida imperiosa.

Honorários advocatícios

Por fim, relativamente aos honorários advocatícios, requer o apelante a reforma da sentença a fim de "arbitrar a verba honorária sucumbencial na forma do § 4º do art. 20 do CPC, observando os balizamentos constantes do § 3º, alíneas "a", "b" e "c", do referido artigo" (fl. 89).

Com efeito, ao dispor acerca da fixação dos honorários advocatícios, estabelece o § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil:

> Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

Pela simples leitura o preceito transcrito, verifica-se que melhor sorte assiste ao embargante quando postula a fixação dos honorários lastreada no § 4º do aludido dispositivo, o qual preceitua expressamente sua aplicabilidade às "execuções, embargadas ou não".

Colhe-se desta Corte de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APRECIAÇÃO EQÜITATIVA DO JUIZ. APLICAÇÃO DO ART. 20, § 4º, DO CPC. ADEQUAÇÃO E MINORAÇÃO. RECURSO PROVIDO.
>
> Nas execuções alicerçadas em título judicial ou extrajudicial, embargadas ou não, a verba advocatícia está desvinculada dos percentuais mínimo e máximo do § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil, e deve ser arbitrada em valor moderado e razoável, mediante apreciação eqüitativa do juiz, à luz das peculiaridades do caso concreto, consoante prescreve o § 4º do mencionado dispositivo legal. (Apelação Cível n. 2006.044538-1, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, julg. 05/12/2008).
>
> Em execuções embargadas ou não, os honorários advocatícios devem ser arbitrados eqüitativamente (art. 20, § 4º, CPC), sem observância do *caput* do § 3º do mesmo artigo, mas mediante os critérios estabelecidos em suas alíneas. (Apelação Cível n. 2003.030658-7, rel. Des. Monteiro Rocha, julg. 29/11/2007).

Deveriam os honorários, portanto, ter sido fixados com base no § 4º do art. 20 da Lei Adjetiva Civil.

Não obstante, verifica-se que a quantia arbitrada em Primeiro Grau a título de verba sucumbencial, qual seja, em valor equivalente a 20% (vinte por cento) sobre o débito corrigido é razoável para as peculiaridades que norteiam o caso concreto, em atendimento aos ditames previstos nas alíneas do § 3º do mesmo dispositivo (grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço e natureza e importância da causa, bem como o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para seu serviço).

Destarte, embora constatado o equívoco no enquadramento legal da verba honorária advinda da sucumbência, há de ser mantido o montante fixado pelo Juízo *a quo*.

DECISÃO

Ante o exposto, vota-se no sentido de negar provimento ao recurso, mantendo-se a sentença guerreada em sua totalidade.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Wilson Augusto do Nascimento, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Jorge Luiz de Borba.

Florianópolis, 14 de setembro de 2009.

Robson Luz Varella
RELATOR

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2004.014275-7, de Lages

Relator: Des. Cláudio Valdyr Helfenstein

> APELAÇÃO CÍVEL – REVISÃO DE CONTRATO - ARRENDAMENTO MERCANTIL - TERMO PARTICULAR DE ACORDO COM CONCESSÃO DE MÚTUA E RECÍPROCA QUITAÇÃO AO CONTRATO DE *LEASING* E SEUS RESPECTIVOS ADITIVOS – TÍPICA ESPÉCIE DE DISTRATO – EXTINÇÃO DA AVENÇA PRETÉRITA POR CONSENSO ENTRE AS PARTES – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA PRETENSÃO DE REVISÃO CONTRATUAL EM ATENÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA – AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DA AÇÃO – SENTENÇA QUE JULGA IMPROCEDENTE O PEDIDO - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO NOS TERMOS DO ART. 267, VI, DO CPC.
>
> Nas instâncias ordinárias, não há preclusão em matéria de condições da ação e pressupostos processuais enquanto a causa estiver em curso, ainda que haja expressa decisão a respeito, podendo o Judiciário apreciá-la mesmo de ofício (arts. 267, § 3º e 301, § 4º, CPC) (REsp n. 285.402/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 7-5-2001).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2004.014275-7, da comarca de Lages (2ª Vara Cível), em que é apelante

Dittrich Tecidos e Confeçções Ltda, e apelada Alfa Arrendamento Mercantil S/A:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, de ofício, reconhecer a impossibilidade jurídica do pedido e, via de consequência, julgar extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil. Custas legais.

RELATÓRIO

Dittrich Tecidos e Confecções Ltda., perante a 2ª Vara Cível da Comarca de Lages, ajuizou ação revisional n. 039.02.012794-2, contra Alfa Arrendamento Mercantil S/A, todos devidamente qualificados.

Alegou ter celebrado junto à demandada contrato de arrendamento mercantil referente a um automóvel no valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), parcelado em 24 (vinte e quatro) prestações mensais e sucessivas, das quais pagou apenas 11 (onze).

Sustentou a descaracterização do contrato de arrendamento mercantil para contrato de compra e venda ante o pagamento antecipado do valor residual garantido. Aduziu que durante a contratualidade incidiram encargos abusivos, tais como juros acima do limite constitucional, capitalização de juros, correção monetária pela Taxa Referencial, cumulação indevida da comissão de permanência e correção monetária e multa contratual.

Diante disso, requereu a concessão da tutela antecipada para obstar a inclusão de seu nome nos cadastros de proteção ao crédito e a inversão do ônus da prova. Ademais, pleiteou a procedência dos pedidos para que fosse declarada a nulidade das cláusulas abusivas.

Em despacho das fls. 91/93, restou deferida a tutela antecipada no sentido de vedar a inclusão do nome da autora nos cadastros de inadim-

plentes ou cancelar, se já aperfeiçoada. No mesmo ato, o magistrado determinou a inversão do ônus da prova.

Citada, a ré apresentou resposta na forma de contestação (fls. 110/196).

Réplica às fls. 213/227.

Sentenciando (fls. 220/233), o MM. Juiz *a quo* julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, argumentando a impossibilidade de revisão do contrato de *leasing*, que teria sido resolvido em razão de instrumento particular firmado pela empresa demandante (fl. 70), pelo qual reconheceu a dívida.

Ao final, revogou a liminar deferida às fls. 91/93, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 1.000,00 (mil reais).

Irresignada com a prestação jurisdicional ofertada, a empresa autora interpôs apelação cível (fls. 246/260), defendendo, em suma, a possibilidade de revisão do contrato de *leasing*, não obstante o termo particular firmado entre as partes com o objetivo de pôr fim ao contrato. No mais, repisou as teses da exordial, pugnando, por fim, pelo provimento do recurso e inversão dos ônus sucumbenciais.

Contrarrazões às fls. 268/287.

Vieram conclusos por transferência.

VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Inicialmente, cumpre esclarecer que o objeto do litígio é o contrato de arrendamento mercantil firmado em meados de 1995 entre as partes, o qual não foi integralmente cumprido pela arrendatária.

Sem possibilidade de cumprir as obrigações avençadas, a arrendatária celebrou junto à apelada instrumento particular (fl. 70), pelo qual confessou a dívida, devolvendo o bem objeto do *leasing* à arrendadora dando expressa quitação à avença pretérita, o que fez nos seguintes termos:

> DITTRICH TECIDOS E CONFECÇÕES LTDA. [...] vimos pela presente, declarar, na presença das testemunhas no final nominadas, que, face a nossa impossibilidade de continuar pagando as parcelas do arrendamento, assim como o saldo devedor do Contrato de arrendamento Mercantil, de n. 5.95.7247.4 e todos os aditivos relativos ao contrato original, propomos, neste ato, a devolução amigável do veículo abaixo discriminado e por nós arrendado através daquele instrumento.
>
> [...]
>
> Uma vez aceita a devolução proposta, fica a Companhia Real de Arrendamento Mercantil expressamente autorizada a vender ou Re-Arrendar o mencionado veículo pelo preço que melhor lhe convier.
>
> Se o valor obtido com a venda do veículo for inferior ao saldo devedor do contrato, não responderei pelo pagamento do saldo devedor, assim como se o valor apurado na venda dos veículo for superior ao saldo devedor do contrato ora rescindido em sua totalidade, nada me deverá ser restituído pela Companhia Real de Arrendamento Mercantil dando-se as partes mútua e recíproca quitação, para nada mais reclamar uma da outra em relação ao supra referido contrato e demais aditivos à garantia a ele relativa. Todavia, em relação à(s) parcela(s) vencida(s) e não pagas até a presente data, no montante por nós reconhecido de R$ 2.000,00 (dois mil reais) será paga da forma seguinte:
>
> Em 05 (cinco) parcelas mensais e sucessivas, no valor de R$ 400,00 (quatrocentos reais) cada uma, vencendo-se a primeira em 05/08/96 e as demais nos mesmos dias dos mês subsequentes, todas fixas, e sem mais quaisquer taxas ou juros. [...] As multas que incidirem sobre o veículo acima identificado, quer as já lançadas pelo Poder Público competente, quer as decorrentes de infrações praticadas até a presente data, correrão por nossa conta e, se pagas pela Companhia Real de Arrendamento Mercantil, serão por nós reembolsadas no

> prazo de 48 (quarenta e oito) horas, contando do recebimento da notificação, não podendo haver mais nenhum débito em CONTA CORRENTE relativo a este contrato, demais aditivos e devolução deste veículo.
>
> [...]
>
> Neste ato, trocam as partes contratantes quitações recíprocas. (fl. 70).

A hipótese é de impossibilidade jurídica do pedido, eis que o mencionado termo simplesmente pôs fim à toda relação contratual. Ao subscreverem o termo, as partes deram expressa quitação ao contrato de arrendamento mercantil, bem como aos seus respectivos aditivos, que eram objeto da demanda revisional.

Ressalta-se que, ao configurar-se a ausência de qualquer das condições da ação, a qualquer tempo e grau de jurisdição, o magistrado deve extinguir o processo, sem resolução de mérito, haja vista que falta uma das condições da ação, *ex vi* do art. 267, VI e § 3º, do Código de Processo Civil:

> Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:
>
> [...]
>
> Vl - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;
>
> [...]
>
> § 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e Vl; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que Ihe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

Por certo, então, que a prestação da tutela jurisdicional não se dá mediante a simples apresentação de lide perante o Poder Judiciário. Não se pode olvidar os requisitos de condição da ação, pois, como o diploma legal supracitado dispõe, a ausência de um deles (possibilidade jurídica do

pedido, legitimidade das partes e interesse processual) acarreta a extinção prematura do processo, impossibilitando, assim, que o Estado ofereça a tutela jurisdicional.

Do *Código de Processo Civil Comentado*, de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, extrai-se:

> **Condições da ação. Exame *ex officio* pelo juiz e tribunal de segundo grau.** "As questões de ordem pública referentes às condições da ação e pressupostos processuais da execução podem e devem ser reconhecidas de ofício pelos tribunais de segundo grau".
>
> [...]
>
> **Preclusão**. **Tribunal.** A matéria relativa às condições da ação (CPC 267 VI) pode ser alegada a qualquer tempo e grau de jurisdição. Como sobre ela não há preclusão, pode o tribunal examiná-la de ofício, mesmo que não tenha havido alegação da parte, Mesmo que o juiz de primeiro grau já tenha analisado a matéria, o tribunal pode rever aquela decisão, em razão da não existência de preclusão sobre o tema. (*Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante.* 10. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007. p. 512).

Portanto, por ser matéria de ordem pública, afeta às condições da ação, consoante já referido, a possibilidade jurídica do pedido pode ser apreciada de ofício pelo tribunal, ainda que não decidida ou arguida em primeiro grau de jurisdição.

A impossibilidade jurídica do pedido resta configurada em razão de que o pacto objeto da ação revisional, antes mesmo de sua propositura, já havia sido extinto por expressa convenção entre as partes, que lhe deram quitação plena. Ora, mesmo cogitando a aplicação das normas consumeristas, não é possível proceder-se à revisão do contrato *sub judice*, pois sua extinção não se deu pelo cumprimento das obrigações, mas, sim, pela quitação dada por ambos os contraentes, destaca-se, de mútuo acordo.

O instrumento firmado com o objetivo de devolver o bem à arrendadora e dar quitação total às obrigações decorrentes do contrato de

arrendamento mercantil, afigura-se como típico distrato, na medida em que extinguiu o vínculo obrigacional que envolvia as partes.

Acerca da conceituação do instituto do distrato, assinala Silvio Rodrigues:

> **O distrato, na definição de BEVILÁQUA** (CC, obs. 1 ao art. 1.093), **é o acordo entre as partes contratantes, a fim de extinguir o vínculo obrigacional estabelecido pelo contrato.**
>
> Todavia, **o distrato só se faz necessário** se os contratos ainda não houverem sido executados, ou **se não haja expirado o prazo de sua vigência** (cf. GOMES, Orlando. *Contratos*, n. 143).
>
> [...] **O desate do elo contratual só se torna preciso** nos contratos sem prazo determinado, ou **para desfazer, pelo consenso recíproco e antes do termo final, os contratos ainda não executados integralmente.** (Direito Civil, Dos Contratos e Das Declarações Unilaterais da Vontade, vol. 3, 23.ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 81). (grifei)

Orlando Gomes, em sua obra *Contratos*, 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, clarifica:

> **A resilição bilateral é modalidade de revogação que se realiza pelo *contratius consensus*. As próprias partes do contrato deliberam dissolvê-lo mediante negócio extintivo. O que criaram pela vontade comum, pela vontade comum destroem. E assim o vínculo contratual pode, a todo tempo, desatar-se pelo concurso das vontades que o procriaram.**
>
> O modo normal de resilição bilateral é o distrato, negócio jurídico pelo qual as partes, declarando conjuntamente a vontade de dar cabo do contrato, rompem o vínculo extinguindo a relação jurídica. É, em síntese, um contrato para extinguir outro.
>
> [...]
>
> Todos os contratos podem ser resilidos, por distrato. Necessário, porém, que os efeitos não estejam exauridos, uma vez que a execução é a via normal da extinção." (pp. 183/184). (grifei)

Realmente, verifica-se que a rescisão em tela foi celebrada para pôr fim a um contrato firmado anteriormente (Contrato de Arrendamento Mercantil e respectivos aditivos), de prazo determinado, antes de dar-se o termo final deste. Depreende-se, também, que a rescisão foi firmada por ambas as partes, de comum acordo, pois outra não poderia ser a conclusão advinda de expressões como *"neste ato, trocam as partes contratantes quitações recíprocas"* (fl. 70), mesmo porque não almeja a parte autora/apelante seja anulado tal termo.

No caso em tela, foi a própria a empresa autora, ora apelante, que propôs a devolução do veículo e a quitação das obrigações assumidas, em razão da *"impossibilidade de continuar pagando as parcelas do arrendamento"* (fl. 70). Partiu, pois, da apelante a manifestação formal de pôr fim ao contrato de *leasing*. A apelada, por sua vez, concordou com a proposta e, em conseqüência, seus representantes legais subscreveram o termo. Sendo assim, houve um concurso de vontades no sentido de ver extinta as obrigações relativas ao pacto pretérito.

Forçoso reconhecer, portanto, que o documento em questão afigura-se típico distrato, firmado entre os litigantes com a intenção de produzir efeitos futuros, porquanto outra razão não teria as expressões *"quitações recíprocas"* e *"mútua e recíproca quitação, para nada mais reclamar uma da outra em relação ao supra referido contrato e demais aditivos à garantia a ele relativa"* (fl. 70), senão prevenir uma provável demanda judicial e fixar a inexistência de verbas pendentes.

Não se pode caracterizá-lo como uma transação, a qual também objetiva evitar litígio iminente, visto que, nesta, ocorrem concessões recíprocas, resolvem-se controvérsias, questões pendentes. No instrumento em apreço, constata-se que não foram feitas quaisquer concessões entre as partes, apenas colocou-se um ponto final num contrato, de comum acordo, conforme depreende-se da redação do termo.

Maria Helena Diniz oferta oportunas contribuições capazes de reforçar a tese ora defendida, senão vejamos:

> A resilição bilateral ou distrato vem a ser a dissolução do vínculo contratual, deliberada por ambos os contraentes. O distrato, portanto, é um negócio jurídico que rompe o vínculo contratual, mediante a declaração de vontade de ambos os contraentes de pôr fim ao contrato que firmaram. É um contrato que extingue outro, que ainda não foi executado, isto é, cujos efeitos não se exauriram e cujo prazo de vigência não expirou. Pressupõe, portanto, contrato anterior e novo consentimento dos contratantes, no sentido de extinguir o elo obrigacional anteriormente estabelecido por eles, por ser de seu interesse. É um acordo liberatório, tendo em vista as obrigações ainda não cumpridas, desatando o laço que prendia as partes. Percebe-se, então, que a relação jurídica contratual poderá, a qualquer tempo, extinguir-se pela vontade comum daqueles que a celebraram. Pelo distrato, portanto, as partes desfazem a relação contratual que estabeleceram anteriormente." (Curso de Direito Civil Brasileiro, Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais), 3º vol., 10.ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 123, grifei).

In casu, a legislação aplicável é o Código Civil de 1916, que, em seu art. 81, estabelecia*: "Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico"*. O distrato havido, logo, representa um ato jurídico, o qual, por sua vez, para ser válido, requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (art. 82, CC/16).

Se a empresa autora possuísse alguma insurgência em relação à constituição do instrumento particular da fl. 70, deveria ter recorrido à medida processual adequada, o que não fez. Deste modo, deixa-se de analisar o mérito do distrato, ou seja, se a sua constituição foi ou não válida, já que não é este o objeto da presente demanda.

Efetuado o distrato entre as partes, através do qual a autora/apelante propôs a devolução do bem, a rescisão total do pacto e a quitação

das obrigações, operada está a extinção do contrato firmado entre as partes, adquirindo esta foro de definitividade.

Ora, se está quitado, significa que toda e qualquer questão a respeito de verba ou obrigação pendente relativa ao pacto já foi definida.

Diga-se com destaque, que, na prática dos atos jurídicos, deve haver a prevalência do princípio da boa-fé, não podendo a busca da tutela jurisdicional afeiçoar-se a mero instrumento de indisfarçável e ineficaz arrependimento das partes.

Se a apelante, ao celebrar o distrato em tela, conferiu quitação à apelada sobre os fatos em que se fundam a pretensão deduzida na inicial, não pode pleitear a revisão do contrato extinto. Se o contrato encontra-se quitado por consentimento das partes, tudo o que diz respeito a ele está, via de conseqüência, solucionado, caso contrário, estaria ameaçada a segurança jurídica.

Segundo ensina o ilustre doutrinador Silvio Rodrigues:

> [...] o ato jurídico confere ao indivíduo capaz de, por intermédio de sua vontade, criar relações a que o direito empresta validade, uma vez que se conformem com a ordem social. A vontade procura um fim que não destoa da lei e que, por esse motivo, obtém dela a eficácia necessária.
>
> O fim da declaração é produzir efeitos jurídicos imediatos, e, dada a liceidade do propósito, tais efeitos são efetivamente gerados. A esse princípio se chama autonomia de vontade. Representa a medida na qual o direito positivo reconhece aos indivíduos a possibilidade de praticar atos jurídicos, produzindo efeitos.
>
> Uma vez estabelecida uma relação jurídica, por convenção entre os particulares, legalmente constituídas, a lei lhe empresta sua força coercitiva e ela se torna obrigatória. Alguns códigos dizem que tal convenção tem força de lei. É o princípio de que pacta sunt servanda, o qual, embora muito atacado nos últimos tempos, e a despeito das exceções que nele se insinuam, continua a reger as

> relações privadas, pois, efetivamente e como ponto de partida, as convenções entre particulares são válidas e geram efeitos, sempre que não colidirem com lei de ordem pública" (Direito Civil, Parte Geral, vol. I, pg. 241, ed. Saraiva, pg. 146, grifei).

Pelo distrato, a arrendatária objetivou eximir-se de qualquer outro pagamento por força do Contrato de Arrendamento Mercantil, com o que a ré, expressando sua vontade naquele momento, concordou.

Na interpretação da lei, o julgador deve atentar para os fins sociais a que ela se dirige, consoante o teor do art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Desta forma, o ajuste trazido à colação urge ser considerado de acordo com a vontade das partes, não tendo elas nada mais a reclamar seja a que título e a que tempo for.

A quitação juridicamente válida tem a finalidade imediata de desonerar ou exonerar o devedor de toda e qualquer responsabilidade acerca da obrigação quitada. Por esse motivo, não pode ser mais importunado pela mesma obrigação. Somente prova irretorquível da ocorrência dos vícios de consentimento previstos no Código Civil, terá eficácia para anular os efeitos jurídicos decorrentes do acordo celebrado, o que, *in casu*, não restou demonstrado.

Da análise do contexto dos autos, a única interpretação possível é de que as partes, quando da realização do ajuste acostado à fl. 70, tiveram o firme propósito de pôr fim a qualquer discussão acerca do Contrato de Arrendamento Mercantil e seus respectivos aditivos destinados à garantia.

Por mais que se analise os autos, não se pode deduzir que a autora/apelante tivesse qualquer intenção, no momento do distrato, de propor ação revisional contra o contrato quitado. Se houvessem pendências entre os contraentes, deveriam ter sido dirimidas antes da assinatura

do distrato, ou, ao invés dele, deveriam ter transacionado, fazendo-se concessões mútuas.

O termo firmado entre as partes, inegavelmente, quitou integralmente as obrigações advindas do referido contrato de *leasing*, extinguindo-o. Por tais razões o ajuste celebrado afigura-se como típico distrato e não como novação, que, nos termos da jurisprudência consolidada, admitiria a revisão do pacto extinto. À toda evidência, o caso não é de novação, mas, sim, de distrato, firmado de mútuo acordo entre as partes, não configurando relação contratual continuada, como alega a apelante. Logo, em atenção à segurança jurídica, tem-se como impossível a revisão de avença objeto de distrato.

Conclui-se que, por não ter a autora pleiteado a anulação do distrato firmado entre as partes, concorda efetivamente com todos os termos dele. E da redação desse ato jurídico, afere-se que as partes concedem-se mútua quitação em relação ao contrato.

Sendo assim, descabida é a pretensão de revisão do contrato de arrendamento mercantil celebrado entre as partes e extinto pela superveniência de típico distrato proposto pela própria autora/apelante.

Ante o exposto, de ofício, reconheço a impossibilidade jurídica do pedido e, via de consequência, julgo extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, decidiu a Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, de ofício, reconhecer a impossibilidade jurídica do pedido e, via de consequência, julgar extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

O julgamento, realizado no dia 13 de agosto de 2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, com voto, e dele participou a Exmª. Srª. Desª. Rejane Andersen.

Florianópolis, 13 de agosto de 2009.

Cláudio Valdyr Helfenstein
RELATOR

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2009.043612-3, de Jaraguá do Sul

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. INCONFORMISMO DO BANCO.

MAGISTRADO *A QUO* QUE RECONHECE A PURGAÇÃO DA MORA E DETERMINA A RESTITUIÇÃO DO BEM AO CONSUMIDOR.

PERMISSIVIDADE DE O DEMANDADO PURGAR A MORA MEDIANTE DEPÓSITO DAS PRESTAÇÕES QUE SE VENCEREM ATÉ A DATA DA EFETIVA CONSIGNAÇÃO DO VALOR NO FEITO, SEM COMPUTAR AS PRESTAÇÕES VINCENDAS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 3º, §§ 1º E 2º, DO DECRETO-LEI N. 911/69 EM CONFORMIDADE COM O PERGAMINHO CONSUMERISTA. DIPLOMA LEGAL QUE POSSUI INCIDÊNCIA, NOS TERMOS DA SÚMULA 297 DA CORTE DA CIDADANIA. ARTS. 4º E 54, § 2º, AMBOS DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR QUE TÊM O CONDÃO DE FLEXIBILIZAR A CLÁUSULA RESOLUTÓRIA EXPRESSA. POSIÇÃO EM CONSONÂNCIA COM OS ARTS. 421 E 422, AMBOS DO CÓDIGO MIGUEL REALE. ESVAZIAMENTO DO OBJETO DA DEMANDA COMO CONSEQUÊNCIA PROCESSUAL DA PURGAÇÃO DA MORA. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. NECESSIDADE DE O

RECORRIDO ARCAR COM AS DESPESAS PROCESSUAIS E VERBA HONORÁRIA SUCUMBENCIAL EM BENEFÍCIO DO RECORRENTE. TOGADO DE ORIGEM QUE DEIXOU DE DETERMINAR O ADITAMENTO DESSAS INCUMBÊNCIAS NO CÁLCULO DO *QUANTUM DEBEATUR*. CONTADORIA JUDICIAL QUE NÃO CONSIDEROU A ÚLTIMA PRESTAÇÃO JÁ VENCIDA QUANDO DA FORMULAÇÃO DA PLANILHA DO DÉBITO. DEPÓSITO EFETIVADO PELO CONSUMIDOR NOS ESTRITOS TERMOS MARCADOS PELO ESTADO-JUIZ. MORA NÃO PURGADA ANTE A INSUFICIÊNCIA DO NUMERÁRIO AFERIDO PELO PODER JUDICIÁRIO. BOA-FÉ DO DEMANDADO QUE SE DEFLAGRA INEQUÍVOCA. DETERMINAÇÃO AO MAGISTRADO *A QUO* PARA QUE ESTIPULE VERBA HONORÁRIA EM FAVOR DO ADVOGADO DO BANCO. IMPOSIÇÃO À CONTADORIA JUDICIAL DE ATUALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JÁ VENCIDA À ÉPOCA DA REALIZAÇÃO DO PRIMEIRO CÁLCULO, ADITANDO O MONTANTE AFERIDO DE CUSTAS PROCESSUAIS E VERBA HONORÁRIA. MANUTENÇÃO DO CONSUMIDOR NA POSSE DO BEM NO CASO DE COMPLEMENTAÇÃO DO VALOR NECESSÁRIO À PURGAÇÃO DA MORA NO PRAZO DE 5 (CINCO) DIAS, A CONTAR DA PUBLICAÇÃO DA INTIMAÇÃO A SER PERFECTIBILIZADA NA ORIGEM. DESCUMPRIMENTO O COMANDO JUDICIAL, EM RAZÃO DA COMPROVAÇÃO DA MORA PELA NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL NOS TERMOS DO § 2º DO ART. 2º DO DECRETO-LEI N. 911/69, QUE ACARRETA A RETOMADA DA MARCHA PROCESSUAL DA BUSCA E APREENSÃO, COM A DEVOLUÇÃO DO BEM AO BANCO.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2009.043612-3, da 3ª Vara Cível da Comarca de Jaraguá do Sul, em que é agravante Banco Volkswagen S.A., e agravada Elemar Loth:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, dar parcial acolhida ao Recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Banco Volkswagen S.A. interpôs Agravo de Instrumento (fls. 2-14) em face da decisão interlocutória prolatada pelo Magistrado *a quo* (fl. 60) que, nos autos da ação de busca e apreensão n. 036.09.500020-3, ajuizada contra Elemar Loth, reconheceu a purgação da mora em razão do depósito da quantia de R$ 5.856,39 (cinco mil, oitocentos e cinquenta e seis reais e trinta e nove centavos), determinando a imediata restituição do bem ao Consumidor.

Nas razões recursais, o Banco agitou a inviabilidade de o Estado-Juiz de origem ter reaberto o prazo para o Demandado purgar a mora, contrariando a regra contida nos §§ 1º e 2º, ambos do art. 3º do Decreto-Lei n. 911/69; que o numerário a ser depositado em Juízo deveria corresponder ao valor de R$ 37.229,28 (trinta e sete mil, duzentos e vinte e nove reais e vinte e oito centavos), que consiste na totalidade do montante em aberto, abarcando o vencimento antecipado do contrato; a necessidade de o Réu depositar conjuntamente com o *quantum* necessário à purgação da mora o valor das despesas processuais e estipêndio advocatício sucumbencial; a ocorrência de impontualidade, que restou comprovada pela notificação extrajudicial, o que enseja a retomada do bem pelo Banco.

Ao final, rogou pela concessão de efeito suspensivo e o acolhimento do Inconformismo.

Prolatada a decisão unipessoal pelo então Desembargador Relator (fls. 67-70), a carga suspensiva foi indeferida.

Cientificado o Adverso, deixou fluir *in albis* o prazo de lei para ofertar sua resposta – certidão de fl. 73.

Empós, o Recurso foi redistribuído a esta relatoria.

É o necessário escorço.

VOTO

Do exame do instrumento recursal, extrai-se que, empós procedida a busca e apreensão do veículo alienado fiduciariamente, ocorrida em 30-6-09 (fl. 40), o Devedor, mediante a petição protocolizada em 2-7-09, rogou pela realização dos cálculos necessários à purgação da mora (fls. 44-48).

A propósito, o Recorrido observou o lapso temporal assinado pela lei para externar sua pretensão, conforme regra contida nos §§ 1º e 2º do art. 3º do Decreto-Lei n. 911/69.

Afixação do montante a ser consignado em Juízo para esvaziar a pretensão de busca e apreensão abarca não a integralidade do débito compreendido pelas prestações vincendas, mas tão somente as que se vencerem até o dia em que ocorrer o depósito em Juízo, abrangendo, também, as despesas processuais e verba honorária a ser estipulada pelo magistrado.

Isso se deve ao fato de que a interpretação do texto legal inserto no § 2º do art. 3º do supracitado Decreto-Lei deve se dar conforme o Pergaminho Consumerista, que incide, também, na análise do tema, consoante a Súmula 297 da Corte da Cidadania, com especial ênfase do seu art. 4º, que giza:

> A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses

> econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios [...] (sublinhou-se).

Ademais, a desnecessidade do depósito das prestações vincendas se dá pela flexibilização da cláusula resolutória expressa, que decorre da regra encartada no art. 54, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Balizando-se no escólio de Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Martins, tem-se:

> É importante que se entenda que a possibilidade de existência de cláusula resolutória, desde que alternativa, e desde que a opção (pela cláusula resolutória ou pelo adimplemento contratual) caiba ao consumidor (parágrafo segundo, deste artigo), fica condicionada à observância dos princípios fundamentais deste Código, entre os quais podemos destacar o princípio da boa-fé, do equilíbrio nas relações de consumo e da proporcionalidade.

(Código do Consumidor comentado. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 266).

Em consonância, o Código Civil, em seu art. 421, giza que: "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

Também, Paulo Roberto Froes Toniazzo traz à lume:

> Nesse sentido, a importância do Contrato como instrumento de política econômica e social é reconhecida, justificando a intervenção do Estado na regulamentação do Negócio Jurídico, visando à justa distribuição de riquezas e à realização de Justiça Social.
>
> [...] Em que pese à dificuldade aludida, pode-se admitir que a Função Social do Contrato é um princípio geral de direito, flexível, que impõe a adaptação do direito contratual aos interesses maiores da coletividade e se concretiza pela atuação jurídica, através de criação de medidas e mecanismos capazes de coibir qualquer desigualdade, dentro da relação contratual, e de veicular as imposições do interesse

> público, tendo como fundamento a promoção do bem estar social e a implantação da Justiça Social.
>
> Assim, a Função Social do Contrato implica na promoção da igualdade substancial e, ao mesmo tempo, na defesa dos interesses difusos da Sociedade, isto é, se de lado visa a assegurar o desenvolvimento das atividades econômicas, através da livre iniciativa e da livre concorrência, visando o desenvolvimento e a repartição mais equilibrada das riquezas; de outro, busca restringir ao mínimo as liberdades individuais, para repressão do abuso do poder econômico.
>
> [...] Por isso, a Função Social deve ser a razão do Contrato e seus limites devem ser estabelecidos, segundo critérios que favoreçam o desenvolvimento e a repartição mais equilibrada das riquezas, bem como que coíbam qualquer desigualdade dentro da relação contratual, desde o momento de sua formação até sua completa execução, a partir de certas vedações para que o seu uso não se converta em abuso, mas, também, de certas imposições, para que sua utilização possa se converter na satisfação dos interesses coletivos.
>
> (*A função social do contrato privado: limite da liberdade de contratar*. 1ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 77-79).

De mais a mais, o art. 422 do supracitado *Codex* proclama: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

Dessarte, para purgar a mora, é possível o Consumidor realizar o depósito das parcelas vencidas e daquelas que se vencerem até a data do efetivo depósito em Juízo.

E, por obviedade ululante, como a purgação da mora implicará no esvaziamento do objeto da demanda de busca e apreensão, em razão da não mais persistência da impontualidade, pelo princípio da causalidade, a sucumbência deve ser suportada pelo Demandado.

Ora, para que o Recorrido possa exercer o direito de que trata o § 2º do art. 3º do Decreto-Lei n. 911/1969, deve o Togado *a quo* fixar o estipêndio advocatício, cujo *quantum*, conjuntamente com o valor das

despesas processuais, devem ser incluídos no cálculo elaborado pela Contadoria Judicial.

No presente caso, empós a determinação do Estado-Juiz *a quo* para que o Contador elaborasse planilha do valor a ser depositado (fl. 51), o Juízo deixou de arbitrar os honorários advocatícios ao Patrono do Banco e de assinalar que as despesas processuais incumbiam ao Demandado.

E, além desse equívoco, elaborada em 13-7-09 (fls. 53-54) a planilha de atualização do valor a ser pago, o Contador Judicial deixou de incluir a prestação de n. 19, vencida em 16-6-09, no valor de R$ 775,61 (setecentos e setenta e cinco reais e sessenta e um centavos) – fls. 29-30.

Ocorre que, apurada a quantia de R$ 5.856,39 (cinco mil, oitocentos e cinquenta e seis reais e trinta e nove centavos) – repita-se, sem incluir a parcela de n. 19, as despesas processuais e estipêndio advocatício – o Consumidor prontamente realizou o depósito do respectivo numerário (fl. 55).

Com efeito, vislumbra-se que o montante aferido pelo Poder Judiciário e consignado pelo Interessado mostra-se insuficiente à purgação da mora, em face das peculiaridades do caso concreto elencadas acima.

Diante desses fatos, cassa-se em parte a decisão de fl. 60 no aspecto em que foi reconhecida a purgação da mora, para, em homenagem ao princípio da boa-fé, determinar que a Contadoria Judicial atualize a prestação de n. 19, no valor de R$ 775,61 (setecentos e setenta e cinco reais e sessenta e um centavos), até 13-7-09, que é a data em que foi gerado o cálculo elaborado pela Contadoria Judicial, além de aditar esse *quantum* das despesas processuais e verba honorária.

Por oportuno, merece ser enfatizado que diante da exigência dos honorários advocatícios sucumbenciais à purgação da mora, deve o Togado

a quo arbitrá-los em benefício do Advogado do Banco, para que então seja possível a sua inserção na planilha de cálculo.

Empós aferido pela Contadoria Judicial o valor devido – que se compõe da prestação de n. 19, atualizada até 13-7-09, despesas processuais e honorários advocatícios – deverá o Demandado ser intimado, via Diário da Justiça Eletrônico, por seu Advogado, para que, no prazo de 5 (cinco) dias, deposite em Juízo o respectivo montante para que se reconheça a mora como purgada.

De outra vértice, em homenagem ao princípio da boa-fé, mantém-se provisoriamente a decisão guerreada no aspecto que manuteniu o Consumidor na posse do veículo alienado fiduciariamente, salvo se fluído *in albis* o prazo assinado à complementação do valor a ser depositado no feito, oportunidade a partir da qual o Banco queda-se autorizado a retomar a marcha processual da demanda de busca e apreensão, devendo o Recorrido, nessa hipótese, restituir o bem ao Credor, no prazo que vier a ser estipulado pelo Juízo de origem.

Outrossim, a autorização para que a ação de busca e apreensão persista decorre tão somente da comprovação da mora (fl. 31-32), vez que preenchido o pressuposto de procedibilidade inserto no § 2º do art. 2º do Decreto-Lei n. 911/69.

É o quanto basta.

DECISÃO

Ante o exposto, por unanimidade, dá-se parcial acolhida ao Agravo de Instrumento para:

a) cassar em parte a decisão guerreada, no aspecto em que foi reconhecida a purgação da mora para:

a.1) determinar ao Magistrado *a quo* o arbitramento de honorários advocatícios sucumbenciais, em benefício do Patrono do Banco;

a.2) impelir a Contadoria Judicial de origem a atualizar monetariamente a parcela de n. 19, vencida em 16-6-09, no valor de R$ 775,61 (setecentos e setenta e cinco reais e sessenta e um centavos), até a data de 13-7-09, com o cômputo dos demais encargos contratuais, acrescendo-se o montante correspondente às despesas processuais e verba honorária;

a.3) assinar o prazo de 5 (cinco) dias para que o Consumidor deposite em Juízo a quantia aferida no item a.2, a contar da publicação de determinação judicial a ser conferida pelo Juízo de origem; e

b) provisoriamente, manter o Demandado na posse do veículo alienado fiduciariamente, cuja autorização judicial queda-se automaticamente revogada no caso de o Interessado não promover a complementação do montante que vier a ser apurado pela Contadoria Judicial, nos termos do item a.2, e no prazo assinado na alínea a.3.

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, 2 de março de 2010.

Carstens Köhler
RELATOR

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2004.034869-6, de Brusque

Relator: Des. Lédio Rosa de Andrade

> APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. NOTAS PROMISSÓRIAS. AÇÃO DE REGRESSO DO AVALISTA CONTRA O DEVEDOR PRINCIPAL, DIANTE DO PAGAMENTO, POR PARTE DAQUELE, AO CREDOR. OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE REGRESSO. APLICÁVEL O PRAZO PRESCRICIONAL EXECUTIVO DE SEIS MESES A PARTIR DO PAGAMENTO, COM FUNDAMENTO NOS ARTS. 70 E 77 DO DECRETO N. 57.663/66 (LEI UNIFORME). PREJUDICADA ANÁLISE DAS DEMAIS QUESTÕES SUSCITADAS NO APELO. INVERSÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2004.034869-6, da comarca de Brusque (1ª Vara), em que é apelante Indústria Têxtil São Cristóvão Ltda, e apelado Milton da Silva:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Indústria Têxtil São Cristóvão Ltda interpôs recurso de apelação contra sentença que, nos autos de ação de embargos de execução fundada em notas promissórias proposta por Milton da Silva, julgou improcedentes os embargos, condenando o embargante ao pagamento do valor da dívida.

Nas razões recursais aduz: nulidade da sentença; prescrição trienal e inexistência da dívida.

Com contrarrazões.

VOTO

O caso em tela merece provimento, diante da ocorrência da prescrição do direito do embargado de promover ação executiva de regresso contra o subscritor dos títulos que embasam a execução.

Aduz o apelante a ocorrência da prescrição trienal.

Todavia, verifica-se que o prazo prescricional aplicável à espécie é diverso.

Em se tratando de ação executiva de regresso do avalista contra o devedor principal, por ter, aquele, efetuado o pagamento ao credor, deve ela ser regida pelo Decreto n. 57.663/66, conhecido como Lei Uniforme, bem como por seus anexos.

Diz o citado decreto, por meio de seu art. 70:

> [...] As ações dos endossantes uns contra os outros e contra o sacador prescrevem em 6 (seis) meses a contar do dia em que o endossante pagou a letra ou em que ele próprio foi acionado.

No caso em exame, o avalista efetuou o pagamento do débito, mesmo que parcial, ao credor originário, em 17-3-1999 (fl. 12 da execução). A partir desta data iniciou-se o prazo pescricional para que propusesse ação executiva contra o devedor principal, o qual teve seu marco final em 16-9-1999.

A ação de execução foi proposta em 20-2-2002 (fl. 02v).

Portanto, verifica-se que o direito do exequente de propor a ação executiva já se encontrava prescrito, razão pela qual se dá provimento ao apelo para pronunciar a prescrição.

Por ser a prescrição matéria que prejudica a análise do mérito, bem como de outras questões incidentes, deixa-se de manifestar-se acerca das demais matérias ventiladas no recurso de apelação ora interposto.

Verificando-se a modificação da sentença, devem os ônus de sucumbência ser alterados, os quais faço invertendo-os em favor do apelante.

DECISÃO

Ante o exposto, a Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos Srs. Des. José Carlos Carstens Köhler e João Henrique Blasi.

Florianópolis, 06 de outubro de 2009.

Lédio Rosa de Andrade
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Cível n. 2008.061155-3, de Joinville

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

APELAÇÃO CÍVEL. REVISÃO DE CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO. INCONFORMISMO DE AMBOS OS CONTENDORES.

NÃO CONHECIMENTO DE PARTE DO APELO DO BANCO. PRETENSÃO DE EXIGÊNCIA DOS JUROS REMUNERATÓRIOS TAL QUAL ESTIPULADO NO NEGÓCIO JURÍDICO PARTICULAR. TOGADO DE ORIGEM QUE NÃO PROMOVEU A LIMITAÇÃO DESSA INCUMBÊNCIA. PLEITO PARA RECONHECER A CARACTERIZAÇÃO DA MORA. AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DA IMPONTUALIDADE E INOCORRÊNCIA DE DEBATE DESSE TEMA NA ORIGEM. CARÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL SOBRE AMBOS OS TEMAS.

SENTENÇA *ULTRA PETITA*. ESTADO-JUIZ DE ORIGEM QUE VEDA A COBRANÇA DO ANATOCISMO NA FORMA MENSAL, A COMISSÃO DE PERMANÊNCIA, LIMITA A PENA POR INADIMPLEMENTO EM 2% E OS JUROS DE MORA EM 6% A.A. ATÉ 11-1-03 E, DAÍ EM DIANTE, EM 1% A.M., E OBSTA A COBRANÇA DA CLÁUSULA PENAL SOBRE OS JUROS DE IMPONTUALIDADE E VICE-VERSA. CONSUMIDORA QUE, NA EXORDIAL, NÃO VAZA ESSES PLEITOS. TUTELA JURISDICIONAL CONFERIDA NA ORIGEM QUE EXCEDEU OS LIMITES IMPOSTOS À DEMANDA. NULIDADE PRESENTE. PONDERAÇÃO DA *QUERELA NULLITATIS* SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF* E CELERIDADE PROCESSUAL. REDUÇÃO DA SENTENÇA AOS PEDIDOS CONTIDOS NA PEÇA DEFLAGRATÓRIA. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO RECURSAL ACERCA DE EVENTUAL LEGALIDADE DO ANATOCISMO E COMISSÃO DE PERMANÊNCIA.

REPETIÇÃO DE INDÉBITO E COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS. INOCORRÊNCIA DE MODIFICAÇÃO DE QUALQUER ENCARGO CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE VERIFICAÇÃO DE QUANTIA PAGA A MAIOR.

EXCLUSÃO DO NOME DA CONSUMIDORA NOS CADASTROS DOS INADIMPLENTES. INVIABILIDADE. ARESTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PACIFICANDO O ENTENDIMENTO EM DECISÃO PROFERIDA NO JULGAMENTO DE RECURSO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM MULTIPLICIDADE. DETERMINAÇÃO DE ABSTENÇÃO OU DE CANCELAMENTO DA RESTRIÇÃO CREDITÍCIA EM CASO DE VERIFICAÇÃO DE EXCESSIVIDADE CONTRATUAL NO PERÍODO DE NORMALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO. AUSÊNCIA DE ENCARGOS ABUSIVOS NO PACTO PARTICULAR. DEMANDANTE QUE NÃO CLAMA PELA CONSIGNAÇÃO EM JUÍZO DE QUANTIA ELISIVA DA INADIMPLÊNCIA. MERO DEBATE JUDICIAL DO DÉBITO QUE NÃO TEM O CONDÃO DE AFASTAR A MORA. SÚMULA 380 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUTORIZAÇÃO PARA O BANCO PROMOVER OS ATOS DE PROTEÇÃO AO SEU CRÉDITO.

SUCUMBÊNCIA. RECALIBRAGEM DESSA VERBA EM RAZÃO DA RETIRADA DO CAMPO DE VALIDADE DA PORÇÃO *ULTRA PETITA* E DO ÊXITO RECURSAL DO BANCO. CREDOR QUE SE QUEDOU INTEGRALMENTE VITORIOSO NA LIDE. APLICAÇÃO DO *CAPUT* DO ART. 20 DO CÓDIGO BUZAID. IMPOSIÇÃO DESSE ÔNUS EM SUA INTEIREZA À DEMANDANTE. VERBA HONORÁRIA DA DEMANDA REVISIONAL ESTIPULADA CONFORME A REGRA CONTIDA NO § 4º DO SUPRACITADO ARTIGO DE LEI E ESTIPÊNDIO QUANTO À RECONVENÇÃO QUE FOI FIXADO COM BALIZAMENTO NAS ALÍNEAS "A", "B" E "C", TODAS DO § 3º DO MESMO DISPOSITIVO LEGAL.

RECURSO DO BANCO CONHECIDO EM PARTE E, NESSE ASPECTO, PARCIALMENTE ACOLHIDO; E INCONFORMISMO DA CONSUMIDORA DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.061155-3, da 5ª Vara Cível da Comarca da Joinville, em que são apelantes e apelados Banco Citicard S.A. e Loreni Terezinha Franck:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, expurgar da sentença a porção *ultra petita*; conhecer em parte do Apelo do Banco e, nesse tema, albergá-lo parcialmente; e desprover o Inconformismo da Consumidora. Custas legais.

RELATÓRIO

Banco Citicard S.A. e Loreni Terezinha Franck interpuseram Apelação (fls. 252-275 e 287-307, respectivamente) em face da sentença prolatada pela Magistrada *a quo* (fls. 236-249) que, nos autos da ação de revisão de contrato de cartão de crédito n. 038.99.038662-4, ajuizada pela Consumidora contra o Banco, julgou: a) procedentes em parte os pleitos deduzidos na exordial para: a.1) vedar a cobrança do anatocismo na forma mensal; a.2) declarar a ilegalidade da comissão de permanência; a.3) limitar a cláusula penal em 2% e os juros moratórios em 6% a.a. até 11-1-03 e, daí em diante, em 1% a.m.; a.4) impedir a incidência da multa moratória sobre os juros de impontualidade e vice-versa; a.5) confirmar a antecipação de tutela (fl. 233) para que o Banco não mantenha ou promova a inscrição do nome da Demandante nos cadastros de proteção ao crédito; a.6) determinar que sobre o *quantum* pago a maior incida correção monetária conforme o INPC/IBGE e juros de mora de 1% a.m. desde o desembolso; e a.7) condenar os Contendores ao pagamento das despesas processuais e verba honorária estipulada em 15% sobre o valor do débito,

incumbindo ao Banco arcar com 30% e à Autora com 70% dessa verba, cuja exigência em relação à Consumidora queda-se suspensa em razão de ser ela beneficiária da justiça gratuita; e b) parcialmente procedente o pleito reconvencional para condenar a Demandante no pagamento do valor do débito consoante os balizamentos realizados na contratação pelo Poder Judiciário e impôs aos Contendores o ônus de arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor do débito, sendo de responsabilidade do Banco arcar com 30% e da Autora com 70%, cuja exigência em relação à Requerente queda-se suspensa em razão de ser ela beneficiária da justiça gratuita.

Nas razões recursais, o Banco agitou a inviabilidade da limitação da remuneração do capital; a legalidade da incidência da capitalização mensal dos juros; a caracterização da mora, o que permite a cobrança dos juros moratórios e cláusula penal; a permissividade da exigência da comissão de permanência com os demais encargos contratuais; a plausibilidade de se promover a inscrição do nome da Demandante nos cadastros de proteção ao crédito; e o óbice de compensar os créditos e repetir o indébito, haja vista a ausência de rebalizamento das incumbências contratuais.

Ao final, rogou pela acolhida do Recurso.

Intimada a Adversa, ofertou suas contrarrazões (fls. 330-332) atacando a matéria devolvida à análise a esta Corte.

Já a Consumidora, em seu Inconformismo, agitou a necessidade de operar-se a repetição do indébito em dobro e a redistribuição da sucumbência.

Nesse encalço, clamou pelo albergue do Apelo.

Intimado o Banco, ofertou sua manifestação (fls. 314-322) refutando os termos expendidos pela Interessada.

Empós, vieram os autos a esta Corte.

É o necessário escorço.

VOTO

1 Da ausência de interesse recursal

No Apelo, o Banco pretende a permissividade de cobrança da remuneração do capital conforme estipulação contratual sob o escopo de ser vedada a limitação dessa incumbência em 12% a.a.

Em contrapartida, a Magistrada *a quo*, ao conferir a tutela jurisdicional derradeira na origem, assinalou a legalidade de o Credor exigir o patamar contratado aos juros compensatórios, razão pela qual deixou de promover a sua limitação.

A propósito, veja-se (fl. 248):

> Ante o exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** o pedido formulado na presente "**AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C TUTELA ANTECIPADA E PERDAS E DANOS**" proposta por **LORENI TEREZINHA FRANK** contra **CREDICARD S/A – ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO** para **CONFIRMAR** a liminar deferida, para determinar que a requerida mantenha o nome da autora fora dos cadastros de inadimplentes **DECLARAR** em relação ao contrato:
>
> **a)** legal a cobrança dos juros na taxa contratada (fl. 248); [...]

Noutro turno, o Credor agitou no Inconformismo a inocorrência da descaracterização da mora, o que possibilitaria a cobrança dos encargos de impontualidade.

Todavia, essa questão, além de não ter sido objeto de pedido pela Interessada, não foi objeto de análise na sentença guerreada.

Dessarte, ausente o interesse do debate dos temas, o Apelo não merece ser conhecido nesses aspectos.

2 Da sentença *ultra petita*

Na exordial (fls. 3-30), a Consumidora quedou-se restrita à argumentação de ser necessária a limitação da remuneração do capital em 12% a.a., a repetição do indébito em dobro e a vedação de o Credor promover a inscrição de seu nome nos cadastros dos devedores.

Ocorre que na sentença profligada, o Estado-Juiz, além de esmiuçar a inteireza dos pleitos deduzidos na exordial, declarou (i) a vedação de cobrança do anatocismo na forma mensal; (ii) a ilegalidade da comissão de permanência; (iii) a limitação da cláusula penal em 2% e os juros moratórios em 6% a.a. até 11-1-03 e, daí em diante, em 1% a.m.; e (iv) o óbice de incidir a cláusula penal sobre os juros de impontualidade e vice-versa.

Como se vê, a análise promovida pelo Juízo *a quo* exorbitou os limites apontados na peça deflagratória, o que caracteriza o julgamento *ultra petita*.

Sobre a matéria, o Código Buzaid, em seu art. 460, insculpe a regra de que: "É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que Ihe foi demandado".

Acerca do assunto, Hélio do Valle Pereira leciona:

> A sentença *ultra petita* se dá quando o magistrado vai além do buscado pelo autor. Padecerá deste vício a decisão que condene em danos morais quando o pedido indenizatório era só de prejuízos materiais. O réu não reconvém, mas o juiz, em ação de indenização, condena o autor (e não o réu!) ao pagamento de danos, concluindo que o autor foi culpado pelo acidente automobilístico. A nulidade existe, mas somente parcialmente, o tribunal reduz a condenação ao montante legítimo, retirando o "excesso", sem prejuízo daquela porção válida.

(*Manual de direito processual civil*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 706).

E, das ensinanças de Teresa Arruda Alvim Wambier exsurge:

> Será *ultra petita* a sentença que for capaz de exarar efeitos jurídicos mais amplos do que os pleiteados pela parte. Assim, será *ultra petita* a sentença que conceder, ou que não conceder expressamente, *quantidade* ou *quantia* maior do que pleiteada pela parte.
>
> [...] Vê-se, portanto, que os vícios *extra* e *ultra petita* ligam-se a conceder (ou a não conceder) *fora* do que terá sido pedido ou mais do que está sendo pedido; enquanto o vício de que padece a sentença *infra petita* diz respeito à *desconsideração*, ao não-julgamento, à não-apreciação de parte do pedido.
>
> (*Nulidades do Processo da Sentença.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 243).

Apesar de reconhecida a atuação jurisdicional quanto à matéria não fustigada na petição inicial, a nulidade processual deve ser enfocada sob a ótica do princípio da celeridade processual e aproveitamento dos atos processuais.

Isso implica na delimitação da sentença nos termos pleiteados pela Autora, sem declará-la nula em sua inteireza para que se proceda novo julgamento em sede de primeiro grau.

Nessa trilha, imperioso destacar os arts. 249 e 250, ambos do CPC:

> Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados.
>
> § 1º O ato não se repetirá nem se Ihe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.
>
> § 2º Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.
>
> Art. 250. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais.

> Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa.

Estribando-se no fundamento basilar *pas de nullité sans grief*, que insculpe a inexistência de nulidade quando ausente o prejuízo à parte; e a ausência de supressão de instância, persistindo incólume o preceito do duplo grau de jurisdição, a sentença deve ser declarada nula somente quanto à matéria não aventada pela Consumidora, quais sejam: (i) vedação de cobrança do anatocismo na forma mensal; (ii) ilegalidade da comissão de permanência; (iii) limitação da cláusula penal em 2% e os juros moratórios em 6% a.a. até 11-1-03 e, daí em diante, em 1% a.m.; e (iv) óbice de incidir a cláusula penal sobre os juros de impontualidade e vice-versa.

Ademais, deve-se ponderar a nulidade processual conforme a garantia fundamental insculpido no art. 5º, inciso LXVIII, da "Carta da Primavera", que giza: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Ora, tendo em vista a análise dos demais pleitos nos termos delimitados no pórtico inaugural, inexistente qualquer omissão na decisão derradeira em sede de primeiro grau sobre a qual recaia necessidade de pronunciamento judicial, reduz-se a sentença aos limites do pedido realizado pela Autora, expurgando-se do seu dispositivo a matéria mencionada.

Como consectário, por ter o Banco agitado em sede recursal a legalidade da exigência do anatocismo na forma mensal, a permissividade de os juros de mora serem cobrados em 12% a.a. e a autorização para incidência da comissão de permanência, diante da perda superveniente do objeto recursal sobre o tema, não se conhece do Apelo nesses aspectos.

3 Da repetição de indébito e da compensação dos créditos

A Consumidora, em seu Inconformismo, objetiva que a repetição do indébito ocorra em dobro; por sua vez, o Banco sustenta a inocorrência

de quantia paga a maior, o que, por si só, obsta a devolução de numerário à Demandante.

O fato é que, com esteio nos balizamentos promovidos pelo Poder Judiciário, rememorando-se a inviabilidade de elastecimento dos limites da lide e da revisão de ofício do contrato bancário (Súmula 381 do STJ), exsurge que não existe qualquer encargo a ser minorado ou extirpado da contratualidade.

Por obviedade, em face da não readequação de qualquer incumbência do negócio jurídico, tem-se a não modificação do *quantum* perseguido pelo Banco da reconvenção.

Logo, ausente quantia paga a maior, falece a pretensão da Consumidora de ter qualquer numerário compensado com o débito a descoberto, ou repetido.

4 Da permissividade de o Banco inscrever o nome da Consumidora nos cadastros dos devedores

Em decisão proferida pela Ministra Nancy Andrighi no Recurso Especial n. 1.061.530/RS, julgado em 22-10-08, no julgamento das questões idênticas que caracterizam a multiplicidade de recursos, restou assentado que, caso estampada a abusividade de encargos no período de normalidade, ao proferir-se a sentença, deve-se impedir o Credor de apontar o nome dos consumidores nos cadastros dos inadimplentes.

Veja-se:

> ORIENTAÇÃO – 2 CONFIGURAÇÃO DA MORA
>
> a) Afasta a caracterização da mora a constatação de que foram exigidos encargos abusivos na contratação, isto é, durante o período de normalidade contratual.
>
> [...] **4 – INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DOS INADIMPLENTES**

> a) A proibição da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) houver ação fundada na existência integral ou parcial do débito; ii) ficar demonstrado que a alegação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) for depositada a parcela incontroversa ou prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz;
>
> b) A inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes, por ocasião da sentença ou do acórdão, seguirá a sorte do que houver sido decidido no mérito do processo quanto à mora. Autoriza-se a inscrição/manutenção apenas se configurada a mora.
>
> (sublinhou-se).

Nos termos já debulhados, inocorreu a verificação de qualquer incumbência contratual abusiva, atentando-se aos limites impostos à demanda.

A propósito, em qualquer momento processual a Consumidora rogou pela consignação em Juízo de numerário para elidir a mora.

E, impende destacar que o mero ajuizamento da demanda revisional não obsta a ocorrência da impontualidade (Súmula 380 do STJ) e, menos ainda, a vedação de o Banco promover os atos necessários à preservação de seu direito creditório.

Como consequência disso, ausente a ilegalidade contratual e o pleito de depósito em Juízo de *quantum* para satisfazer o débito a descoberto, o Credor queda-se autorizado a inscrever o nome da Demandante nos cadastros de proteção ao crédito.

5 Da sucumbência

Apesar de o Banco ter obtido êxito em sede recursal tão somente para apontar o nome da Consumidora nos cadastros de proteção ao crédito e inviabilizar a repetição de indébito e compensação de créditos, com a interposição do

Apelo, houve a retirada do campo de validade a porção *ultra petita* da sentença, motivos pelos quais a sucumbência deve ser recalibrada.

Observando-se os pleitos deduzidos na petição inicial da demanda de revisão contratual e na reconvenção, tem-se a integral vitória do Credor.

Logo, com esteio no *caput* do art. 20 do Código Buzaid, condena-se a Consumidora a arcar com a integralidade das despesas processuais de ambas as lides e verba honorária que, com esteio no § 4º do art. 20 do supracitado Diploma Legal, balizando-se nas alíneas "a", "b" e "c" do § 3º do mesmo artigo de lei, considerando-se a relativa singeleza da matéria, vez que amplamente debatida nos palcos forenses, o tempo despendido ao deslinde da causa, o fato de a demanda ter sido ajuizada em agosto de 1999 (fl. 2, verso) e o trabalho desenvolvido pelo Patrono do Credor, é arbitrada em R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) para o Advogado do Banco na demanda revisional e, no que tange ao feito reconvencional, balizando-se nas alíneas "a", "b" e "c" do § 3º do já indicado artigo de lei, em razão das mesmas justificativas aqui delineadas, queda-se mantido o patamar estipulado na origem pelo Togado *a quo*, vez que se promoveu a alteração de sua base de cálculo.

Outrossim, por ser a Consumidora beneficiária da justiça gratuita, em razão do regramento contido nos arts. 11 e 12, ambos da Lei n. 1.060/50, a exigibilidade da sucumbência queda-se suspensa pelo prazo de 5 (cinco) anos, salvo se sobrevir modificação de sua sorte econômica a permitir que arque com esse ônus.

É o quanto basta.

DECISÃO

Ante o exposto, por unanimidade:

a) de ofício, retira-se do campo de validade a porção *ultra petita* da sentença guerreada – item 2 do voto;

b) conhece-se em parte do Apelo do Banco e, nesse aspecto, dá-se-lhe acolhida para:

b.1) inviabilizar a compensação dos créditos e repetição do indébito;

b.2) possibilitar a inserção do nome da Demandante nos cadastros de proteção ao crédito;

c) nega-se acolhida ao Inconformismo da Consumidora; e

d) recalibra-se a sucumbência nos termos suso vazados.

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, 9 de março de 2010.

Carstens Köhler
RELATOR

Apelação Cível n. 2006.012483-4, de Blumenau

Relator: Des. José Inácio Schaefer

> MONITÓRIA. Mútuo entre particulares. Pedido instruído com documento representativo de crédito. Empréstimo realizado por terceiro. Ilegitimidade ativa. Extinção. Litigância de má-fé.
>
> Evidenciado, no caso concreto, que o credor é terceira pessoa, inclusive tendo a autora revelado na instrução desconhecer detalhes do empréstimo em causa, configurada a ilegitimidade ativa.
>
> Para condenação por litigância de má-fé é necessário demonstrar o dolo do litigante em prejudicar a parte contrária.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.012483-4, da comarca de Blumenau (2ª Vara Cível), em que é apelante Raquel de Alencar, e apelado Valdir Theiss:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

Raquel de Alencar apelou da sentença que extinguiu sem resolução de mérito a ação monitória movida em face de Valdir Theiss. Sustentou ser parte legítima para figurar no polo ativo da lide e pediu fosse cassada pena por litigância de má-fé com o provimento do apelo (fls. 263/276).

Recebido o recurso no duplo efeito (fls. 278/279), vieram contrarrazões aplaudindo a sentença (fls. 283/285).

VOTO

O apelo reúne as condições objetivas de admissibilidade.

Raquel de Alencar moveu ação monitória contra Valdir Theiss pretendendo receber a quantia de R$ 117.342,00 (cento e dezessete mil trezentos e quarenta e dois reais), correspondente a US$ 54.000,00 (cinquenta e quatro mil dólares norte-americanos) que teriam sido emprestados ao réu em 30.8.1993. Instruiu o pedido com "cédula de crédito" (fl. 11).

O devedor embargou arguindo preliminares de ilegitimidade ativa e impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, sustentou ter havido pagamento integral da dívida (fls. 35/49).

Após instrução, sobreveio sentença dispondo:

> Ante o exposto, e pelo que mais dos autos consta, julgo extinta a presente ação monitória aforada por Raquel de Alencar contra Valdir Theiss, assim o fazendo com arrimo no art. 267, inc. VI, do CPC, condenando a demandante, como litigante de má-fé, ao pagamento de multa equivalente a 1% sobre o valor atualizado da causa, forte nas disposições do art. 18 do mesmo Digesto Processual.
>
> Em decorrência do princípio da sucumbência, arcará a autora com as custas processuais e honorários advocatícios do patrono do réu, fixados em R$ 2.500,00, nos termos do art. 20, § 4º do CPC, atendidos os vetores do § 3º da mesma norma (fl. 240).

A autora apelou sustentando desnecessária a discussão acerca da legitimidade, pois o documento representativo do crédito seria "ao portador", tendo recebido o valor mutuado do seu ex-companheiro, sendo, portanto, parte legítima para pleitear a cobrança.

A sentença assentou a respeito:

> Na espécie sob exame, a prova produzida evidencia que o "*documento escrito*", exigido pelo art. 1102a do CPC como requisito específico da ação monitória, não foi firmado pelo réu em favor da autora, mas sim em benefício de Werner Kempf, que na ocasião do empréstimo era companheiro da demandante.

O simples cotejo entre o documento que se encontra às fls. 11 com aquele que repousa às fls. 59, revela que este último é cópia do primeiro e não ostenta o nome da autora como beneficiária e nem o registro das testemunhas firmatárias.

Parece óbvio, portanto, que o xerox que se encontra às fls. 59 foi realizado antes do documento original (fls. 11) ter sido preenchido com o nome da autora e respectivas testemunhas.

Aliás, é possível vislumbrar com uma clareza que chega a ferir os olhos que o nome da autora e os espaços destinados às testemunhas foram timbrados no documento original (fls. 11) com letras diferentes, oriundas de mecanismo gráfico distinto.

Mas não é só.

A própria autora, ao ser ouvida em juízo, deixou evidenciado que o documento que motivou o pleito monitório foi firmado pelo réu em favor de Werner Kempf, consoante se infere da seguinte passagem:

"... que conta atualmente com 32 anos de idade; que tinha cerca de 23 ou 24 anos quando emprestou o dinheiro para o réu; que a depoente vivia com uma pesoa de nome Werner, quando morava no Rio de Janeiro; que a depoente teve filhos com Werner; que, foi Werner quem deu o dinheiro para que a depoente emprestasse para o réu; que o negócio do empréstimo foi tratado diretamente com Werner; que foi Werner quem deu o dinheiro; que a depoente alega que Werner colocou o dinheiro na conta bancária da depoente para que a depoente passasse para o réu."

A autora, no mesmo depoimento, também reconheceu:

"...que a depoente não tinha renda enquanto vivia com Werner; que depois que se separou de Werner foi trabalhar numa empresa de pescados onde cortava filés de peixe...que estudou até o terceiro ano primário ".

Mais adiante afirmou:

"...que até a presente data quem tem insistido na cobrança da dívida é Werner e não a depoente; que está separada de Werner de 8 para 9 anos;....que reitera que quem entregou o dinheiro para o réu foi Werner; que Werner e Valdir eram amigos; que "eles eram

amigos porque, para alguém pegar dinheiro emprestado desse jeito, é porque eram amigos"; que a depoente não sabe explicar como o seu nome apareceu no documento que se encontra às fls. 11, que é cópia do documento que se encontra às fls. 59, não constando deste último nem o nome da depoente e nem a parte alusiva às testemunhas...".

Importante registrar, no tocante ao depoimento pessoal da autora, as impressões colhidas por conta do exercício da imediação, que oportuniza, segundo RUI PORTANOVA, "meios para a disposição investigativa do juiz, o exercício de sua vivacidade e a demonstração de seu interesse na busca da verdade." (Princípios do Processo Civil, Ed. Livraria do Advogado, 1995, pg. 224).

É através do princípio da imediação que o julgador pode sentir epidermicamente a sensação do momento, os vacilos dos depoimentos, a insegurança das testemunhas, as reações das partes, ao contrário do que ocorre quando da apreciação da prova pelo 2º grau, onde se agrava a dificuldade desse sentimento, pela falta de contato direto do magistrado com a prova oral.

A autora, pessoa com manifesta hipossuficiência e com precárias condições de estudo, demonstrou total desconhecimento sobre o negócio que motivou o empréstimo e cuja cobrança, mediante a presente ação monitória, está sendo realizada em seu nome.

Não há dúvida alguma que a demandante foi usada por seu antigo companheiro como "*testa de de ferro*". Aliás, fiz questão de deixar consignado na ata de audiência (fls. 296) a presença de Werner Kempf naquela solenidade.

Ora, se a autora é a verdadeira credora do réu, por qual motivo Werner compareceu na audiência, justo que está separado da demandante há mais de oito anos? Por qual motivo o advogado da autora, logo após a oitiva das testemunhas, solicitou que Werner continuasse assistindo a audiência?

Logicamente porque o interesse na ação é inteiramente dele, Werner, e não da autora, cuja dispensa daquele ato foi requerida logo depois de ter prestado o seu depoimento.

Não bastasse o que restou até aqui expendido, colhe-se do depoimento de Sidney Pereira (fls. 207), arrolado pelo demandante,

inúmeras passagens que confirmam que o valor perseguido na presente ação foi emprestado por Werner Kempf ao réu, em verdadeira operação de agiotagem, e não como simples mútuo feneratício. Aliás, o documento que se encontra às fls. 61 revela que o nome da autora foi utilizado em outra operação de empréstimo de dinheiro, com juros muito acima da taxa legal, havendo, ainda, expressa anuência acerca de outros negócios semelhantes, conforme consignado na réplica que repousa às fls. 64/68.

Infere-se do depoimento de Sidney Pereira (fls. 207):

"...que conheceu Raquel através de Werner, que era a pessoa que vivia com a mesma; que o depoente só veio a saber que o nome de Werner era Werner depois que "deu o problema com ele"; que este problema envolvia a "deportação" de Werner para outro país; que conhecia Werner pelo nome de Luigi; que desconhece algum emprego da autora; que depois que Werner esteve preso, Raquel foi trabalhar numa empresa de pescados; que quando Werner esteve preso, Raquel procurou pelo depoente, a mando de Werner, para que fosse conversar com o mesmo; que o depoente conversou com Werner e o mesmo lhe passou uma lista com o nome de pessoas que tinham negócios com ele; que nesta lista estava o nome de Waldir Theiss; que ao que sabe Werner associou-se com Valdir na construção de um prédio, alcançando o dinheiro para que a obra fosse efetuada; que, após concluída a obra, Werner e Valdir explorariam juntos a locação ou venderiam o imóvel; que Werner disse que o valor que passou para o réu investir no imóvel era algo em torno de cinquenta mil dólares; que o réu também fez um outro negócio com Werner, recebendo dinheiro e pagando juros; que esse valor era para ser investido na garagem de carros do réu; que Werner disse que o documento de cinquenta e quatro mil dólares que foi feito com o réu era para "garantir o dinheiro que estava dando para o mesmo colocar na obra"; que o documento que foi passado para o depoente, por Werner, representando a aludida garantia, é aquele que se encontra às fls. 59; Às perguntas formuladas pela parte autora, passou a responder: que depois que recebeu o documento que se encontra às fls. 59, que era uma cópia, Werner lhe deu o documento que se encontra às fls. 11 para encaminhar para alguém fazer a cobrança...".

> Não há dúvidas, pois, que a autora jamais emprestou dinheiro para o réu, figurando seu nome como "*testa de ferro*" nos mútuos usuários praticados por seu ex-companheiro Werner Kempf com o demandado.
>
> Há, portanto, manifesta ilegitimidade da demandante para residir na extremidade ativa da relação processual instaurada, pois não é e nunca foi credora do réu, alusivamente ao empréstimo referido na inicial (fls. 236/240).

Com efeito, o documento que instruiu o pedido inicial veio identificado com o rótulo de "cédula de crédito" no valor de US$ 54.000,00 (cinquenta e quatro mil dólares norte-americanos), a serem convertidos em moeda nacional na data do pagamento (fl. 11) e não configura título de crédito, servindo apenas para comprovar a ocorrência de negócio de mútuo entre particulares, sendo imprescindível, conforme salientado nos embargos (fl. 38), a discussão acerca da legitimidade para cobrança da dívida.

Em reforço à argumentação expendida na sentença, acrescento que o apelado trouxe, com os embargos, cópia do documento que instruiu a inicial, com o campos destinados à identificação do credor e assinatura das testemunhas em branco (fl. 59). Diante disso, possível concluir que o documento constante à fl. 11 destes autos foi preenchido posteriormente, sem anuência do devedor.

Relevante salientar que o ex-companheiro da apelante, Werner Kempf, assinou a cédula de crédito como testemunha (fl. 11), o que indica sua participação e interesse no negócio.

Além disso, o recorrido trouxe, com os embargos, cópia de contrato de mútuo firmado entre ele e a apelante, nos mesmos moldes do documento que instruiu o pedido monitório, no valor de US$ 8.000,00 (oito mil dólares), onde constou como testemunha A. Rossini (fl. 61). Isso indica que era costumeira a realização de negócios entre o recorrido e o ex-companheiro da apelante, em nome desta.

O argumento de que a apelante seria a proprietária do capital mutuado também não subsiste ante prova oral colhida sob o crivo do contraditório:

> [...] que foi Werner quem deu o dinheiro para que a depoente emprestasse para o réu; que o negócio do empréstimo foi tratado diretamente com Werner; que foi Werner quem deu o dinheiro; que a depoente alega que Werner colocou o dinheiro na conta bancária da depoente para que a depoente passasse para o réu (depoimento pessoal da apelante, fl. 229).
>
> [...] que o depoente reconhece que o documento que se encontra às fls. 59 foi firmado em favor de Werner, que usava outro nome, ou seja, Luigi e ou Adriano Rossini; que posteriormente ficou sabendo que o nome da pessoa que lhe emprestava o dinheiro, que era conhecido por Luigi ou Adriano, tinha como nome verdadeiro Werner; que Werner deu o dinheiro aos poucos para o depoente; [...] que os pagamentos eram repassados por Werner em valores pequenos; que Werner queria se associar ao depoente, no ramo de compra e venda de automóveis; que nunca recebeu um centavo da autora Raquel; que Raquel vivia com Werner; que os negócios eram feitos exclusivamente entre o depoente e Werner; que Raquel nunca soube "absolutamente nada dos negócios que eu mantinha com Werner"; que o depoente alega que pagou grande parte da dívida através de repasse de verbas sem recibo; que o depoente pagava diretamente para Werner; que o documento que se encontra às fls. 11 foi preenchido, no tocante ao nome da autora, posteriormente; que Raquel "foi usada como laranja" (depoimento pessoal do apelado, fl. 231).
>
> [...] que conhecia Werner pelo nome de Luigi; [...] que quando Werner esteve preso, Raquel procurou pelo depoente, a mando de Werner, para que fosse conversar com o mesmo; que o depoente conversou com Werner e o mesmo lhe passou uma lista com o nome de pessoas que tinham negócios com ele; que nesta lista estava o nome de Valdir Theiss; que ao que sabe, Werner associou-se com Valdir na construção de um prédio, alcançando o dinheiro para que a obra fosse efetuada; que, após concluída a obra, Werner e Valdir explorariam juntos a locação ou venderiam o imóvel; que Werner disse que o valor que passou para o réu investir no imóvel era algo em torno de cinquenta mil dólares; [...] que Werner disse

> que o documento de cinquenta e quatro mil dólares que foi feito com o réu era para "garantir o dinheiro que estava dando para o mesmo colocar na obra"; que o documento que foi passado para o depoente, por Werner, representando a aludida garantia, é aquele que se encontra às fls. 59; [...] que os recibos das importâncias que Valdir pagou para Werner eram assinados por Raquel; que Werner lhe dizia que fazia os negócios em nome de Raquel porque não podia colocar no seu nome; que Raquel não ia junto fazer as cobranças (depoimento da testemunha Sidney Pereira, fls. 227/228).

A sentença bem valorou a prova oral produzida, privilegiando as impressões colhidas no contato com as partes e testemunhas. Ao contrário do sugerido no apelo (fl. 266), tal proceder não implica na impossibilidade de reapreciação da prova pelas instâncias superiores, mas busca priorizar a conclusão do Magistrado singular, o qual, em razão da proximidade e contato com as partes, tem melhores condições de avaliar suas reações e seu comportamento, com o objetivo de alcançar a verdade real. Outra não é a razão para a positivação do princípio da identidade física do juiz (art. 132 do CPC).

A conclusão seria diversa se a apelante tivesse comprovado a doação do capital por meio da juntada de declaração de imposto de renda ou extrato de movimentação bancária. Contudo, a alegação não veio acompanhada de elementos probatórios.

Em síntese, a legitimidade ativa diz com a titularidade da pretensão jurídica. Demonstrado, por meio de prova documental e testemunhal, que a apelante jamais efetuou qualquer negócio com o recorrido, sendo utilizada apenas como interposta pessoa em negociação realizada por seu ex-companheiro, a sentença não está a merecer reparo.

Quanto à pena por litigância de má-fé aplicada, sustentou a insurgente ausente prova do dolo processual (fl. 266).

A sentença aplicou multa de 1% sobre o valor da causa, argumentando "que a utilização do nome da autora para encobrir a prática usurária e

a real origem do negócio anunciado nos autos configura manifesta má-fé" (fl. 240).

A lei dispõe:

> Reputa-se litigante de má-fé aquele que
>
> I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
>
> II - alterar a verdade dos fatos;
>
> III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
>
> IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
>
> V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
>
> Vl - provocar incidentes manifestamente infundados.
>
> VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório (art. 17, CPC).

A boa-fé, em regra, se presume. Esta Câmara tem decidido reiteradamente que a exceção deve ser provada cabalmente ou resultar estampada na forma de atuação da parte, o que não é o caso dos autos.

A apelante, conforme salientado na sentença (fl. 238) e no apelo (fl. 266), é pessoa humilde, com pouco estudo e agiu sob orientação do ex-companheiro, não se podendo vislumbrar a intenção de prejudicar a parte contrária. Portanto, acolho o inconformismo neste aspecto.

Por todo o exposto, acolho parcialmente o reclamo, apenas para afastar a condenação por litigância de má-fé imposta à insurgente.

DECISÃO

A Câmara, após debates, decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Desembargador José Carlos Carstens Köhler, com voto, e dele participou o Desembargador João Henrique Blasi.

Florianópolis, 24 de novembro de 2009.

José Inácio Schaefer
RELATOR

HABEAS CORPUS

Habeas Corpus n. 2009.052762-0, de Palmitos

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

> *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. DECISÃO DETERMINANDO A PRISÃO CIVIL DA DEPOSITÁRIA INFIEL, EM FACE DA AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO ACERCA DA ENTREGA DOS BENS PENHORADOS E ADJUDICADOS. CUSTÓDIA. IMPOSSIBILIDADE. PACIFICAÇÃO DA MATÉRIA NA EXCELSA CORTE. SEGREGAÇÃO DE ORDEM CIVIL QUE REMANESCE APENAS PARA O DEVEDOR DE ALIMENTOS. VEDAÇÃO IMPOSTA PELO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (ART. 7º, § 7º) E PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS (ART. 11), RATIFICADOS PELO BRASIL NO ANO DE 1992 (DECRETOS NS. 678 E 592, RESPECTIVAMENTE), TORNANDO INAPLICÁVEIS OS PRECEITOS CONTIDOS NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. EXEGESE DO ART. 5º, § 3º, DA "CARTA DA PRIMAVERA", INSERIDO COM O ADVENTO DA EC N. 45/04, QUE CONFERIU *STATUS* DE EMENDA CONSTITUCIONAL AOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS.
>
> ORDEM CONCEDIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2009.052762-0, da Comarca de Palmitos, em que é impetrante João Mergen, e paciente Margarete Wezaro Capoani:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, conceder a ordem.

RELATÓRIO

O advogado João Mergen, devidamente qualificado, impetrou *habeas corpus* preventivo (fls. 2-7) em favor de Margarete Wezaro Capoani, contra ato tachado de ilegal do Juiz de Direito da Comarca de Palmitos que decretou a prisão civil da Paciente em 06-07-07, por ser considerada depositária infiel no processo de execução n. 046.03.001081-6, custódia igualmente decretada em 03-07-08, pelo mesmo motivo, desta feita nos feitos executivos ns. 046.04.000266-2 e 046.04.000424-0 (fls. 14 e 17).

Consoante consta dos autos, a segregação ainda não foi concretizada porque a Paciente sequer foi localizada pessoalmente para realizar a entrega de bens móveis penhorados e adjudicados, razão pela qual, empós ser intimada pela via ficta para assim igualmente proceder, quedou inerte (fls. 29-30).

Sustenta-se no pórtico inaugural, com esteio em precedentes do Supremo Tribunal Federal, não ser mais cabível a prisão civil do depositário infiel, clamando-se pela concessão liminar da ordem para ser revogado o decreto segregatório.

Juntou os docs. de fls. 8-18.

Solicitadas as informações ao Juízo *a quo* (fl. 20), foram as mesmas prestadas (fls. 29-30).

Foi concedida a liminar (fls. 31-33).

Houve manifestação da douta Procuradoria-Geral de Justiça pela concessão da ordem (fls. 40-44).

É o necessário escorço.

VOTO

A questão reveste-se de singeleza franciscana.

Como se vê do caderno processual, inicialmente foram intentadas três ações de execução em face da Paciente (fls. 9, 13 e 16). E, desta feita, a credora Sônia Goretti Ruver Metnges requereu o leilão dos bens imóveis penhorados, ulteriormente adjudicados.

Da cópia fotostática das decisões unipessoais – fls. 14-17 – verifica-se o comando judicial de prisão da Depositária nos feitos executivos ns. 046.03.001081-6, 046.04.000266-2 e 046.04.000424-0, uma vez que, intimada por edital para entregar os bens penhorados e adjudicados, por não ter sido encontrada pelo Oficial de Justiça, não se manifestou.

Observa-se da documentação amealhada ao feito que foram penhorados nos autos n. 046.03.001081-6 os seguintes bens: a) um guarda roupa de seis portas, em madeira, marca progresso; b) um guarda roupa de cinco portas, em madeira, marca progresso; e c) três cozinhas de 1,60m², com paneleiro, marca progresso. Já no feito n. 046.04.000266-2, procedeu-se à constrição de duas cozinhas econômicas novas, com paneleiro e, por fim, na *actio* n. 046.04.000424-0, três cozinhas americanas, com pia, balcão e "meia cristaleiras", novas (fls. 10, 12 e 15).

Esta relatoria compreende que empós o Brasil ter ratificado, através dos Decretos ns. 592 e 678, ambos do ano de 1992, sua adesão, respectivamente, ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 11), além do Pacto de São José da Costa Rica – Convenção Americana sobre Direitos Humanos que veda a prisão por dívida, ressalvando apenas aquela decorrente de débito alimentício (art. 7º, § 7º) – e com o aditamento implementado pela EC n. 45/04, que incluiu o § 3º ao art. 5º da "Carta da Primavera", dispondo que tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos possuem *status* de emenda constitucional, não se pode mais chancelar a segregação civil do depositário infiel por dívida,

transmudando-se a interpretação que era conferida ao inciso LXVII do mesmo art. 5º da CF/88.

Essa é a compreensão adotada pela Quarta Câmara de Direito Comercial, como se afigura do *Habeas Corpus* n. 2008.028032-7, que teve como voto condutor o do Desembargador João Henrique Blasi, em sessão realizada em 30 de abril do corrente, e que assim restou ementado:

> HABEAS CORPUS PREVENTIVO. PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. LIMINAR DE BUSCA E APREENSÃO DE VEÍCULO CONTRA ADQUIRENTE QUE DESCUMPRIU A OBRIGAÇÃO DE QUITAR AS PARCELAS DO FINANCIAMENTO E NÃO EFETOU A TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE. NOMEAÇÃO DA AUTORA COMO DEPOSITÁRIA DO BEM ATÉ O JULGAMENTO DA DEMANDA. ALIENAÇÃO DO VEÍCULO A TERCEIRO QUE ASSUMIU A DÍVIDA E QUITOU O FINANCIAMENTO. PROVIMENTO LIMINAR DEFERIDO. VEDAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL PELO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45: EQUIPARAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS. NOVO ENTENDIMENTO QUE REPUDIA A PENALIZAÇÃO DO DEPOSITÁRIO MEDIANTE A PRIVAÇÃO DA LIBERDADE. WRIT CONCEDIDO.
>
> A intelecção recentemente estratificada no âmbito do Supremo Tribunal Federal vai na senda de que, tendo o Brasil firmado o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), e ostentando tal ajuste equivalência a emenda constitucional (art. 5º, § 3º/CF com a redação da EC 45/2004), vedada está a prisão civil do depositário infiel porque por ele (Pacto) proscrita no seu art. 7º, § 7º, desconstituindo, nesta parte, o disposto no art. 5º, LXVII, da Constituição da República.
>
> Aplicabilidade, outrossim, dos arts. 4º, II e 5º, § 2º, da Constituição Federal, de modo a que, exceto no caso de inadimplemento de pensão alimentícia, não mais se conceba "o corpo humano como passível de experimentos normativos no sentido de que se torne objeto de técnicas de coerção para cumprimento de obrigações

> estritamente de caráter patrimonial" (Min. Cezar Peluso, relator do RE 466343)

E essa mesma posição é a que foi então sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal:

> "HABEAS CORPUS" - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO JUDICIAL - REVOGAÇÃO DA SÚMULA 619/STF - A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) - NATUREZA CONSTITUCIONAL OU CARÁTER DE SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS? - PEDIDO DEFERIDO. ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL, AINDA QUE SE CUIDE DE DEPOSITÁRIO JUDICIAL. - Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Precedentes. Revogação da Súmula 619/STF. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA. - A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. - Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes. - Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? - Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos. A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO. - A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e

> quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. - Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.
>
> (HC 96772/SP, Min. Celso de Mello, j. 09-06-09).

Destarte, ausente pressuposto legal para manter segregada a Paciente, presentes os requisitos estampados no artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, a concessão do *writ* em favor de **Margarete Wezaro Capoani**, determinando-se o imediato recolhimento dos mandados de prisão civil deprecados à Comarca de Palmitos/SC, é medida imperativa.

Comunique-se imediatamente, via fac-símile, ao Juízo *a quo*.

DECISÃO

Ante o exposto, por unanimidade, concede-se a ordem.

Comunique-se imediatamente, via fac-símile, ao Juízo de origem.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Altamiro de Oliveira, oficiando pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Basílio Elias de Caro.

Florianópolis, 9 de fevereiro de 2010.

Carstens Köhler
RELATOR

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2007.056361-3, da Capital

Relator: Des. Vanderlei Romer

PROCESSUAL CIVIL. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 128 E 460 DO CPC. MAGISTRADO ADSTRITO AOS LIMITES DO PEDIDO IMPOSTO PELO AUTOR. CORRETO O RECONHECIMENTO DA ILEGITIMIDADE DOS LITISCONSORTES BENEFICIADOS POR OUTRO ATO NÃO IMPUGNADO NA *ACTIO POPULARIS.*

Hipótese em que os autores populares pretendem a anulação da Deliberação n. 013/1995, emanada da Diretoria da Celesc, que determinou a incorporação vitalícia à remuneração dos empregados que ocupassem o cargo de diretor, independentemente do tempo, da parcela recebida pelo seu exercício.

Alegação da defesa, repetida em sede recursal, de que era obrigatório o reconhecimento da legitimidade passiva também dos ex-diretores da concessionária, estes beneficiados pela Deliberação n. 220/1982, a qual, em verdade, foi apenas restabelecida pelo ato impugnado na ação popular, e com beneficiários distintos.

Tese que se afigura descabida; a uma, porque o pedido dos requerentes é certo, determinado e limitado, **restrito à Deliberação n. 013/1995**, de modo que a inclusão no polo passivo dos beneficiários da precitada Deliberação n. 220/1982 violaria

frontalmente o artigo 128 do Estatuto Processual Civil, segundo o qual "o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte"; a duas, porque "em tendo a Deliberação n. 13/95 tornado sem efeito a anterior (n. 86/94), e, sob novo ato, vigorado a anterior de n. 220/82, apenas utilizou-se deste ato para, no presente e no futuro, restabelecer remuneração de diretores naquelas condições, continuando sem fazer qualquer alteração no tocante àqueles empregados que já usufruíam de idêntica agregação" (Dr. André Carvalho, parecerista ministerial, fl. 1.643).

Ministério Público, ademais, que alerta para a existência de procedimento administrativo, instaurado com o fim de analisar separadamente a ilegalidade e a lesividade da Deliberação n. 220/1982.

AÇÃO POPULAR. CENTRAIS ELÉTRICAS DE SANTA CATARINA – CELESC. DELIBERAÇÃO N. 013/1995. OCUPANTES DO CARGO DE DIRETOR BENEFICIADOS COM A INCORPORAÇÃO VITALÍCIA A SUA REMUNERAÇÃO DA PARCELA RECEBIDA EM RAZÃO DO EXERCÍCIO DO CARGO. ILEGALIDADE E LESIVIDADE EVIDENTES. OFENSA GRITANTE, AFORA ISSO, AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA IMPESSOALIDADE. NULIDADE DO ATO. RESTITUIÇÃO DOS VALORES COMO COROLÁRIO LÓGICO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO QUE SE IMPUNHA QUANTO AOS BENEFICIADOS E QUANTO ÀS AUTORIDADES RESPONSÁVEIS PELO ATO REPUDIADO. RECURSOS DESPROVIDOS.

A condição de sociedade de economia mista da Celesc, sujeita, pois, ao regime jurídico próprio das empresas privadas (artigo 173, §1º, da CF), não lhe confere liberdade irrestrita no que concerne aos princípios que regem a Administração Pública.

Nos dizeres do mestre administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, "quaisquer empresas públicas e sociedades de economia mista – sejam exploradoras de atividade econômica ou sejam prestadoras de serviços públicos (ou responsáveis por obras públicas ou outras atividades públicas) – por força da própria Constituição, vêem-se colhidas por normas ali residentes que impedem a perfeita simetria de regime jurídico entre elas e a generalidade dos sujeitos de Direito Privado. Vejamos, pois, os dispositivos constitucionais que se aplicam indistintamente a quaisquer sociedades de economia mista ou empresas públicas, em relação aos quais, portanto, é irrelevante a disseptação entre os dois tipos mencionados:

"(1) o art. 5º, LXXIII, confere a qualquer cidadão legitimidade para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio público ou a entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa [...].

[...]

"(3) O art. 37, *caput*, declara submissas aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência a Administração direta, indireta ou fundacional, em todas as esferas e níveis de governo.

[...]

"(4) o art. 169, §1º, dispõe que a concessão de qualquer vantagem, aumento de remuneração, criação de cargos ou alteração de estrutura de carreiras, [...] só poderão ser feitas se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes.

"O arrolamento destes vários dispositivos (de resto, todos eles aplicáveis também às autarquias e às fundações públicas) demons-

tra que o regime das sociedades de economia mista e empresas públicas, sejam elas prestadoras de serviços públicos (obras públicas e demais atividades de tipologia pública) ou exploradoras de atividade econômica, já por força destas normas categoricamente expressas na Constituição, não é o mesmo das empresas privadas em geral. É evidente que os preceptivos mencionados compõem um regime peculiar que não se aplica, nem faria qualquer sentido que se aplicasse, às pessoas de direito privado em geral.

"Justifica-se, pois, a assertiva, dantes feita, de que o precitado art. 173, §1º, II, da Lei Magna, expressou-se de modo muito imperfeito ao estatuir que tais entidades, quando exploradoras da atividade econômica, sujeitar-se-iam ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários" (*Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 201-203).

Significa dizer que a sociedade de economia mista submete-se obrigatoriamente aos princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, etc., sob pena de ver declarados nulos os atos que contra eles atentem.

É o caso dos autos, em que se verbera ato a um só tempo ilegal, imoral e ofensivo ao princípio da impessoalidade.

Deveras, a fixação de remuneração dos seus membros pela Diretoria não é de sua competência, como ocorreu com a Deliberação n. 013/1995, mas, sim, da Assembléia-Geral (artigo 30 do Estatuto), que praticamente repete o artigo 152 da Lei n. 6.404/1976, a qual, ainda, veda ao administrador a prática de ato de liberalidade à custa da companhia, *in casu*, da Celesc (artigo 154, §2º).

Afronta aos princípios da moralidade e da impessoalidade que se mostram ainda mais nítidos, porquanto palmar que o ato foi

praticado com o propósito de defender interesses essencialmente pessoais, possibilitando a continuação do pagamento de expressiva remuneração a quem já não mais exerce o cargo, "de modo que, permanecendo posteriormente à exoneração ligado aos quadros da empresa, perceba remuneração substancialmente maior do que aquela paga a um outro empregado, que tenha as mesmas funções e atribuições, mas que ainda, por qualquer que seja o motivo, não tenha sido guindado à posição de direção. Se o empregado, por ser eleito diretor, tem méritos, o que se pode legitimamente esperar é que permaneça na função diretiva e, assim, faça jus à remuneração correspondente. Deixando a função, não há razão jurídica ou ética que justifique a continuidade do pagamento" (MM. Juiz de Direitor Dr. Laudenir Fernando Petroncini).

Deliberação n. 013/1995, que se apresenta, em tal contexto, lesiva à entidade paraestatal "e repristinadora de prática vetusta incompatível com os modernos ditames do interesse público e social" (AI n. 1999.022339-6, rel. Des. João Martins); logo, gritantemente imoral e lesiva sob o aspecto patrimonial, por igual, e, assim sendo, nula, por excelência.

E, porque também ilegal em sentido restrito, não gera direito adquirido à percepção da verba, pois ele só fica caracterizado se representa "uma vantagem que, proveniente do fato jurídico concreto, que a lei determinou, consentâneo com a lei então vigente [...]" (Revista de Julgados – TAMG, número comemorativo dos seus vinte anos, p. 13 e seguintes).

"Ato nulo é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos, ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser explícita ou virtual. É explícita quando a lei comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem; é virtual quando a invalidade

decorre da infringência de princípios específicos de direito público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. Em qualquer destes casos, porém, o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido entre as partes, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei" (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, p. 169).

PERDAS E DANOS. CONDENAÇÃO DAS AUTORIDADES RESPONSÁVEIS PELA EDIÇÃO DO ATO E DOS BENEFICIADOS COMO CONSEQUÊNCIA IMANENTE DA PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. EVENTUAL BOA-FÉ – ALIÁS, BASTANTE DISCUTÍVEL – QUE NÃO AFASTA A SANÇÃO INAPLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE NO CASO.

Em se cuidando de ação popular julgada procedente, a condenação das autoridades responsáveis pelo ato e dos beneficiários (artigo 6º da LAP) é consequência lógica, pelo que não há cogitar falar em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Na precisa lição de Rodolfo de Camargo Mancuso:

"[...] a só desconstituição do ato impugnado não bastaria para a satisfação da vera finalidade da ação popular, sendo necessário que, ao decreto de nulidade, se siga a condenação dirigida ao(s) responsável(is): "o ato inválido, por lesivo, constitui ilícito gerador de prejuízo, e justifica a atribuição da natureza condenatória reparado à sentença que acolhe o pedido do autor. Não fosse assim, a defesa do patrimônio público não se comporia, e não se obteria a finalidade precípua da ação popular, como instrumento de controle de atos do poder público ou equiparados, no que respeita à moralidade administrativa."

"[...]

"Nem a Lei n. 4.717/1965 diz outra coisa, porque, se o seu art. 11 começa por dizer que a sentença deve "decretar a invalidade do ato impugnado", na sequência imediata acrescenta: '...Condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficários dele...'. Na verdade, esse efeito condenatório é necessário e imanente à sentença da ação popular, operando outro efeito principal, cumulado ao desconstitutivo, até porque o art. 14 diz que o valor da lesão será 'indicado na sentença', ou 'apurado na execução', não deixando dúvida de que a sentença que desconstitui o ato indigitado como ilegal e lesivo deve, *ipso facto*, condenar os responsáveis e os beneficiários a reparar o dano ao erário ou a repor as coisas ao *statu quo ante,* conforme o caso.

"Esse cúmulo objetivo, além de respaldado pelo art. 292 e parágrafos do CPC, é de tal modo inerente à demanda popular que deve o juiz pronunciá-lo sempre que acolher a ação, ainda que o autor, por lapso, não o tenha formulado, explicitamente na inicial (...)" (*Ação popular*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 262-263).

CELESC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. REDUÇÃO, TODAVIA, POSSÍVEL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Tendo a concessionária de serviço público optado por contestar o pedido, e, uma vez que este foi rejeitado, é patente que deve igualmente responder pelas custas e honorários advocatícios, estes, contudo, reduzidos porque fixados em quantia inadequada, à luz dos critérios insertos no artigo 20 do CPC.

ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. IMPOSIÇÃO AOS AUTORES QUANTO AOS RÉUS EXCLUÍDOS DA LIDE POR ILEGI-

TIMIDADE. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 5º, INCISO LXXIII, DA CF. APELO PROVIDO.

É preceito constitucional que o autor da ação popular está isento dos ônus da sucumbência, salvo comprovada má-fé, inexistente na espécie, mormente porque a citação dos litisconsortes que foram posteriormente excluídos da lide por ilegitimidade passiva foi providência tomada em razão de requerimento dos réus originários.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.056361-3, da comarca da Capital (Unidade da Fazenda Pública), em que são apelantes e apelados Adalberto Jose Campos Filho, Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. Celesc e outros:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, unânime, prover parcialmente o recurso da Celesc, prover o recurso dos autores e desprover os demais. Custas de lei.

RELATÓRIO

Trata-se de ação popular ajuizada por Hélio Romito de Almeida, Daniel Antonio Dusi, Helga Blaschke de Almeida e Iraci Muarissens Dusi contra Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. – Celesc, Paulo Meller, Paulo Ernani Cunha Tatin, Homero Sérgio Paza, José Affonso da Silva Jardim, Ricardo Moritz, Edison da Silva Jardim Filho, Antônio dos Santos, Gilberto dos Passos Aguiar, Juguaracy Carpinetti Campos, Adalberto J. de Campos Filho e Maurílio dos Santos.

Historiaram os autores que, nos idos de 1982, foi editada a Deliberação n. 220/1982, que previa a agregação da maior remuneração da Celesc ao salários dos ocupantes do cargo de Diretor, sistemática considerada ilegal

pelo Tribunal de Contas do Estado, o que levou à aprovação da Deliberação n. 086/1994, com a supressão da forma de remuneração dos ocupantes daquele cargo prevista no ato administrativo que lhe antecedeu.

Ocorre que, tão logo assumiram os novos diretores nomeados pelo então governador Paulo Afonso, a nova Diretoria revogou a Deliberação n. 086/1994 e editou a Deliberação n. 13/1995, a qual estipulou que "o funcionário que se tornasse diretor receberia a maior remuneração da Companhia, ficando neste nível vitaliciamente" (fl. 6).

Aduziram que é evidente a lesão ao erário. Citaram, a fim de ilustrar o alegado, que um empregado que recebia R$ 1.800,00 mensais, passou a auferir ganhos de mais de R$ 6.000,00 (seis mil reais) pelo resto de sua vida. Destacaram a alta rotatividade, não sendo raro o curto exercício do cargo apenas para propiciar a incorporação salarial.

Assinalaram que a Deliberação n. 013/1995 malferiu, a um só tempo, os princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade, o que impõe o reconhecimento de sua nulidade, nos termos do artigo 2º da Lei Federal n. 4.717/1965, bem como a restituição dos valores recebidos pelos requeridos a título de incorporação salarial, aí incluídos os reflexos salariais.

O Estado de Santa Catarina requereu a sua admissão no feito como litisconsorte ativo (fl. 324).

A liminar postulada foi deferida para determinar a suspensão provisória dos efeitos da Deliberação n. 013/1995, com o "imediato retorno dos beneficiários ao patamar salarial condizente com seus cargos efetivos, conforme previsão no Plano de Cargos e Salários da Celesc, até ulterior decisão" (fl. 332).

Após, foram citados os réus.

As Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A – Celesc, em sua defesa, apontou a competência da Diretoria Executiva para deliberar sobre a remuneração dos seus diretores, como preveem o artigo 138 da Lei das Sociedades Anônimas e o artigo 31, inciso III, do seu Estatuto.

Homério Sérgio Pasa, Gilberto dos Santos Aguiar, Maurílio Pereira dos Santos, Adalberto José de Campos Filho, Juguaracy Carpinetti Campos, Ricardo Moritz e Antonio dos Santos, em contestação conjunta, suscitaram, em preliminar, a incompetência da Justiça Estadual para conhecer e julgar a ação, uma vez que sujeitos ao regime celetista, de modo que a competência para tanto é da Justiça Trabalhista. No mérito, sublinharam que é nítido o caráter político da demanda, uma vez que a agregação impugnada foi introduzida em agosto de 1982, e não em 1995, quando houve apenas o seu restabelecimento, de modo que não foram apenas os réus que foram beneficiados pela Deliberação n. 13/1995, mas vários outros, não incluídos na lide. Indagaram, então, "que motivo teria levado os demandantes a contingenciar sua ação apenas e tão só contra os demandados, 'esquecendo-se de certos Diretores do passado e do presente? A resposta é única e singela: as implicações políticas, ora!" (fl. 418). No mais, defenderam a legalidade do ato, deduzindo argumentação análoga à da Celesc, qual seja, de que, por se cuidar de uma sociedade por ações de economia mista, está sujeita a regime jurídico próprio, com ampla autonomia. Acrescentaram que a revogação ou alteração da remuneração com efeitos retroativos é ilegal, porquanto viola o direito adquirido e, por fim, requisitaram documentos e requereram a citação dos anteriores e atuais Diretores e membros do Conselho de Administração da Celesc, beneficiados pela Deliberação n. 220/1982.

Foi noticiada a interposição de dois agravos de instrumento contra a decisão concessiva de liminar (fls. 485-499 e 500-530).

Após, contestou Paulo Ernani da Cunha Tatim.

Arguiu preliminar de carência de ação por ilegitimidade passiva, ao argumento de que ocupou o cargo de Diretor Econômico-Financeiro de 2-1-1995 a 22-3-1996, e, a partir de então, o cargo de Diretor Presidente. Afirmou que não foi autor da resolução impugnada, muito menos usufruiu de qualquer benefício em decorrência de sua edição; e de ausência de interesse de agir, porquanto a questão *sub judice* já é objeto de discussão no Tribunal de Contas, que tem competência para tomar as providências necessárias, até mesmo a condenação ao ressarcimento dos possíveis danos ao erário. Na sequência, pediu o "chamamento ao juízo" de todos os beneficiários do ato normativo. *In meritis*, repisou a linha defensiva dos demais requeridos – legalidade da resolução, por se cuidar de matéria de competência dos membros da Diretoria da Celesc.

Nilton Carlos Malischeski, Carlos Roberto Bresolin, Otávio Luiz Fernandes, Dilton Manoel Pereira, João José de Castro e Israel Honorino Nunes, todos funcionários da Celesc, requereram o seu ingresso no feito como assistentes litisconsorciais dos réus (fl. 592). Para tanto, informaram que ocupam importantes cargos na concessionária, e que o ato administrativo impugnado criou a expectativa, "se vierem a galgar o mais elevado cargo da hierarquia funcional da Celesc, ou seja, o de Diretor" (fl. 590), de incorporarem aos seus salários a vantagem naquele instituída, razão pela qual têm interesse jurídico em que a sentença a ser proferida nos autos seja favorável aos réus.

Paulo Roberto Meller trouxe, em contestação, alegações análogas àquelas deduzidas nas defesas já presentes nos autos (fls. 635-645).

Foi ajuizada cautelar inominada incidental pelo Estado de Santa Catarina requerendo que fosse determinada a indisponibilidade dos bens dos requeridos (fl. 660).

Cópia do agravo de instrumento interposto por Edison da Silva Jardim Filho às fls. 668-678 contra a decisão que concedeu a liminar.

Conforme despacho de fls. 683-685, o recurso foi desprovido (AI n. 2000.012059-6, rel. Des. João Martins).

Defesa de José Affonso da Silva Jardim e de Edison da Silva Jardim às fls. 686-702, com preliminares e defesa da legalidade do ato impugnado, vazada, em linhas gerais, em conformidade com as articulações expendidas pelos demais réus.

Os autores, em cumprimento ao despacho que lhes facultou a "denunciação da lide" (fl. 963, *sic*) aos demais beneficiários da Deliberação n. 220/1982, não sem antes destacar que esse ato não é objeto da lide, indicaram os seguintes nomes: César Augusto Bleyer Bresola, Francisco de Assis Küster, Sebastião Berlink Brito, Lício Mauro da Silveira, Edelmo Naschenweng, Gerson Wanderley Leal, Milton de Haro Antunes, Hélio Darcy Breda, Alberto Werdine Salomon, Herminio Capela Vieira, Paulo Wanderlinde, Sebastião Hulse, Polydoro Ernani de São Thiago Filho, Jorge Petry, Luiz Carlos de Freitas, Aldo da Rosa, Flávio Dallanhol, Adhemar Garcia Filho, Mário Luiz Menel da Cunha e Luiz Fernando Werdine Salomon (fl. 971).

Citados, contestaram Flávio José Dallanhol (fls. 1.007-1.012); Alberto Augusto Werdine Salomon (fls. 1038-1044); Paulo Wanderlinde (fls. 1.059-1.072); Hélio Darcy Breda, Jorge Petry, Luiz Carlos de Freitas, Paulo César da Silveira, Gerson Leal, Edelmo Naschensweng, Sebastião Hulse, Mário Luiz Menel da Cunha, Milton de Haro Antunes e Adhemar Garcia Filho (fls. 1.117-1.130); Sebastião Berlink Brito (fls. 1.277-1.287); Aldo da Rosa (fls. 1.312-1.318); Hermínio Capela Vieira (fls. 1.344-1.357); Francisco de Assis Kuster e Cesar Augusto Bleyer Bresola (fls. 1.377-1.386); Luiz Fernando Verdin Salomon (fls. 1.463-1.471);

Flávio José Dallanhol agravou, na forma retida, contra a decisão que negou o pedido de revogação da liminar (fls. 1.457-1.462).

Aos agravos interpostos contra a decisão que deferiu a liminar foi negado provimento, conforme acórdãos de fls. 1.501-1.509 e 1.511-1.519, respectivamente, Agravos de Instrumento n. 2000.000399-9 e 2000.012059-6, relator Des. João Martins.

O Estado de Santa Catarina foi excluído da lide, ao entendimento de que lhe falece interesse processual, porquanto, do ato inquinado, não lhe adveio nenhum prejuízo (fls. 1.524-1.526).

Replicadas as contestações (fls. 1531-1540); compareceu nos autos Casildo João Maldaner. Postulou a sua habilitação como assistente dos requerentes (fls. 1.541-1.557).

O Ministério Público emitiu parecer pela procedência da ação.

Edison da Silva Jardim Filho requereu a citação da Fundação Celesc de Seguridade Social – Celos, uma vez que é a responsável pelo pagamento dos proventos de aposentadoria de Homero Sérgio Paza, beneficiário da Deliberação n. 220/1982.

Oferecidas as alegações finais, o MM. Juiz sentenciou.

Rejeitou o pedido de assistência litisconsorcial formulado por Nilton Carlos Malischeski, Carlos Roberto Bresolin, Otávio Luiz Fernandes, Dilton Manoel Pereira, João José de Castro e Israel Honorino Nunes, bem como o pedido de citação da Celos, e, a seguir, assim dispôs:

Diante de todo o exposto:

> a) JULGO EXTINTO O PROCESSO, sem julgamento do mérito, em relação aos réus Flávio Dallanhol, Alberto Augusto Werdine Salomon, Paulo Wanderlinde, Hélio Darci Breda, Jorge Washington Petry, Luiz Carlos de Freitas, Paulo César da Silveira, Gerson Wanderley Leal, Edelmo Naschenweng, Mário Luiz Menel da Cunha, Milton de Haro Antunes, Adhemar Garcia Filho, Sebastião Berlinck Brito, Aldo da Rosa, Hermínio Capela Vieira, Francisco de Assis Kuster, Lício Mauro da Silveira, Polydoro Ernani de São Thiago

> Filho e Luiz Fernando Verdini Salomon, por ilegitimidade passiva, com fundamento no disposto no art. 267, VI, do CPC;
>
> b) JULGO EXTINTO o processo, sem julgamento do mérito, relativamente ao pedido de condenação dos réus por ato de improbidade administrativa;
>
> c) JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na inicial, e em conseqüência declaro ser nula a Deliberação n 13/95 e condeno os demais réus Paulo Roberto Meller, Paulo Ernani da Cunha Tatim, Sebastião Hülse , Antônio dos Santos e Edison da Silva Jardim Filho, porque responsáveis por sua edição, sendo os dois últimos também dela beneficiários; e, na condição de seus beneficiários, os réus Adalberto José de Campos Filho\, \, César Augusto Bleyer Bresola\, , Gilberto dos Passos Aguiar\, Homero Sérgio Pasa\, José Affonso da Silva Jardim\, Juguaracy Carpinetti Campos\, Maurílio Pereira dos Santos \e Ricardo Moritz, ao pagamento das perdas e danos sofridos pela empresa ré, nos termos do art. 11 da Lei n 4.717/65, corrigidos monetariamente, pelos índices adotados pela Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina e acrescidos de juros de mora, contados a partir da citação, e até a entrada em vigor do Novo Código Civil, no percentual de 6% ao ano (CC de 1916, arts. 1.062 e 1.063); após a entrada em vigor do Novo Código Civil, o montante deverá sofrer a incidência, a esses títulos, apenas da taxa SELIC (art. 406 do Novo CC, e nos termos da Apelação Civil n 2002.006342-3). Condeno ainda os réus, juntamente com a empresa demandada, ao pagamento das despesas processuais e honorários de advogado, estes que arbitro em 10% do valor da condenação.

Foram opostos embargos de declaração por Flávio José Dallanhol (fls. 1.932-1.935); Edison da Silva Jardim Filho, José Affonso da Silva Jardim (fls. 1.938-1.949) e Cesar Augusto Bleyer Bresola (fls. 1.968-1.972).

Ao recurso de Flávio José Dallanhol foi dado provimento, com a condenação dos autores ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios com relação aos requeridos que foram excluídos da lide (fl. 1.988). Os embargos de Edison da Silva Filho e José Affonso da Silva Jardim foram rejeitados (fl. 2.008).

Adalberto José de Campos Filho, Antonio dos Santos, Gilberto dos Passos Aguiar, Homero Sergio Pasa, Juguaracy Carpinetti Campos, Maurilio Pereira dos Santos, Paulo Roberto Meller e Ricardo Moritz, irresignados, apelaram.

Disseram que a sentença *a quo*, na parte em que reconhece a ilegitimidade passiva *ad causam* dos beneficiários da Deliberação n. 220/1982 não pode subsistir, uma vez que, tanto quanto eles recebem a vantagem estipendiária, com o diferencial de que ela integra a remuneração dos primeiros desde 1982. Argumentaram que a citada Deliberação, ao contrário do que se afirmou, não está infensa ao controle judiciário, porquanto restabelecida pela Deliberação n. 13/1995, objeto da ação popular. Por via de consequência, era dispensável o ajuizamento de nova demanda para anulá-la.

No que concerne à condenação ao pagamento das perdas e danos sofridos pela empresa requerida, assinalaram que ambas as verbas não foram especificadas, tampouco quantificadas. E, ainda que aceitável a tese de que a Deliberação n. 13/1995 é ilícita, a devolução dos valores é incabível, porquanto recebidos a título salarial; verba alimentar, portanto.

Defenderam, após, a legalidade do ato profligado, porquanto ele apenas instituiu uma reposição salarial, e não um acréscimo ao salário-base. Reportaram-se ao artigo 30, § 3º, do Estatuto Social da Celesc, que prevê a possibilidade de o servidor elevado à condição de diretor optar pela remuneração do respectivo cargo, e, de outro vértice, acentuaram que é da competência da Diretoria da empresa a fixação e a concessão de vantagens aos seus empregados. Por fim, sublinharam que o direito à percepção da verba é adquirido, incorporado ao seu patrimônio por expressa dicção constitucional (artigo 5º, inciso XXXVI/CF).

Quedou-se igualmente irresignado Paulo Ernani da Cunha Tatim, o qual reeditou a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, quer porque

não participou da aprovação da Resolução n. 13/1995, quer porque dela não se beneficiou, pois ocupou o cargo de diretor de 2-1-95 a 22-3-96.

No mérito, sustentou a legalidade do ato, ao argumento de que a Celesc é regida por seu Estatuto, o qual confere poder decisório à Diretoria no tocante à remuneração dos seus servidores. Mencionou o artigo 173 da Constituição Federal, que prevê a sujeição da sociedade de economia mista ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

Após, tem-se recurso de Cesar Augusto Bleyer. Disse que assumiu o cargo de Diretor de Engenharia e Operação em 4 de janeiro de 1999, quando passados quatro anos da edição da Deliberação n. 13, de 1º de fevereiro de 1995, e que não compunha a Diretoria da Celesc à época da sua edição. Afirmou que não participava diretamente dos assuntos relacionados à administração da empresa; que o Pleno do Tribunal de Contas do Estado considerou válida a Deliberação n. 220/1982, de modo que idêntico raciocínio deve ser empregado à Deliberação n. 13/1995, que apenas revigorou o ato anterior, e que a decisão da Corte de Contas, embora não tenha força vinculativa, não pode ser desprezada.

Requereu a aplicação do princípio da proporcionalidade no que tange à aplicação da sanção de devolução dos valores que recebeu, mormente porque eles têm natureza alimentar, e, nesse passo, a restituição é impensável à luz dos princípios constitucionais, de firme jurisprudência e da boa-fé do agente. Teceu outras considerações que, por brevidade, passam a integrar esta suma.

Embargos de declaração opostos pela Celesc Distribuição S.A. às fls. 2.100-2.105, rejeitados às fls. 2.108.

Edison da Silva Jardim Filho e José Affonso da Silva Jardim, em sua apelação, propugnaram pela anulação da sentença, a fim de que seja incluída na lide a Fundação Celesc de Seguridade Social – Celos, enquanto a Celesc clamou pela sua reforma parcial, a fim de "que as custas processuais sejam

arcadas tão somente pelas partes sucumbentes no *meritum*, bem como, os honorários advocatícios pertinentes à ora apelante, sejam fixados com base em valor equitativo e razoável, seguindo as premissas esculpidas no § 3º do artigo 20 do CPC, e não com base no valor da causa" (fl. 2.149).

Contrarrazões aos recursos às fls. 2.151-2.158; 2.159-2.166; 2.167-2.171; 2.226-2.236; 2.231-2.236; 2.261-2.265 e 2.276-2.279.

Aportou no processo, na sequência, tempestivo apelo de Sebastião Hülse, o qual arguiu a sua ilegitimidade passiva, uma vez que o próprio Julgador reconheceu que não auferiu nenhum benefício pessoal. Quanto à matéria de fundo, a exemplo dos demais réus, insistiu que a Deliberação n. 013/1995 é um ato de gestão de Diretoria colegiada plenamente amparado pela legislação vigente, a saber, artigo 173, §1º, da CF/88; arts. 235 e 238 da Lei n. 6.404/1976, e 31 do Estatuto Social da Celesc S.A.

Há, ainda, recurso de apelação interposto pelos autores, inconformados com a sua condenação ao pagamento das custas e honorários advocatícios em razão da extinção do feito, sem resolução do mérito, quanto a Flávio Dallanhol. Invocaram o artigo 5º, inciso LXXII, que isenta o autor dos ônus de sucumbência, salvo má-fé, ausente *in casu.*

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Aurino Alves de Souza, que opinou pelo provimento do recurso dos autores, pelo provimento parcial da Celesc para que os honorários advocatícios sejam arbitrados em R$ 2.000,00 (dois mil reais) e, ao arremate, pelo desprovimento dos demais recursos.

VOTO

A sentença *a quo* é alvo de sete recursos de apelação, um deles interposto pelos autores, porque inconformados com a sua condenação ao pagamento dos honorários advocatícios e custas resultantes da extinção

do feito, sem resolução do mérito, quanto aos requeridos que tiveram reconhecida a sua ilegitimidade passiva.

Nos demais, pretende-se a reforma da decisão na íntegra, exceção feita àqueles desferidos por Edison da Silva Jardim e José Affonso da Silva Jardim e pela Celesc. Os primeiros buscam a sua anulação, ao argumento de que a inclusão no polo passivo da Fundação Celesc de Seguridade Social – Celos era obrigatória; e a Celesc reclama a sua modificação apenas parcial no que se refere aos honorários advocatícios.

Por conseguinte, tem primazia na espécie a análise do apelo de Edison e de José Affonso da Silva Jardim, que, uma vez acolhidos, poderiam levar à nulidade do processo, pelo menos a partir do momento em que a Celos deveria nele ter ingressado. "Poderiam" porque é manifesta a sua improcedência.

Afirmaram os apelantes que a Celos era a responsável pelo pagamento das "complementações de aposentadoria" recebidas por alguns dos requeridos beneficiados pela Resolução n. 220/1982, sendo, pois, litisconsorte passiva necessária, nos termos do artigo 6º da Lei n. 4.717/1965.

Cuida-se de questão suscitada já no primeiro grau de jurisdição, e ali adequadamente rechaçada.

O *caput* do dispositivo em tela especifica os sujeitos passivos da ação popular, dentre os quais estão as pessoas públicas ou privadas, empresas públicas, serviços sociais autônomos etc. que tenham autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão.

Ora, pagamento de proventos não caracteriza autorização, aprovação, ratificação ou prática do ato impugnado, ainda que implicitamente.

A Celos apenas complementou a aposentadoria dos servidores e, ao que consta, tão somente daqueles beneficiados pela Deliberação n. 220/1982, que não está em discussão, em que pese a irresignação de alguns dos requeridos a respeito.

A entidade, em verdade, apenas sofrerá as consequências da estapafúrdia e imoral decisão da Diretoria da Celesc, sem que em nada haja contribuído para tão vergonhoso ato.

De toda sorte, conforme assentado em precedente do eminente Ministro Luiz Fux:

> A exegese da legislação aplicável à ação popular revela que as pessoas jurídicas de direito público, cuja citação se faz necessária para integrar o litisconsórcio passivo necessário simples, restringem-se àquelas cujos atos estejam sendo objeto da impugnação [...] Precedentes do STJ: REsp n. 238122/PR, DJ 5-6-2007 e REsp n. 266.219/RJ, DJ 3-4-2006) (REsp n. 879999/MA, DJe de 22-9-2008).

Portanto, não há falar em nulidade do feito por ausência de integração à lide de litisconsorte necessário, o que leva ao desprovimento do recurso de Edison e de José Afonso da Silva Jardim.

Posto isso, urge verificar se as alegações deduzidas pelos irresignados que visam à reforma do veredicto procedem. Certos argumentos são comuns a pelo menos quatro dos apelos. Além destes, existem outros, arguidos isoladamente. Todos, no entanto, são referentes à impossibilidade de a ação medrar quanto a todos os requeridos. Por tal razão, passa-se a sua apreciação, para depois adentrar no exame dos apelos que suscitam questões diversas e invocam aspectos individuais da condenação. É o caso dos recursos de Paulo Ernani da Cunha Tatim e Cesar Augusto Bleyer.

Antes, é conveniente abordar dois pontos.

O primeiro refere-se a um suposto efeito vinculativo da decisão do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, proferida no Processo

n. 02/5030668, segundo a qual a Deliberação n. 220/1982 não padeceria de ilegalidade (fl. 1.829). A bem da verdade, foi esse o entendimento do Ministério Público que atua na Corte de Contas. Não há propriamente uma decisão a respeito. Há, isto sim, o voto do Conselheiro Luiz Suzin Marini, que opinou pelo "cancelamento da Deliberação n. 220/1982, de 10 de agosto de 1982, observando determinação constante do item 6.3 da Decisão n. 660 do Processo N. BLA [...], haja vista a ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade pública e impessoalidade [...]" (fl. 1.864).

E, mesmo que houvesse, ela não teria influência na solução da presente controvérsia.

Com efeito, há muito já está sacramentado que "o pronunciamento da Corte de Contas sobre a matéria não tem o condão de inibir ou impedir a atuação jurisdicional em sede de ação popular. Nessa direção, é de se mencionar precedente [...] da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça – REsp 403153/SP, Rel. Min. José Delgado, j. em 09.09.2003, publ. em DJ de 20.10.2003 – em cuja ementa está consignado: 'O fato de o Tribunal de Contas ter apreciado os contratos administrativos não impede o exame dos mesmos em sede de ação civil pública pelo Poder Judiciário'" (REsp 809605, rela. Mina. Denise Arruda). Ainda: "O pronunciamento da Corte de Contas não tem o condão de inibir ou impedir a atuação jurisdicional em sede de ação popular" (REsp n. 403153/SP, rel. Min. José Delgado, j. em 9-9-2003, publ. em DJ de 20-10-2003).

De qualquer forma, o próprio Tribunal de Contas mudou de entendimento quando analisou a Deliberação n. 013/1995.

O outro diz respeito ao reconhecimento da ilegitimidade ativa dos litisconsortes que foram beneficiados pela incorporação prevista na Deliberação n. 220/1982, restabelecida, nos dizeres dos irresignados, pelo ato impugnado.

A arguição foi objeto de detida e coerente análise por parte do então Promotor de Justiça e hoje Procurador de Justiça Dr. André Carvalho.

Confira-se:

> Para o deslinde da *quaestio* neste particular, urge fazer uma análise do pedido dos autores. Senão vejamos:
>
> "1. que nos termos do parágrafo 4º do art. 5º da Lei Federal n. 4.717, de 26-6-65, Vossa Excelência determine liminarmente a suspensão dos efeitos da Deliberação da Diretoria da Celesc n. 13/95, de 1º-2-1995, por afrontar o art. 38 da Constituição Federal, e arts. 2º e 5º da Lei n. 4.717, de 29-6-1965, com o imediato retorno dos beneficiados ao patamar salarial (salário-fixo) condizente com seus salários efetivos, conforme previsto no Plano de Cargos e Salários da Celesc;
>
> [...]
>
> "3. que, ao final, por sentença, Vossa Excelência, julgue procedente a ação, decretando a nulidade da Deliberação da Diretoria da Celesc n. 13/195, de 1º-2-95, com o retorno ao *status quo ante*, qual seja, a volta dos valores recebidos irregularmente aos cofres da Companhia, inclusive com todos os reflexos salariais pagos em decorrência da ilegal agregação (a exemplo do FGTS), em como o imediato retorno dos réus ao patamar salarial (salário-fixo) condizente com seus cargos efetivos, conforme previsto no Plano de Cargos e Salários da Celesc, tudo com acréscimo de juros de mora e correção monetária" (fl. 17).
>
> Nos termos do artigo 128 do CPC, "o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte."
>
> Ora, a inicial requer a nulidade da Deliberação n. 13/1995 porque ofende os princípios da administração pública. Referido ato está vazado nos seguintes termos:
>
> "A Diretoria colegiada resolveu tornar sem efeito, imediatemente, o item 4 da Deliberação 086/94, de 30-3-94, exarado nestes termos: '4. Estabelecer para os empregados que vierem a assumir o cargo de Diretor, vantagem pecuniária, em rubrica a parte, sob a forma de adicional 'vantagem Diretor empregado' no valor equivalente a

diferença entre seu salário fixo como empregado e o maior salário fixo de tabela praticado, respeitadas as situações hoje existentes como decorrência, volta a vigorar, em toda a sua plenitude, a Deliberação n. 220/82, no que respeita ao tratamento salarial dispensado aos empregados que galgam o cargo de Diretor da CELESC. Responsáveis: todos os diretores" – grifo nosso.

Por isso, em tendo a nº 13/95 tornado sem efeito a anterior (nº 86/94) e, **sob novo ato**, vigorado a anterior de nº 220/82, apenas utilizou-se deste ato para, **no presente e no futuro**, restabelecer remuneração de diretores naquelas condições, continuando sem fazer qualquer alteração no tocante àqueles empregados que já usufruíam de idêntica agregação.

É de teor a Deliberação 220/82:

"1- A Diretoria, atendendo proposição do Senhor Presidente, considerando a prática adotada na Empresa, de maneira crescente, relativamente à ascenção de empregados à condição de Diretor e, tendo presente ser indispensável à CELESC, em caráter contínuo, o princípio da isonomia salarial, resolveu: 1.1 - Assegurar aos empregados eleitos Diretores, que optarem por receber a respectiva remuneração, nos termos do parágrafo 3º, artigo 30, dos Estatutos Sociais, a terem seus méritos funcionais reconhecidos em grau máximo, passando a serem sempre posicionados na mais alta referência salarial, de modo que sua posição seja permanentemente compatibilizada com o mais alto nível na hierarquia dos salários existentes na empresa, assegurando, também, direito ao cômputo na remuneração da maior função gratificada exercida pela Empresa, quando no exercício de cargo de Diretoria. 1.2 – Estabelecer que, quando por força da opção prevista no item 1 desta Deliberação, os empregados Diretores passarem a ter vencimentos superiores aos fixados para a Diretoria, fica assegurado aos Diretores não empregados, o direito de serem automaticamente nivelados. 1.3 – Estender aos ex-Diretores os procedimentos previstos nesta Deliberação, desde que atendidos os requisitos de: 3.1 – Terem sido eleitos Diretores, quando empregados da Empresa; 3.2 – Pertencerem, atualmente, ao quadro de funcionários da CELESC.".

Note-se, ademais, que a deliberação nº 86/94 quando corrigiu administrativamente a ilegalidade da 220/82, também foi projetada

> para casos presentes e futuros, já que previu "respeitadas as situações hoje existentes".
>
> Neste norte, e como o pedido dos autores é certo, determinado e limitado, não há como aceitar-se os réus litis denunciados como beneficiários diretos da Deliberação nº 13/95. Logo, não podem figurar no pólo passivo da demanda, pois, não funda-se no mesmo fato ou título jurídico, apenas em fato e regra jurídica semelhante.
>
> Não há qualquer litisconsórcio entre os autores e beneficiários da Deliberação nº13/95, com aqueles da de nº 220/82, em que pese a mesma pecha de ilegalidade e imoralidade a ambas. Há litisconsórcio necessário unitário somente entre os autores e beneficiários diretos do ato 13/95.
>
> É que "Deverão ser citadas para a ção, obrigatoriamente, as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, em nome das quais foi praticado o ato a ser anulado e mais as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado pessoalmente o ato ou firmado o contrato impugnado, ou que, por omissos, tiverem dado oportunidade à lesão, como, também, os beneficiários diretos do mesmo ato ou contrato (art. 6º) **[8 – Hely Lopes Meirelles, Mandado de Segurança e outros, Malheiros Editores, 1990, pág 132] –** grifamos.
>
> As ilegalidades decorrentes da Deliberação nº 220/82 deverão ser discutidas em ação própria e responsabilizados os autores do ato e seus beneficiários diretos.
>
> Diga-se, neste particular, que tramita na Promotoria da Moralidade Pública da Capital, procedimento administrativo preliminar que visa analisar a ilegalidade e lesividade da mencionada deliberação.

Agora, às alegações recursais comuns:

Legalidade da Deliberação n. 013/1995, porque amparada na autonomia legislativa de que goza a Celesc, sociedade de economia mista, e, nesse passo, sujeita ao regime jurídico privado (artigo 173, §1º, da Constituição Federal)

Ninguém ignora que a Celesc é uma sociedade de economia mista, e que, assim sendo, está sujeita ao regime jurídico próprio das empresas

privadas, até mesmo quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. Trata-se de norma constitucional (artigo 173, §1º, da Constituição Federal).

A competência da Diretoria para deliberar sobre remuneração está prevista no artigo 31 do Estatuto da concessionária. E, por fim, os artigos 235 e 238 da Lei n. 6.404/1976, Lei das Sociedades Anônimas, preveem, respectivamente:

> Art. 235. As sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta Lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal.
>
> § 1º As companhias abertas de economia mista estão também sujeitas às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.
>
> § 2º As companhias de que participarem, majoritária ou minoritariamente, as sociedades de economia mista, estão sujeitas ao disposto nesta Lei, sem as exceções previstas neste Capítulo.
>
> Art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.

A Procuradoria-Geral do Ministério Público atuante no Tribunal de Contas entendeu que a Deliberação n. 220/1982 não estabeleceu uma "agregação", mas, sim, um reposicionamento salarial (fl. 840). Assinalou, outrossim, que a regra não conflitou com a legislação, cuidando-se da "operacionalização automática de uma regra de promoção vinculada ao cumprimento de uma condição, como ocorre, por exemplo, em promoções decorrentes de avaliação por desempenho" (fls. 1.840-1.841).

Porém, ainda que se admitisse a legalidade do ato, do que obviamente não se cogita, já alertava o Conselheiro Luiz Suzin Marini que "mesmo que o mecanismo adotado pela Celesc não receba o nome "agregação", deve esta Corte ponderar sobre a eventual ofensa aos princípios constitucionais" (fl. 1.858).

Ora, como considerar uma "reposição salarial" a incorporação perene de uma diferença salarial que decorre do exercício transitório de um cargo, por período nem sequer específico?

É importante deixar bem claro que a Celesc, ainda que seja uma sociedade de economia mista, não está imune à observância obrigatória dos princípios administrativos.

Celso Antônio Bandeira de Mello discorre brilhantemente sobre o tema:

> De toda sorte, quaisquer empresas públicas e sociedades de economia mista – sejam exploradoras de atividade econômica ou sejam prestadoras de serviços públicos (ou responsáveis por obras públicas ou outras atividades públicas) – por força da própria Constituição, vêem-se colhidas por normas ali residentes que impedem a perfeita simetria de regime jurídico entre elas e a generalidade dos sujeitos de Direito Privado. Vejamos, pois, os dispositivos constitucionais que se aplicam indistintamente a quaisquer sociedades de economia mista ou empresas públicas, em relação aos quais, portanto, é irrelevante a disseptação entre os dois tipos mencionados:
>
> (1) o art. 5º, LXXIII, confere a qualquer cidadão legitimidade para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio público ou a entidade de que o Estado participe, **à moralidade administrativa** [...].
>
> [...]
>
> (3) O art. 37, *caput*, declara submissas aos princípios da *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência* a Administração direta, indireta ou fundacional, em todas as esferas e níveis de governo.
>
> [...]
>
> (4) o art. 169, §1º, dispõe que a concessão de qualquer vantagem, aumento de remuneração, criação de cargos ou alteração de estrutura de carreiras, [...] *só poderão ser feitas se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal* e aos acréscimos dela decorrentes.

> O arrolamento destes vários dispositivos (de resto, todos eles aplicáveis também às autarquias e às fundações públicas) demonstra que o regime das sociedades de economia mista e empresas públicas, sejam elas prestadoras de serviços públicos (obras públicas e demais atividades de tipologia pública) ou exploradoras de atividade econômica, já por força destas normas categoricamente expressas na Constituição, não é o mesmo das empresas privadas em geral. É evidente que os preceptivos mencionados compõem um regime peculiar que não se aplica, nem faria qualquer sentido que se aplicasse, às pessoas de direito privado em geral.
>
> Justifica-se, pois, a assertiva, dantes feita, de que o precitado art. 173, §1º, II, da Lei Magna, expressou-se de modo muito imperfeito ao estatuir que tais entidades, quando exploradoras da atividade econômica, sujeitar-se-iam ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários (Curso de direito administrativo.São Paulo: Malheiros, 2009. p. 201-203).

Como se vê, a qualificação de sociedade de economia mista da Celesc não lhe dá "carta branca". Deve obediência não só às normas legais, como também aos princípios que norteiam o atuar do administrador, nitidamente violados na hipótese, principalmente os da impessoalidade, da moralidade e da legalidade.

É o que conclui a judiciosa sentença da boa lavra do Dr. Laudenir Fernando Petroncini, a qual se adota como razão de decidir:

> 3. Mérito
>
> O pedido de declaração da nulidade da Deliberação nº 13/95 da Diretoria da CELESC vem fundamentado em alegações de ilegalidade do ato, bem como de ofensa aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade.
>
> Quando ao mérito da causa, assim se manifesta o representante do Ministério Público (fls. 1648)
>
> Visa a ação a declaração de nulidade da Deliberação nº 13/95 da Diretoria da CELESC, que estendeu aos réus gratificação ilegal, posto que a aludida Deliberação teria restabelecido situação criada

por idêntico ato nº 220/82 (agregação de remuneração) que foi expurgado pela Deliberação 86/94, que corrigiu a irregularidade consoante havia sido anotado pelo Tribunal de contas do Estado. Com a deliberação 13/95, os funcionários ocupantes de cargos de Diretor tiveram agregados aos seus salários a maior remuneração da empresa.

Por não ter o referido ato precedido de lei que lhe desse ensejo, asseverando que a Diretoria da CELESC não possuía poderes para tanto, sendo competência do Conselho de Política Financeira do Estado, fica evidente que a Deliberação vulnera os princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade.

Em defesa do ato, argumenta-se que se faz amparado na competência atribuída à Diretoria Colegiada da empresa ré por seu estatuto social, pela Lei estadual nº 9.831/95, pela Lei federal nº 6.404/76. Também a Constituição Federal traria disposições que levariam à improcedência do pedido.

Quanto aos estatutos, alegou-se que a competência da Diretoria para dispor sobre a matéria objeto do ato impugnado estaria estabelecida em seu art. 31.

É certo que o art. 31 do Estatuto das Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. (fls 364) confere à Diretoria da empresa a competência para "decidir sobre a criação e extinção dos cargos e funções" e "fixar a remuneração respectiva" (inciso III). Essa atribuição, contudo, não inclui a competência para a fixação de sua própria remuneração, ou seja, da remuneração dos próprios diretores, como fica evidente a partir da leitura das disposições do art. 30 do mesmo diploma, que expressa e inequivocadamente reservou a matéria à competência exclusiva da Assembléia Geral, ao dizer:

"Art. 30. A remuneração dos Diretores será fixada pela Assembléia Geral, observadas as normas legais que regem a matéria.

"§ 1º O diretor Presidente da Sociedade perceberá, além da remuneração fixa, mais 20% (vinte por cento) sobre a aludida, a título de verba de representação.

"§ 2º O diretor Presidente da Sociedade não poderá acumular a remuneração desta condição com a de Presidente do Conselho, sendo-lhe, porém, facultado optar pela mais favorável. A mesma

norma se aplica a outros Diretores que, além do Diretor Presidente, venham integrar o Conselho de Administração.

"§ 3º Ao servidor elevado à condição de Diretor, assegurar-se-á a faculdade de, mediante requerimento, optar pela remuneração do respectivo cargo, sem prejuízo do disposto no parágrafo 1º."

Destarte, não procede a alegação de defesa de que o ato impugnado estava amparado no Estatuto da empresa. Ao contrário, o art. 30, antes transcrito, deixa claro que o ato foi praticado com usurpação da competência reservada à Assembléia Geral, o que o faz nulo, nos termos do art. 2º, "a" e § único, "a", da Lei nº 4.717/65, que estabelece ser nulo o ato lesivo ao patrimônio da sociedade de economia mista praticado por agente que não tenha atribuição legal – competência – para a sua realização.

A incompetência verificada se dá não apenas em face do Estatuto da empresa ré, mas também decorre das disposições da Lei nº 6.404/76, que dispõe sobre as sociedades por ações. O diploma, como dito, fora igualmente invocado como matéria de defesa, com o fim de demonstrar a legalidade do ato combatido.

Ocorre, contudo, que em vez de vir em socorro dos réus, a lei mencionada espanca definitivamente qualquer dúvida eventualmente alimentada quanto à ilegalidade da prática, quando dispõe em seu art. 152, na redação vigente quando da edição da Deliberação nº 13/95.

"Art. 152. A assembléia-geral fixará o montante global ou individual da remuneração dos administradores tendo em conta suas responsabilidades, o tempo dedicado às suas funções, sua competência e reputação profissional e o valor dos seus serviços no mercado."

Assim, também nos termos do Estatuto das Sociedades Anônimas, compete apenas à Assembléia Geral dos acionistas a fixação da remuneração de seus administradores.

Mais ainda, o art. 154, § 2º, "a", da Lei 6.404/76, expressamente veda ao administrador da sociedade anônima praticar qualquer ato que importe liberalidade e que se dê à custa da companhia.

"Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da com-

panhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

"§ 2º É vedado ao administrador:

"a") Praticar ato de liberalidade à custa da companhia;"

Não há dúvida que a aprovação da Deliberação nº 13/95 incorreu em ofensa ao dispositivo. A liberalidade nela representada é evidente, posto que de sua implementação decorreu o pagamento de verbas indevidas a seus diretores, oriundos de seus quadros de funcionários, após a destituição do cargo de direção. Não há ou havia qualquer norma legal que amparasse ou obrigasse ao desembolso, sendo que os pagamentos efetuados indevidamente tiveram como causa e fundamento unicamente a referida Deliberação.

Tais conclusões evidenciam, ainda o requisito exigido pela lei que regula a ação popular para o cabimento da anulação ou declaração da nulidade do ato administrativo, qual seja a existência de consequências deste que se mostrem lesivas ao patrimônio da entidade.

A lesividade, no caso em tela, revela-se precisamente pelo pagamento aos beneficiários do ato nulo de importâncias às quais, nos termos da legislação de regência, não faziam jus, em detrimento inegável do patrimônio ou das finanças da empresa ré.

Há que observar ainda que a Constituição de 1988 erigiu à condição de causa suficiente e autônoma para o cabimento da ação popular a existência de ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

No caso em tela, verifica-se que parte dos responsáveis pela aprovação do ato viciado são também dele beneficiários. Vislumbra-se nisso, pois, ofensa ao princípio da impessoalidade, que nos termos do art. 37 da Constituição Federal deve ser observado na prática de atos administrativos inclusive no âmbito de entidades integrantes da administração indireta estatal.

Esse imperativo constitucional, registre-se, não sofre de embaraço pela previsão, contida também na constituição, em seu art. 173, § 1º, de que a sociedade de economia mista sujeita-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto a seus direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Essa previsão não a exime da necessidade da observância dos preceitos próprios às entidades de ordem pública, especialmente quando

assim prevê expressamente na Constituição Federal, como ocorre com a obrigação de observância dos princípios constitucionais que devem reger a atividade administrativa ou ao controle da lesividade ao seu patrimônio por meio de ação popular, nos termos do inciso LXXIII do art. 5º da Carta Federal.

Por decorrência desse princípio da impessoalidade, a prática de atos administrativos deve estar sempre lastreada em razões relacionadas ao atendimento do interesse público, inadmitindo-se que os motivos do agente público, ainda que não explícitos, se confundam exclusivamente com os seus próprios e pessoais interesses.

Na medida em que o ato tenha sido praticado com finalidade diversa do interesse público, é dizer, dos interesses maiores da própria entidade representada pelos agentes em questão, voltando-se mais ao atendimento de interesses diversos, especialmente quando estes se confundam com os do próprio agente, não há como não reconhecer também ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

Sobre esse princípio, leciona Rodolfo de Carmargo Mancuso, iniciando com a recordação de lição de Hauriou:

"Propunha ele que, além do controle da mera legalidade dos atos administrativos, pelos meios ordinários, impunha-se o contraste de algo mais consistente no exame do eventual desvio de poder na ação administrativa. Fundou o conceito de 'moralidade administrativa' no conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração'. O núcleo desse conceito foi ao depois desenvolvido por Welter (Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative, 1930): 'A moralidade administrativa, que nos propomos estudar, não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras da boa Administração, ou seja: pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o bem e o mal, mas também pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa'.

"A nosso ver, a questão da moralidade administrativa situa-se na zona fronteiriça entre o Direito e a Moral e daí a dificuldade em conceituá-la e uma certa resistência em admiti-la como categoria jurídica autônoma. Mas o Direito e a Moral são espécies do gênero Ética, de sorte que a gestão da coisa pública, que constitui o pano de fundo de toda a ação popular, não pode ser objeto de controle

externo apenas sob o estrito enfoque técnico-jurídico, porque do contrário se chegaria a um controle jurisdicional meramente formal, o que seria de todo insuficiente. Por isso, cremos que dentro da "moralidade administrativa" podem ser considerados estes tópicos: 1) o abuso de direito; 2) o desvio de poder; 3) a razoabilidade da conduta sindicada" (Ação popular, 4ª ed., RT, 2001. p.102).

Ora, como se referiu, a primitiva resistência à admissibilidade da ofensa à moralidade administrativa como fundamento autônomo para o controle dos atos da administração, direta ou indireta, restou definitivamente superada quando a Constituição Federal passou expressamente a prevê-la.

De resto, trata-se de princípios que se apresentam em certo grau interligados, os da impessoalidade e o da moralidade administrativa. Ademais, já a constatação de que o ato fora praticado visando o atingimento de interesses pessoais, ou de qualquer modo distantes do interesse público, a cujo atendimento deve voltar-se toda a atividade administrativa, é substancialmente indicativa da configuração, na hipótese, de desvio de poder.

Este se caracteriza, no dizer da Lei n. 4.717/1965, "quando o gente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência".

É o caso dos autos. Ainda que tivessem os agentes competência para a prática do ato impugnado, não há como admitir que este se tenha realizado visando atingir interesse da empresa ré.

Observe-se que a Deliberação n. 13/1995 seque registra os motivos considerados ou os objetivos pretendidos com sua implementação. A não caracterização da existência de interesse da empresa na prática não somente por isso fica evidenciada, mas também se observa caso, considerando a referência que faz o ato à Deliberação n. 220/1982, se tomem em conta as justificativas apresentadas quando da edição desta.

Invoca a Deliberação a indispensabilidade de observância ao princípio da isonomia salarial.

O fundamento escolhido é totalmente impertinente. Ao contrário do que se pretende sugerir, a medida em si é que implica ofensa à isonomia dos vencimentos. Isonomia haveria – e assim é que o deve

ser – se os diretores, empregados ou não, fossem remunerados nas bases fixadas pela Assembléia Geral, e os empregados não diretores, pouco importando se um dia o foram, tivessem remuneração compatível com suas próprias atribuições, em face da posição que ocupem no plano de cargos e vencimentos da empresa.

Absolutamente ofensivo à igualdade pretendida é, antes, a continuação do pagamento da remuneração a alguém que já deixou de o ser, de modo que, permanecendo posteriormente à exoneração ligado aos quadros da empresa, perceba remuneração substancialmente maior do que aquela paga a um outro empregado, que tenha as mesmas funções e atribuições, mas que ainda, por qualquer que seja o motivo, não tenha sido guindado à posição de direção. Se o empregado, por ser eleito diretor, tem méritos, o que se pode legitimamente esperar é que permaneça na função diretiva, e assim faça jus à remuneração correspondente. Deixando a função, não há razão jurídica ou ética que justifique a continuidade do pagamento.

Dessa forma, ao contrário de estabelecer a isonomia alegada, a medida institui em favor de alguns dos diretores da empresa privilégio inaceitável sob todos os ângulos pelos quais se analise a questão. Assim, mesmo que se tratasse de legítimo exercício de competência legalmente atribuída – o que no caso, como se viu, não ocorre - , ter-se-ia configurado evidente desvio de finalidade.

Não resta, portanto, qualquer dúvida de que a Diretoria Colegiada da Celesc não possuía competência para dispor sobre a remuneração dos seus integrantes. O ato combatido, assim, é inequivocadamente nulo, porque incompetentes os agentes que o praticaram e porque contrário à legislação que rege a matéria, além de se ter desviado da finalidade que legitimamente dele se poderia esperar, nos termos do que estabelece a Lei n. 4.71'7/1965, em seu artigo 2º, *a, c* e *e,* combinado com o parágrafo único, *a, c* e *e* do mesmo dispositivo, *verbis*:

"Art. 2º. São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

a) incompetência;

c) ilegalidade do objeto;

e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;

c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência."

Veja-se que mesmo que o conteúdo do ato ora apreciado estivesse de acordo com as orientações definidas pelo Conselho de Política Financeira do Estado, no exercício de suas atribuições concernentes à "fixação de normas e diretrizes destinadas a compatibilizar a questão administrativa, financeira, orçamentária, salarial e patrimonial das entidades da administração indireta com as políticas, planos e programas governamentais" e à "definição da política salarial a ser observada pelas empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias ou controladas" (art. 38, incisos III e IV, respectivamente) o vício constatado não estaria sanado.

É que, fixadas essas diretrizes, sua observância e implementação deveriam ser realizadas por ato da Assembléia Geral, único órgão da estrutura administrativa da empresa ré com competência para dispor sobre a matéria sobre que versam os autos. Tratando-se de fixação de remuneração de diretores da empresa, a nulidade por incompetência e pela ilegalidade verificada permanecem.

Como lembra o representante ministerial, a matéria já foi bem analisada pelo egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, quando da apreciação de agravos de instrumento contra a decisão que deferiu a liminar pleiteada.

Embora então se registrasse tratar-se ainda de análise perfunctória da matéria, os julgados apresentam já uma análise abrangente da questão.

Vale, por isso, a transcrição, com o fim de incorporá-lo às presentes razões de decidir, do seguinte excerto do voto proferido pelo Desembargador João Martins, condutor do julgamento unânime

pela Quinta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Agravo de Instrumento n. 1999.022339-6:

"3. Também alegaram os agravantes que estão sendo vítimas de perseguição política, uma vez que não foram eles os únicos beneficiários da Deliberação n. 13/95.

"Tal argüição, no entanto, não tem qualquer relevância para o caso em apreço, a não ser o fato de servir de subsídio para a verificação da existência ou não de discrepância entre a vontade declarada nos atos atacados em sede de ação popular e da vontade real dos administradores públicos.

"A discussão sobre a validade da Deliberação n. 13/95 não se encontra substancialmente afastada pelo debate político apresentado pelos agravantes, haja vista que, uma vez verificada a ilegalidade da medida, não é o reconhecimento de eventual atitude premeditada dos autores no direcionamento passivo da ação que pode convalidar o ato a ponto de julgar prejudicada a lide.

"Todavia, ante o disposto no art. 6º, caput, da Lei Federal n. 4.717/65, houve unanimidade durante o julgamento que, ao menos em tese, todos os beneficiários da agregação deveriam ser atingidos pela liminar concedida pelo juiz a quo, razão pela qual caberá ao magistrado de primeiro grau examinar a questão, sob o ponto de vista da extensão dos efeitos da liminar.

"4. Dispõe o art. 1º da Lei n. 4.717/65, norma recepcionada pela CF/88 (art. 5º, LXXIII), que qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio de sociedades de economia mista.

"Possui a Deliberação n. 13/95 o seguinte teor:

"'A Diretoria Colegiada resolveu tornar sem efeito, imediatamente, o item 4 da Deliberação n. 086/94, de 30/03/94, exarado nestes termos: '4 - Estabelecer para os empregados que vierem a assumir cargo de Diretor, vantagem pecuniária, em rubrica a parte, sob a forma de adicional 'vantagem Diretor empregado' no valor equivalente a diferença entre seu salário fixo como empregado e o maior salário fixo de tabela praticado, respeitadas as situações hoje existentes.' Como decorrência, volta a vigorar, em toda a sua plenitude , a Deliberação n. 220/82, no que respeita ao tratamento

salarial dispensado aos empregados que galgam o cargo de Diretor da CELESC. Responsáveis: todos os Diretores'".

"Por sua vez, a Deliberação n. 220/82 está assim redigida:

"'1- A Diretoria, atendendo proposição do Senhor Presidente, considerando a prática adotada na Empresa, de maneira crescente, relativamente à ascensão de empregados à condição de Diretor e, tendo presente ser indispensável à CELESC, em caráter contínuo, o princípio da isonomia salarial, resolveu: 1.1 Assegurar aos empregados eleitos Diretores, que optarem por receber a respectiva remuneração, nos termos do parágrafo 3º, artigo 30, dos Estatutos Sociais, a terem seus méritos funcionais reconhecidos em grau máximo, passando a serem sempre posicionados na mais alta referência salarial, de modo que sua posição seja permanentemente compatibilizada com o mais alto nível na hierarquia dos salários existentes na empresa, assegurando, também, direito ao cômputo na remuneração da maior função gratificada exercida pela Empresa, quando no exercício de cargo de Diretoria. 1.2 - Estabelecer que, quando por força da opção prevista no item 1 desta Deliberação, os empregados Diretores passarem a ter vencimentos superiores aos fixados para a Diretoria, fica assegurado aos Diretores não empregados, o direito de serem automaticamente nivelados. 1.3 - Estender aos ex-Diretores os procedimentos previstos nesta Deliberação, desde que atendidos os requisitos de: 3.1 - Terem sido eleitos Diretores, quando empregados da Empresa; 3.2 - Pertencerem, atualmente, ao quadro de funcionários da CELESC.'"

"Ora, numa análise perfunctória, infere-se que a Deliberação n. 13/95, ofende, no mínimo, o princípio da moralidade pública insculpido no art. 37, caput, da CF, porque, além de ter sido editada pelos próprios diretores beneficiários de seus efeitos, abre ensanchas a que um empregado da CELESC, galgado ao cargo de Diretor, incorpore definitivamente aos seus vencimentos a remuneração correspondente à nova função, ainda que tenha exercido a direção por meras 24 horas.

"Neste sentido, já se pronunciou o Egrégio Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina:

"'A prática de majoração salarial ou de agregação, como queiram, adotada pela CELESC não tem amparo legal e contraria uma série de dispositivos legais e até mesmo constitucionais.

...

"'No caso da CELESC, o funcionário que se torna diretor passa imediatamente a perceber a remuneração mais elevada da companhia - superior aos honorários de diretor estabelecido pelo CPFS - ficando neste nível permanentemente, ainda que tenha exercido a direção por meras 24 horas, ou menos.

"'Em relação ao exercício de 1995 descumpre a CELESC o estabelecido no art. 38, III e IV, e parágrafo único, da Lei Estadual n. 9831/95, e que versa sobre as competências do CPFS, durante o exercício auditado, desconsideradas pela direção da companhia estadual.

"'Como não há base legal a CELESC descumpre ainda o previsto no 'caput' do art. 37 da Constituição Federal, no que se refere à infringência do princípio da legalidade, podendo ainda ser enquadrado o ato da estatal como imoral.

"'Por outro lado, infringe a CELESC o estabelecido no art. 52, § 3º, da Lei Estadual nº 9.831, de 17.02.95, além do art. 154, caput, e § 2º, alínea 'a', da Lei Federal n. 6.404, de 15.12.76.

"'Por fim, ressalte-se que, a princípio, deve a diretoria da empresa suspender imediatamente os pagamento elencados na seqüência, além de cancelar futuros benefícios correlatos" (AOR 0250306/68, ofício Tribunal de Contas/DCE n. 11.925/96).

"Trata-se de ato, em princípio, potencialmente lesivo à entidade paraestatal e repristinador de prática vetusta incompatível com os modernos ditames do interesse público e social.

"Ademais, os agravantes não demonstraram que a deliberação n. 13 de 03.02.95 estava em consonância com a orientação do Conselho de Política Financeira regulado pela Lei n. 8.245/91, diploma vigente à época da deliberação questionada.

"Naquele diploma, estabelecia o art. 30, III e IV:

"'Art. 30 - Ao Conselho de Política Financeira, integrado pelos Secretários de Estado de Planejamento e Fazenda, seu Presidente,

da Justiça e Administração, da Casa Civil e pelo Procurador-Geral do Estado, compete assessorar o Governador do Estado:

...

"'III - na fixação de normas e diretrizes destinadas a compatibilizar a questão administrativa, financeira, orçamentária, salarial e patrimonial das entidades da administração indireta com as políticas, planos e programas governamentais;

"'IV - na definição da política salarial a ser observada pelas empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias ou contratadas."

"Também não se olvide que o art. 152 da Lei das S.A. confere à assembléia geral, e não à diretoria, a competência para fixar 'o montante global ou individual da remuneração dos administradores, inclusive benefícios de qualquer natureza e verbas de representação'.

"Ora, há mais de uma década que o instituto da agregação foi abolido pela administração pública do Estado de Santa Catarina, sendo seu revigoramento incompatível com as modernas políticas governamentais.

"Apenas a título de ilustração, a Lei Complementar Estadual n. 36 de 18.04.91 - que não coincidentemente foi aprovada na mesma data que a mencionada Lei Estadual n. 8.245/91 - revogou o art. 90 da Lei Estadual n. 6.745/85, que dispunha sobre o instituto da agregação aos servidores públicos da administração direta do Estado de Santa Catarina. Desde então a matéria não voltou a ser deliberada legislativamente.

"Assim, deveria o agravante ter demonstrado que a Deliberação n. 13/95 estava de acordo com os ditames do novel Conselho de Política Financeira do Estado, tal como determinado pelo art. 30, III e IV da então vigente Lei Estadual n. 8.245/91, hoje revogada pela Lei Estadual 9.831/95, cujo art. 38, III e IV, contém dispositivo semelhante."

No mesmo sentido as decisões proferidas no julgamento dos Agravos de Instrumento n. 00.012059-6 e 00.000399-9.

> Por fim, embora, como já se observou alhures, que a manifestação do Tribunal de Contas não é vinculante ou impeditiva da apreciação da matéria pelo Poder Judiciário, cabe destacar, em face dos documentos juntados às fls. 1831 e seguintes, que neles não se vislumbra, ao contrário do alegado (fls. 1.829), que a Corte de Contas considerou que a Deliberação n. 220/82 atenderia aos princípios da legalidade e da impessoalidade, assim validando seus efeitos, conclusão que se estenderia à Deliberação n. 13/1995.
>
> **Às fls. 1852 consta, com efeito, cópia do Acórdão n. 1820/2004, proferido em sessão plenária do Tribunal de Contas realizada em 13 de outubro de 2004, em cujo item 6.2 julgou irregulares as contas prestadas, condenando o ordenador primário da despesa ao devido ressarcimento, em face de "ato de liberalidade do administrador na gestão de recursos públicos, prática vedada pelo art. 154, *caput* e §2º, alínea *a*, da Lei Federal n. 6.404/1976, conforme apontado no item 5 do Relatório DCE".**
>
> E, finalmente, o acórdão n. 0520/2005, também do Pleno do TCE, julgando recurso contra aquele acórdão n. 1820, apenas modificou o item 6.5.1 da decisão recorrida, ratificando-a em seus demais termos.
>
> Ainda há que se observar que não se pode pretender ver existente direito adquirido dos réus à complementação salarial combatida na medida em que baseada a pretensão em ato reconhecidamente nulo.
>
> Da análise realizada resulta, como dito, ser nula a Deliberação n. 13/1995, porque praticada por agentes que para tanto não possuíam competência, ofendendo os princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade. Em razão da lesão reconhecida à empresa ré, e da necessidade da sua recomposição, hão de ser responsabilizados tanto os responsáveis pela prática do ato, quem sejam os diretores que aprovaram a edição da Deliberação n. 13/1995, bem com dos réus que dela diretamente se beneficiaram (sem grifo no original).

Impossibilidade da restituição dos valores recebidos pelos beneficiários, sob pena de ofensa ao direito adquirido e por se cuidar de verba alimentar – aplicação do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade

O artigo 11 da Lei n. 4.717/1965 prevê que a sentença que julgar procedente a ação popular, além de decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela prática e os beneficiários dele.

No caso, as perdas e danos estão consubstanciadas na parcela correspondente à incorporação paga àqueles que exerceram o cargo de diretor na Celesc e depois dele se afastaram, retornando aos cargos de origem.

O caráter vencimental da verba não impede a devolução e muito menos, há falar em direito adquirido à sua percepção.

Em se tratando de ato escancaradamente lesivo aos princípios da moralidade e da legalidade, como ocorre *in casu,* entende o Supremo Tribunal Federal que inexiste o direito adquirido.

Veja-se:

> Tratando-se de vedação constitucional, revela-se inadmissível a invocação, contra o texto da Constituição da República, de situação alegadamente configuradora de direito adquirido. É preciso não perder de perspectiva que situações inconstitucionais não podem justificar o reconhecimento de quaisquer direitos (RE 174.193-SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU de 07/12/94). Esse entendimento - segundo o qual não há direito adquirido contra o disposto na Constituição (RE 168.079-SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO) - assenta-se no postulado da irrecusável supremacia das cláusulas constitucionais e reflete tanto a posição do magistério doutrinário (CARLOS MAXIMILIANO, "Direito Intertemporal", p. 325, item n. 280; PONTES DE MIRANDA, "Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969", tomo VI/385-392, 2ª ed., 1974, RT; CELSO RIBEIRO BASTOS, "Comentários à Constituição do Brasil", vol. 2/191, 1989, Saraiva; PINTO FERREIRA, "Comentários à Constituição Brasileira", vol. 1/148-149, 1989, Saraiva; FRANCISCO CAMPOS, "Pareceres do Cunsultor-Geral da República", vol. 29/386) quanto a orientação jurisprudencial dos Tribunais, especialmente do Supremo Tribunal Federal (RDA 24/57 - RDA 34/205 - RDA 38/259 - RDA 54/215 - RDA 108/65

> - RF 134/423 - RTJ 68/9-15) (STF, MS n. 22.710 MC/SP, rel. Min. Celso de Mello).

Além disso, o ato normativo que resultou no aumento da remuneração dos réus não encontrava amparo legal, como exaustivamente demonstrado na sentença, e, nos dizeres do Professor José Augusto Delgado, Ministro do Superior Tribunal de Justiça:

> Direito adquirido é toda vantagem que, proveniente do fato jurídico concreto, **que a lei determinou, consentâneo com a lei então vigente,** alguém incorpora definitivamente ao seu patrimônio, desde quando começa a produzir efeito últil, dele não podendo ser subtraída por mera vontade alheia (O direito adquirido nas relações de direito privado e nas relação de direito público, *in* Revista de Julgados – TAMG, número comemorativo dos seus vinte anos, p. 13 e seguintes, sem grifo no original).

Impende igualmente destacar o magistério do saudoso mestre administrativista Hely Lopes Meirelles:

> Ato nulo é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos, ou no procedimento formativo. A nulidade pode ser explícita ou virtual. É explícita quando a lei comina expressamente, indicando os vícios que lhe dão origem; é virtual quando a invalidade decorre da infringência de princípios específicos de direito público, reconhecidos por interpretação das normas concernentes ao ato. Em qualquer destes casos, porém, o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido entre as partes, **pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei** (*Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Rio de Janeiro, p. 169).

A restituição dos valores indevidamente recebidos é corolário do exposto. Observe-se que a hipótese não contempla a prestação de serviço por contratação irregular, caso em que, não raro, entende-se que é impossível a condenação do servidor à devolução, em que pesem as opiniões em contrário. O que se tem aqui é um acréscimo definitivo ao salário, pura

e simplesmente, sem razão e respaldo legal para tanto. Imoral sob todos os aspectos!

Afora isso, é forçoso convir que a apregoada boa-fé dos beneficiários é inaceitável, porque tinham plena ciência do que ocorria, e, salvo tivessem um código de valores bastante desvirtuado, não lhes poderia passar desapercebida a estranheza da situação.

Em julgado do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, bem se disse que:

> A moralidade administrativa se caracteriza como uma moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração. Daí Alexandre de Moraes transcrever a lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro no sentido de que "não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir, entre os sacrifícios impostos às autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos. Por isso mesmo a imoralidade salta aos olhos quando a Administração Pública é pródiga em despesas legais, porém inúteis, como propaganda ou mordomia, quando a população precisa de assistência médica, alimentação, moradia, segurança, educação, isso sem falar no mínimo indispensável à existência digna" (*Direito constitucional.* 3ª ed., p. 283).

De outro vértice, o artigo 11 da LAP assegura aos beneficiários o direito de regresso contra os funcionários causadores do dano, quando incorrem em culpa.

Sobre o tema, veja-se precedente da boa lavra do Ministro Edson Vidigal, assaz taxativo, *mutatis mutandis*:

> E nem se diga que se estará havendo locupletamento ilícito por parte do Estado. Na verdade, o Estado é vítima da aberrante ilegalidade praticada, suportando encargos indevidos.

> De fato, o direito repudia situações de falta de causa na produção de riqueza e isso não significa que o Estado ou ente público estará prejudicando terceiros, pois a causa do eventual dano deverá ser suportada por quem deu causa.
>
> Acontece que a lei de ação popular vislumbra em seu art. 11 hipótese em que se afasta exatamente o caso de locupletamento ilícito, pois se prevê o instituto de regressão contra o funcionário causador do dano. Desta forma, está compatibilizado o sistema, pois se deve perquirir o responsável pelo evento danoso, imputando-lhe o resultado e as consequências jurídicas, portanto, as pessoas que exerceram as funções e trabalharam não serão prejudicadas ao terem de devolver os respectivos valores recebidos, pois poderão buscar do administrador o justo valor do trabalho despendido, a título indenizatório.
>
> **Com efeito, no conflito entre interesses privados e públicos, estes últimos devem ser privilegiados, pois interessam à coletividade e à própria estrutura do Estado** (REsp n. 94244/RS, sem grifo no original).

Aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade

Foram invocados no recurso de Cesar Augusto Bleyer Bresola, para quem eles devem ser necessariamente aplicados à espécie, uma vez que a devolução dos valores recebidos pelos réus fere o direito fundamental à irredutibilidade dos vencimentos e da percepção de uma remuneração compatível com a extensão e a complexidade do trabalho realizado.

O mesmo apelante traz considerações pertinentes sobre o tema, amplamente conhecidas no Judiciário, de que, por certas vezes, atos irregulares impõem-se mantidos, desde que adequados, idôneos e necessários.

Veja-se:

Verificar se as restrições de direitos fundamentais, por exemplo, verificadas numa lei, foram realizadas com a observância dos requisitos formais da Constituição não é suficiente, cumpre analisar se as condições impostas se revelam incompatíveis com o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, avaliando os subprincípios deste, ou seja, ade-

quação ou idoneidade e necessidade ou exigibilidade (http://jusvi.com/artigos/20745).

Os princípios precitados pautam usualmente a dosimetria das sanções decorrentes da prática de ato de improbidade, especialmente no que pertine à cumulação, ou não, das sanções.

Ocorre que, no âmbito da ação popular, em que a condenação ao ressarcimento das perdas e danos é consequência inafastável da procedência do pedido principal, não há discutir.

Na precisão lição de Rodolfo de Camargo Mancuso:

> [...] a só desconstituição do ato impugnado não bastaria para a satisfação da vera finalidade da ação popular, sendo necessário que, ao decreto de nulidade, se siga a condenação dirigida ao(s) responsável(is): "o ato inválido, por lesivo, constitui ilícito gerador de prejuízo, e justifica a atribuição da natureza condenatória reparado à sentença que acolhe o pedido do autor. Não fosse assim, a defesa do patrimônio público não se comporia, e não se obteria a finalidade precípua da ação popular, como instrumento de controle de atos do poder público ou equiparados, no que respeita à moralidade administrativa."
>
> [...]
>
> Nem a Lei n. 4.717/1965 diz outra coisa, porque, se o seu art. 11 começa por dizer que a sentença deve "decretar a invalidade do ato impugnado", na sequência imediata acrescenta\; "...Condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficários dele...". **Na verdade, esse efeito condenatório é necessário e imanente à sentença da ação popular, operando outro efeito principal, cumulado ao desconstitutivo, até porque o art. 14 diz que o valor da lesão será "indicado na sentença', ou "apurado na execução", não deixando dúvida de que a sentença que desconstitui o ato indigitado como ilegal e lesivo deve, *ipso facto*, condenar os responsáveis e os beneficiários a reparar o dano ao erário ou a repor as coisas ao *statu quo ante*, conforme o caso.**

> **Esse *cúmulo objetivo,* além de respaldado pelo art. 292 e parágrafos do CPC, é de tal modo inerente à demanda popular que deve o juiz pronunciá-lo *sempre* que acolher a ação, ainda que o autor, por lapso, não o tenha formulado, explicitamente na inicial** [...] (*Ação popular*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 262-263, sem grifo no original).

Vale dizer: a Deliberação n. 013/1995 é um daqueles atos marcados pela nítida intenção dos que se valem do cargo para angariar vantagens ilegais e imorais, prática nefasta e, lamentavelmente, um dos flagelos do País.

Restam os recursos de Paulo Ernani da Cunha Tatim, Cesar Augusto Bleyer e Sebastião Hulse. Todos, por motivos diversos, afirmam que não têm legitimidade para residir na lide. Anoto que as razões de mérito que apontaram, ficam rejeitadas na forma da fundamentação já exposta.

Paulo Ernani da Cunha Tatim (fl. 1.991)

Foi eleito para ocupar o cargo de Diretor Econômico-Financeiro em 2-1-95, nele permanecendo até 22-3-96. Posteriormente, foi nomeado Diretor-Presidente, afastando-se em 12 de agosto de 1997. Sustenta que, editada a Deliberação n. 13, em 30 de março de 1994, não pode ser responsabilizado pela sua elaboração e aprovação, muito menos dela se beneficiou.

As datas indicadas pelo réu são verdadeiras, conforme documentos de fls. 64 e 66. Mas isso em nada o socorre. Embora não tenha participado da elaboração e da aprovação da malsinada Deliberação, usufruiu do benefício que ela instituiu pelo menos até o cumprimento da decisão concessiva da liminar, proferida em 22-10-99 (fl. 332), que determinou a suspensão dos pagamentos. E tanto são réus as autoridades responsáveis pela prática do ato quanto os beneficiários (artigo 6º da Lei n. 4.717/1965).

Cesar Augusto Bleyer Bresola (fl. 2.030)

Alega que só passou a receber o acréscimo salarial impugnado quatro anos após o seu surgimento, ou seja, não participou de nenhum evento ou reunião que objetivasse a sua criação, afora o fato de que houve tempo suficiente para que os órgãos de controle estatal tomassem alguma providência.

Esse último argumento chega a ser pueril. A aquiescência dos órgãos de controle não legitima o ato. Além disso, em 5 de dezembro de 1996, o Diretor-Geral do Tribunal de Contas encaminhou ofício ao Diretor-Presidente da Celesc solicitando providências com o fim de sanear a irregularidade (fl. 34). Ainda que ela se referisse à Deliberação n. 220/1982, já era forte indicativo de que não havia uma absoluta inércia. O lamentável é que, a despeito disso, ela acabou por ser restabelecida. Doutra banda, o fato de o apelante ter passado a receber o valor passados quatro anos da edição da Deliberação n. 013/1995 não altera a sua condição de beneficiário do ato lesivo ao erário.

Sebastião Hulse (fl. 2.247)

Assinala que não foi beneficiário direto do ato, e que, nesse passo, condená-lo ao ressarcimento dos danos juntamente com os demais requeridos dará azo a um *bis in idem*.

A alegação é inconvincente. A Ata da Reunião do Conselho de Administração de fl. 63, realizada em 2 de janeiro de 1995, acusa a eleição de Sebastião Hulse para o cargo de Diretor de Engenharia e Operação. Malgrado, à época, a Deliberação n. 13/1995 ainda não estivesse em vigência, permaneceu no cargo pelo menos até 21 de março de 1996, quando tomou posse Homero Sérgio Pasa (fl. 69). Enfim, beneficiou-se do ato atacado tal qual os demais.

Quantificação das perdas e danos

Inicialmente, cumpre trazer mais uma vez à baila os ensinamentos de Rodolfo de Camargo Mancuso, de que "em se cuidando de ressarcimento pecuniário, este deve ser absolutamente integral, corrigindo-se cumpridamente o valor da lesão, à época do ressarcimento. O débito apurado em ação popular não é dívida de dinheiro, e sim dívida de valor, e como tal deve ser tratado" (op. cit., p. 324).

O fato de as perdas e danos não terem sido quantificadas no *decisum não* dá azo a nenhuma nulidade. Obviamente que correspondem aos valores recebidos pelos beneficiários, em sua totalidade, responsabilizados solidariamente pelo ressarcimento também os responsáveis pela prática do ato. A apuração do *quantum* deverá ser feita na fase própria, porquanto dependente de perícia. É o que determina o artigo 14 da Lei de Ação Popular.

Na apuração do *quantum*, devem ser incluídas apenas as parcelas recebidas pelos beneficiários quando já destituídos do cargo de diretor, na proporção da diferença de seus ganhos legais e ilegais.

No que concerne àqueles réus responsáveis pela edição do ato, quais sejam, os componentes da Diretoria da Celesc à época, a saber, Paulo Roberto Meller, Edison da Silva Jardim, Paulo Ernani da Cunha Tatim, Sebastião Hulse e Antônio dos Santos (fl. 37), a sua responsabilidade é solidária (TJSP, Embargos Infringentes n. 99.135-5/8-03).

É imperativo dizer que o dispositivo da sentença contém erro material, corrigível de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição (artigo 463, inciso I, do CPC). É que reputou como autoridades apenas responsáveis pelo ato Paulo Roberto Meller, Paulo Ernani da Cunha Tatim e Sebastião Hulse. Quanto a este último, já ficou devidamente esclarecido que também foi beneficiário do ato, o que ocorreu também comPaulo Ernani da Cunha Tatim. Com relação a Paulo Robert Meller, é incontroverso que foi

Diretor-Presidente da Celesc até 22 de março de 1996; logo, na vigência da Deliberação n. 013/1995. Por corolário, é igualmente beneficiário.

Recurso dos autores

Nem se cogita da ocorrência de má-fé, e, somente se ela ficasse caracterizada, é que caberia a sua condenação em custas e honorários advocatícios. Cuida-se de mandamento constitucional (inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal). Daí o provimento do apelo.

A respeito, confira-se:

> Encargos de sucumbência na ação popular. ausência de má-fé. diante da reforma da sentença, os encargos sucumbenciais devem ser alterados, recaindo a sucumbência aos autores da ação popular, que, todavia, não merecem suportá-los, diante da isenção atribuída constitucionalmente ao autor da referida demanda quanto ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, "salvo comprovada má-fé" (inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal), e considerando-se a ausência de comportamento malicioso dos postulantes, o que não se justificaria a sua condenação ao pagamento de tais ônus (REsp 781453, rel. Mauro Campbell Marques).

Recurso da Celesc

A empresa aduz que está isenta do pagamento dos honorários advocatícios. Sem razão, uma vez que optou por aliar-se aos demais réus, na tentativa frustrada de demonstrar a legitimidade do ato. O que não se admitiria seria a sua condenação ao ressarcimento do dano, pois "não teria lógica que essa pessoa ou entidade, ainda que tenha contestado a demanda, fosse condenada a pagar perdas e danos ou devolver bens ou valores a si mesma [...]" (MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança. Ação popular. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 158).

Não obstante, a sua irresignação comporta provimento tão somente para arbitrar os honorários advocatícios em quantia fixa, nos termos do

parecer ministerial, da boa lavra do Dr. Aurino Alves de Souza, ou seja, em R$ 2.000,00, quantia que se reputa mais condizente com o labor do causídico dos autores, observado que subsiste o critério adotado para os demais requeridos.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso dos autores e parcial provimento ao recurso da Celesc.

Por fim, faz-se o registro de que, embora o processo trate de fatos ocorridos há bastante tempo, os autos chegaram (por redistribuição) a este gabinete somente em 29 de outubro de 2009.

DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara decidiu, por votação unânime, prover parcialmente o recurso da Celesc, prover o recurso dos autores e desprover o os demais.

O julgamento, realizado no dia 1º de dezembro de 2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz.

Florianópolis, 15 de janeiro de 2010.

Vanderlei Romer
RELATOR

Apelação Cível n. 2008.018197-1, da Capital

Relator: Des. Vanderlei Romer

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS RESULTANTE DA CASSAÇÃO DO MANDATO DO AUTOR, VEREADOR DE FLORIANÓPOLIS, EM QUE SE POSTULA, PRIMORDIALMENTE, SUA REINTEGRAÇÃO NO CARGO. ACOLHIMENTO DO PLEITO INAUGURAL NA INSTÂNCIA *A QUO*. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRELIMINAR DE NULIDADE DO FEITO, AO FUNDAMENTO DE QUE A CÂMARA MUNICIPAL DEVERIA OBRIGATORIAMENTE INTEGRAR O FEITO NO POLO PASSIVO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 47 DO CPC. NULIDADE ABSOLUTA. RECURSO PROVIDO.

Hipótese em que o autor afirma que o processo administrativo que culminou com a perda do seu mandato de vereador foi nulo, porquanto levado a cabo sem a observância das normas internas que o regulam e dos princípios constitucionais do devido processo legal e do exercício da ampla defesa, pretendendo, nesse passo, a sua reintegração no cargo e o ressarcimento dos danos materiais e morais que afirma ter sofrido.

Pleito julgado procedente no primeiro grau de jurisdição, com antecipação de tutela, em sentença que é objeto de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público.

Análise das razões recursais que se impõe, não obstante a renúncia do edil ao cargo de vereador e do direito às indenizações postuladas.

Apreciação da matéria de mérito que, por ora, afigura-se inviável, diante da ocorrência de nulidade absoluta, consistente na não integração ao feito da Câmara Municipal de Florianópolis, que, *in casu*, detém capacidade plena para residir em juízo.

É que, em se tratando de procedimento que culminou com a cassação de edil, tem-se matéria *interna corporis,* que, na ensinança de Michel Pinheiro, "são questões ou assuntos que entendem direta e imediatamente com a economia interna da corporação legislativa, com seus privilégios e com a formação ideológica da lei, que, por sua própria natureza, são reservados à exclusiva apreciação e deliberação de Plenário da Câmara. Tais são os atos de escolha da Mesa (eleições internas), os de verificação de poderes e incompatibilidades de seus membros (**cassação de mandatos**, concessão de licenças, etc.) e os de utilização de suas prerrogativas institucionais (modo de funcionamento da Câmara, elaboração de Regimento constituição de Comissões, organização de Serviços Auxiliares, etc.) e a valoração das votações" (http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1563, sem grifo no original).

"Consagrada a tese na doutrina e na jurisprudência, inclusive do Supremo, faz-se necessário qualificar e identificar interesses e prerrogativas institucionais. Colho de julgados da própria Corte Maior o entendimento de que todo e qualquer ato, bem assim decisão judicial que importe em obstruir o exercício das funções constitucionais inerentes aos Poderes, autoriza qualquer dos seus órgãos, mesmo sem ter ele personalidade jurídica própria, a defender-se judicialmente, principalmente quando o faz pela indevida interferência de outro Poder.

"Assim, limita-se a exceção às hipóteses em que houver embaraço ao exercício de alguma função institucional de um órgão, por parte de outro órgão, principalmente quando pertencerem a Poderes distintos" (REsp. n. 649.824/RN, rela. Mina. Eliana Calmon).

Enfim, como admitir que o Legislativo Municipal, o qual deliberou e decidiu pela cassação do mandato do vereador, seja

obrigado a reintegrá-lo em sua Casa por decisão judicial, sem que ao menos figurasse como parte do processo?

Afora o aspecto patrimonial, já enfocado, que à toda evidência não é o móvel principal da ação, qual a legitimidade do Poder Executivo para defender deliberação inerente às prerrogativas dos integrantes do Legislativo?

A sua não participação no feito dá azo à nulidade absoluta *ex officio*, por ser matéria de ordem pública, de modo que, independentemente de sua arguição pelo *parquet*, impunha-se conhecida e declarada.

Daí porque se decreta a nulidade do feito a partir da sentença, inclusive, para determinar a citação da Câmara Municipal de Florianópolis, por meio de sua Mesa Diretora (artigo 47 do Código de Processo Civil).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.018197-1, da comarca da Capital (Unidade da Fazenda Pública), em que é apelante o representante do Ministério Público, e apelado Marcílio Guilherme Ávila:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, unânime, prover o recurso para decretar a nulidade do processo a partir da sentença, inclusive, para determinar a citação da Câmara Municipal de Florianópolis, através de sua Mesa Diretoria. Custas de lei.

RELATÓRIO

Trata-se de demanda proposta por Marcílio Guilherme Ávila, "agente político" (*sic,* fl. 2) contra o município de Florianópolis, denominada de "ação de indenização por danos materiais e morais com pedido de anteci-

pação de tutela" para que seja declarada a nulidade da decisão da Câmara de Vereadores de Florianópolis, a qual cassou o seu mandato ao argumento básico de que o respectivo processo ético-disciplinar infringiu normas regimentais e, sobretudo, desrespeitou os princípios constitucionais do devido processo legal e o da ampla defesa.

Quer o autor, ao final da inicial, a procedência da ação, com especial ênfase à antecipação de tutela, a declaração de nulidade do processo que implicou na perda do seu mandato de vereador e a condenação do município de Florianópolis ao pagamento de indenização de danos materiais no valor de R$ 88.590,00 (oitenta e oito mil quinhentos e noventa reais) e dos danos morais a serem arbitrados pelo juízo.

Contestou a Municipalidade. Arguiu preliminarmente sua ilegitimidade passiva *ad causam*, trazendo a lume doutrina e precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em casos tais, mesmo não tendo personalidade jurídica, a legitimidade, quando se questiona o exercício de qualquer das funções constitucionais inerentes à Câmara Municipal é, exclusivamente, do Poder Legislativo Municipal, por intermédio de sua Mesa Diretora.

No mérito, defendeu o acerto do procedimento do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar, e, via de consequência, pugnou pela improcedência do pedido indenizatório.

O vereador acionante já havia impetrado um mandado de segurança (autos n. 230713562-4) contra o Presidente da Câmara de Vereadores de Florianópolis açoitando o procedimento até então instaurado. Ao não obter a liminar, desistiu do *writ* e logo depois da cassação, impetrou nova ordem (MS n. 02307103780-5) também contra o Presidente do Legislativo Municipal, agora a fim de obter a decretação da nulidade do ato que impôs a perda do mandato. Quando a presente ação foi ajuizada, o

segundo *mandamus*, cuja segurança viria a ser denegada, ainda estava em curso (fls. 2-v e 284).

O Ministério Público de primeiro grau, que olhou o litígio apenas sob o aspecto patrimonial, não vislumbrou interesse público a justificar a sua intervenção (fl. 208).

O Dr. Domingos Paludo afastou a preliminar de ilegitimidade passiva e, no mérito, julgou a ação procedente para declarar nulo o ato de cassação do vereador Marcílio Guilherme Ávila e para condenar o município de Florianópolis ao pagamento de danos morais, os quais arbitrou em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), cumulando a decisão, na mesma peça, com a antecipação da tutela (fls. 209-218).

Tão logo foi cumprido o mandato de reintegração à Câmara Municipal, o autor renunciou ao seu mandato e ao direito à percepção da indenização fixada pelo juízo (fls. 315-321).

Contra a sentença foram interpostos recursos de apelação pelo Partido Progressita, pelo vereador Dalmo D. Meneses, pelo Presidente da Câmara Municipal de Florianópolis e pelo Ministério Público de Santa Catarina, todos eles não admitidos pelo Juiz de primeiro grau.

O apelo do Ministério Público acabou sendo recebido, no duplo efeito, por força de decisão proferida no Agravo de Instrumento n. 2007.057188-5.

Contra-arrazoado o recurso, lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. João Fernando Borrelli, que opinou, preliminarmente, pela baixa dos autos porquanto o autor não foi intimado para responder aos recursos, e, no mérito, pelo provimento do apelo do *parquet*.

Cumprida a promoção ministerial, retornou o feito.

Concluso o processo para julgamento, Marcílio Guilherme Ávila anexou cópia do acórdão proferido na Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2007.061810-7, que entendeu pela ilegalidade do processo de cassação de outro vereador, qual seja, Juarez da Silveira, na mesma sessão.

VOTO

O Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara Municipal de Florianópolis instaurou procedimento ético-disciplinar contra o seu vereador Marcílio Guilherme Ávila, no qual dita Casa Legislativa decidiu pela declaração da perda de mandato por infração às disposições normativas que o próprio ato especifica (fl. 68).

Por entender que o procedimento disciplinar legislativo feriu norma regimental, como v.g. a participação de autores da representação acusatória no Conselho e a não observância dos preceitos constitucionais do devido processo legal e o da ampla defesa, o aqui apelado impetrou dois mandados de segurança, noutra Unidade Judiciária do mesmo foro da Capital. Um quando o processo administrativo ainda estava em curso e outro quando já cassado. Estes foram direcionados contra o **Presidente da Câmara de Vereadores**. Não logrou êxito em nenhum deles.

Foi proposta então (embora ainda não findo o segundo *writ*), noutra Unidade Judiciária, **esta ação agora somente contra o município de Florianópolis** (!) e com a roupagem de pedido indenizatório, mas que concentra exatamente o mesmo pedido nuclear dos pleitos de segurança – a declaração de nulidade do processo que redundou na perda do mandato pelos mesmos fatos e fundamentos jurídicos dos mandados de segurança.

Ora, a imposição de reparação patrimonial, fosse sincero este pleito, seria mero acessório, simples consequência do verdadeiro cerne da questão, que diz respeito apenas e exclusivamente ao procedimento *interna corporis*

do Legislativo Municipal no estrito exercício e defesa de seus interesses e prerrogativas institucionais, o que, se não o dota de personalidade jurídica, confere-lhe personalidade judiciária plena, isto é, capacidade processual para integrar a lide.

Basta a leitura superficial da narração inaugural para constatar que todo o procedimento ético disciplinar dito impregnado de vícios e nulidades insanáveis, correu no leito interno da Câmara de Vereadores, sem a mínima injunção do Poder Executivo. Houvesse irregularidade ou nulidade a ser sanada, apenas à Mesa Diretora da Câmara poder-se-ia impor tal ônus.

O Legislativo Municipal de Florianópolis, tendo deliberado pela perda do mandato de vereador, não poderia ser obrigado a reintegrá-lo sem ter sido parte do processo (art. 472 do CPC).

Fosse caso em que a anulação do ato legislativo fugisse à esfera da defesa das prerrogativas institucionais e constitucionais da Câmara, restringindo-se o objeto da lide simplesmente às consequências pecuniárias, aí sim, a responsabilidade ressarcitória = legitimidade passiva estaria restrita ao Município como ente público.

Só que o caso *sub judice* é outro.

Salta aos olhos de qualquer inteligência mediana, quer pelo que se colhe das antecedentes ações de segurança, quer pela conduta imediatamente posterior à reintegração no cargo de vereador, que o real objetivo do autor nunca foi a reparação por danos, materiais ou morais, nem a recondução à cadeira legislativa para o regular exercício do restante do mandato.

Fez-se uma ode digna de Píndaro quanto ao direto de exercer a vereança e verdadeiro libelo contra uma suposta decisão afrontosa à honra do edil, dita só reparável por dinheiro, para logo após a efetivação da temerária antecipação da tutela constatar-se que nenhum desses objetivos eram sinceros.

O *parquet* traz pertinente observação a respeito:

> Ora, se efetivamente o fim era conquistar o direito à defesa e obediências às formalidades legais, supostamente cerceados, mantendo hígido o mandato, a reintegração determinada pela sentença vinha justamente ao encontro dos anseios expostos na inicial. Todavia, o autor, demonstrado seu verdadeiro intento, tratou logo de renunciar (cópia anexa), o que equivale a uma verdadeira negação do almejado direito de defesa. Fato que denota, na verdade, a utilização do sistema de Justiça de forma dissimulada, para concretização de um artifício eleitoral, e a completa ausência de argumentos meritórios, sendo a renúncia o único caminho possível (fl. 477).

Os fatos subsequentes efetivamente revelaram que o intuito foi apenas o de se livrar da sanção de inexigibilidade para futuros cargos eletivos. Mas isto é decisão política quando analisa ética e decoro parlamentar. Aliás, é o próprio apelado que afirma no expediente endereçado à Câmara:

> Sei que a decisão de cassação é mera decisão política (fl. 318).

Logo, tal deliberação não poderia ter sido subtraída do Legislativo Municipal, mesmo que – para argumentar apenas – tivesse que ser renovado o processo ético-disciplinar, o que apenas vem ratificar a sua legitimidade passiva e a imperiosa necessidade de participar da relação processual.

É da doutrina de Michel Pinheiro:

> *Interna corporis* são só aquelas questões ou assuntos que entendem direta e imediatamente com a economia interna da corporação legislativa, com seus privilégios e com a formação ideológica da lei, que, por sua própria natureza, são reservados à exclusiva apreciação e deliberação de Plenário da Câmara. Tais são os atos de escolha da Mesa (eleições internas), os de verificação de poderes e incompatibilidades de seus membros (cassação de mandatos, concessão de licenças, etc.) e os de utilização de suas prerrogativas institucionais (modo de funcionamento da Câmara, elaboração de Regimento constituição de Comissões, organização de Serviços Auxiliares, etc.) e a valoração das votações (http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1563).

Estranho é também o silêncio total acerca da evidente e óbvia conexão com o mandado de segurança então em curso e o injustificável não recebimento do recurso de apelação da Câmara de Vereadores de Florianópolis, nem mesmo como *terceiro interessado* (art. 499, CPC).

Por tais razões é decretada a nulidade do processo a partir da sentença de fls. 209-218, inclusive, com efeitos *ex tunc*, para que seja feita a citação da Câmara Municipal de Florianópolis, por intermédio de sua Mesa Diretora.

Na parte em que a sentença concedeu a antecipação da tutela, esta obviamente também nula, os seus efeitos são imediatos, em face do princípio da não suspensividade, diante de eventual recurso (REsp. n. 648.886, rela. Mina. Nancy Andrighi).

Independemente das intimações de lei, comunique-se a decisão às partes interessadas, por ofício com A.R.

DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara decidiu, por votação unânime, prover o recurso para decretar a nulidade do processo a partir da sentença, inclusive, para determinar a citação da Câmara Municipal de Florianópolis, através de sua Mesa Diretora.

Participaram do julgamento, realizado no dia 15 de dezembro de 2009, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz e Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. André Carvalho.

Florianópolis, 18 de janeiro de 2010.

Vanderlei Romer
RELATOR

Apelação Cível n. 2009.061971-0, de Armazém

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE FUNCIONÁRIOS – AUSÊNCIA DO ATO DE NOMEAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAR EM QUAL LEI ESTÃO AMPARADAS AS CONTRATAÇÕES – VIOLAÇÃO AO ART. 37, INCISO IX, DA CRFB/88 E ART. 11 DA LEI N. 8.429/92 – APLICAÇÃO DE MULTA CIVIL (ART. 12, III, LEI N. 8.429/92) – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.
>
> "A nomeação de servidor público para cargo efetivo sem amparo legal implica em ato de improbidade administrativa por ofensa ao princípio da legalidade e impõe a aplicação das sanções específicas. A pena ressarcitória, entretanto, deve ser sopesada diante da efetiva prestação do serviço, do contrário ensejará enriquecimento ilícito da Administração." (Apelação cível n. 2002.026823-8, de Itaiópolis, j. 12.06.2007)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2009.061971-0, da comarca de Armazém (Vara Única), em que é apelante Rudinei Carlos do Amaral Fernandes, e apelado Representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por Rudinei Carlos do Amaral Fernandes contra a sentença que, na ação civil pública por ato de impro-

bidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público em face do recorrente, pelo fato deste, na condição de Presidente da Câmara Municipal, ter contratado três funcionários sem a realização de concurso público, julgou parcialmente procedente o pedido para condená-lo ao pagamento de multa civil no valor de 5 (cinco) subsídios mensais por ele recebidos quando Presidente da Câmara de Vereadores, corrigidos monetariamente da data do recebimento respectivo subsídio até a satisfação da obrigação, por infringência ao disposto no art. 37 da Constituição Federal e art. 11, *caput*, da Lei n. 8.429/92. Tendo em vista que o requerido decaiu de parte mínima dos pedidos, deixou de condená-lo ao pagamento das custas processuais. (fls. 451/458).

Nas razões recursais o apelante sustenta carência de ação por ilegitimidade passiva *ad causam*, tendo em vista que na ação trabalhista movida por uma das funcionárias contratadas sem a realização de concurso público, reconheceu-se que referida contratação foi feita pelo próprio Município e não pelo Presidente da Câmara de Vereadores, como afirma o *parquet*.

Ademais, assevera que a desvinculação administrativa da Câmara de Vereadores face ao Executivo Municipal ocorreu em 1998, o que deixou o Legislativo à mercê de uma situação deficitária de funcionários. Diante deste quadro o apelante, então Presidente da Câmara de Vereadores à época, assinala que, com base na Lei Municipal n. 461/90 e Lei Municipal n. 622/95, o Município de Gravatal procedeu na contratação temporária de três funcionários, em caráter de excepcionalidade, para suprir as necessidades operacionais da Câmara de Vereadores.

Aduz, outrossim, que não houve dolo na conduta praticada nem tampouco desvio de funções nas contratações ou privilégios a amigos políticos.

Por fim pugnou pela reforma da sentença.

Contrrazzões às fls. 516/522.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Anselmo Jeronimo de Oliveira, opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta por Rudinei Carlos do Amaral Fernandes contra a sentença que, na ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público em face do recorrente, sob o fundamento de que este, na condição de Presidente da Câmara Municipal de Gravatal, teria contratado temporariamente três funcionários sem a realização de concurso público e sem previsão legal para tanto, julgou parcialmente procedente o pedido para condená-lo ao pagamento de multa civil no valor de 5 (cinco) subsídios mensais por ele recebido quando Presidente da Câmara de Vereadores.

Este Sodalício assentou entendimento no sentido de que as contratações temporárias realizadas por administradores público sem que tenham sido precedidas do devido concurso público, desde que estejam pautadas em Lei prevendo tais contratações, bem como, que não haja dolo na conduta do agente, nem desvio de funções ou lesão ao erário, não padece de improbidade administrativa.

Nesse sentido:

> "AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO – LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CF, ARTS. 127 E 129, III – LEI 7.347/85, ARTS. 1º, IV; 3º, II, E 13 – LEI 8.429/92, ART. 17 – LEI 8.625/93, ARTS. 25 E 26.
>
> A hipótese de dano ao erário municipal enquadra-se na categoria dos interesses difusos, legitimando o Ministério Público para promover o inquérito civil e a ação civil pública com o objetivo de defender o patrimônio pertencente a toda sociedade. A Constituição Federal

(art. 129, inc. III) ampliou a legitimação ativa do Ministério Público para propor Ação Civil Pública na defesa desses interesses.

CONTRATO TEMPORÁRIO – AUTORIZAÇÃO EM LEI – PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO – ATO DE IMPROBIDADE – NÃO CARACTERIZAÇÃO.

A contratação temporária de servidor público com base em norma municipal que observou os procedimentos legislativos pertinentes, embora reconhecida a posteriori como irregular, não implica a presunção da ocorrência de improbidade administrativa.

Não restando comprovado o desvio de finalidade do ato praticado pelo Administrador Municipal e considerando a presunção de constitucionalidade de que gozam as leis, somados à absoluta ausência de prejuízo ao erário, tornam-se inaplicáveis as sanções inscritas na Lei n. 8.429/92." (Apelação Cível n. 2005.008322-9, de Papanduva, rel. Des. *Luiz Cézar Medeiros*, j. 21.11.2006)

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES MUNICIPAIS. INEXISTÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. AUTORIZAÇÃO EM LEI. PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE LESÃO AOS COFRES PÚBLICOS. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO CARACTERIZADO.

“A contratação temporária de servidor público com base em norma municipal que observou os procedimentos legislativos pertinentes, embora reconhecida a posteriori como irregular, não implica a presunção da ocorrência de improbidade administrativa.

Não restando comprovado o desvio de finalidade do ato praticado pelo Administrador Municipal e considerando a presunção de constitucionalidade de que gozam as leis, somados à absoluta ausência de prejuízo ao erário, tornam-se inaplicáveis as sanções inscritas na Lei n. 8.429/92” (Apelação Cível n. 2005.007981-1, de Papanduva, Rel. Des. Luiz Cézar Medeiros, DJ 25.04.06)." (Apelação Cível n. 2005.017203-8, de Papanduva, rel. Des. *Newton Janke*, j. 10.05.2007)

"Ação Civil Pública. Ato de improbidade administrativa. Nulidade da sentença. Ausência de abordagem à tese apresentada na exordial.

> Inocorrência. Contratação de servidores temporários e para ocupação de cargos em comissão. Leis autorizadoras. Inconstitucionalidade afastada. Ausência de prejuízo ao erário. Inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa. Precedentes. Recurso desprovido.
>
> Qualquer ato praticado com suporte em lei presume-se legítimo porque também a constitucionalidade da lei é presumida.
>
> Não restando comprovado o desvio de finalidade do ato praticado pelo Administrador Municipal e considerando a presunção de constitucionalidade de que gozam as leis, somados à absoluta ausência de prejuízo ao erário, tornam-se inaplicáveis as sanções inscritas na Lei n. 8.429/92 (Apelação Cível n. 2005.007981-1, de Papanduva, Rel. Des. Luiz Cézar Medeiros, j. 25/4/2006)." (Apelação Cível n. 2004.034025-0/000000, de Papanduva, rel. Des. *Pedro Manoel Abreu*, j. 11.11.2008)

O caso vertente, contudo, guarda certo grau de peculiaridade, não se amoldando a situação dos arestos acima colacionados.

O apelante sustenta que a contratação dos três funcionários para a operacionalização das atividades na Câmara Municipal de Gravatal enquanto estava a frente do seu comando, foi realizada com fundamento nas Leis Municipais n. 461/90 e n. 622/95, as quais regulamentam a contratação de pessoal por prazo determinado. Se assim fosse, razão teria o apelante, visto que a jurisprudência dominante entende pela inocorrência de ato de improbidade quando a nomeação estiver escorada em legislação.

Todavia, compulsando-se os autos, depreende-se que das informações solicitadas (fl. 27/28) à Câmara de Vereadores a respeito da nomeação e exoneração da Sra. Rosinete Zappelini Mendonça, a resposta obtida é de que não foram localizados os referidos documentos, muito embora afirmem que a funcionária foi contratada em cargo de confiança pelo ora recorrente, então Presidente da Câmara de Vereadores.

Quanto a solicitação (fl. 167) dos atos de nomeação referentes aos funcionários Vilmar da Luz Mendonça e Patrícia Vicenzi Machado Mar-

colino, os documentos encaminhados não correspondem a época em que o apelante presidia o Legislativo Municipal.

Dessa sorte, impossível cientificar com base em qual lei o recorrente procedeu nas contratações. Impossível saber, inclusive, quantos funcionários foram designados para ocupar os referidos cargos, já que, ao que tudo indica, não havia qualquer controle do quadro de funcionários naquela Casa Legislativa.

Por outro lado, os documentos acostados aos autos não deixam margem à dúvida que as contratações dos funcionários acima indicados foram de fato realizadas pelo recorrente, no período em que este presidia o Legislativo Municipal. As cópias das carteiras de trabalho (fls. 211/212 e 239/242) dos referidos funcionários demonstram, com toda clareza, a data das suas admissões, todas ocorridas em 1º de janeiro de 1998, bem como o empregador, no caso a Câmara Municipal de Vereadores.

Os depoimentos pessoais dos funcionários indevidamente contratados corroboram essas assertivas:

Patrícia Vicenzi Machado (fl. 336): "*Que a depoente foi contratada pelo requerido para exercer o cargo de secretária na Câmara Municipal*; (...)"

Rosinete Zappelini Mendonça (fl. 337): "*Que a depoente é prima da esposa do requerido; Que na época a depoente estava passando por muitas dificuldades financeiras, tinha se separado, sua mãe não estava trabalhando e seu pai estava com leucemia; Que o requerido foi muito bom para depoente, oferecendo o emprego na Câmara*; (...)"

Vilmar da Luz Mendonça (fl. 357): "*Que o requerido foi presidente da Câmara de Vereadores de Gravatal em 1997 e 1998; Que o depoente foi contratado em 1997, pelo demandado, para exercer o cargo em comissão denominado secretário de Finanças*; (...)"

Por conta disso, o recorrente violou o preceito do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal de 1988:

> "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> (...)
>
> IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;"

Demais dissso, tem-se, então, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992), que visa apurar e punir a prática de ilícitos contra a Administração Pública, e que no seu art. 11, trata dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública, *in verbis*:

> "Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:"

Embora não tenha havido enriquecimento do recorrente e o erário sofrido qualquer decréscimo, até porque demonstrado que os serviços foram efetivamente prestados, existiu violação aos princípios norteadores da administração pública, dentre os quais, cita-se o princípio da legalidade, da impessoalidade e da moralidade.

Nesse contexto, verificando-se que o recorrente não logrou êxito em comprovar qual a lei que lhe amparou para contratar os três funcionários durante sua gestão a frente da Câmara Municipal, além do que houve infringência aos princípios norteadores da administração pública, configurado está, portanto, o ato de improbidade administrativa.

A eminente Desª. *Sônia Maria Schmitz* em caso análogo, assim se manifestou:

> "Ação civil pública. Improbidade administrativa. Nomeação para cargo efetivo. Autorização legal.
>
> A nomeação de servidor público para cargo efetivo sem amparo legal implica em ato de improbidade administrativa por ofensa ao princípio da legalidade e impõe a aplicação das sanções específicas. A pena ressarcitória, entretanto, deve ser sopesada diante da efetiva prestação do serviço, do contrário ensejará enriquecimento ilícito da Administração." (Apelação cível n. 2002.026823-8, de Itaiópolis, j. 12.06.2007)

Destarte, agiu com acerto o magistrado *a quo* ao reconhecer o ilícito perpetrado pelo recorrente, aplicando-lhe, por conseguinte, multa civil no importe de 5 (cinco) subsídios mensais por ele recebido quando Presidente da Câmara de Vereadores, penalidade que, frise-se, guarda estrita observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

DECISÃO

Ante o exposto, por votação unânime, nega-se provimento ao recurso.

O julgamento, realizado no dia 24 de novembro de 2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Dr. Anselmo Jeronimo de Oliveira.

Florianópolis, 25 de novembro de 2009.

Sérgio Roberto Baasch Luz
RELATOR

Apelação Cível n. 2009.064540-9, da Capital

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DEMOLITÓRIA – OBRA CONSTRUÍDA SEM AUTORIZAÇÃO DO MUNICÍPIO – AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL – EDIFICAÇÃO INSERIDA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – IMPOSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO – PREPONDERÂNCIA DO DIREITO COLETIVO AO MEIO AMBIENTE SADIO E EQUILIBRADO EM DETRIMENTO DO DIREITO À MORADIA.

Considerando que restou comprovado nos autos que a construção foi realizada sem a devida autorização do Município, bem como que é impossível regularizar tal situação eis que a obra foi erguida em área de preservação permanente, cabível, pois, a demolição.

"Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O direito ao meio ambiente equilibrado é de cada um, como pessoa humana, independentemente de sua nacionalidade, raça, sexo, idade, estado de saúde, profissão, renda ou residência. (...) Por isso, o direito ao meio ambiente entra na categoria de *interesse difuso*, não se esgotando numa só pessoa, mas se espraiando para uma coletividade indeterminada." (MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 116)

É hialino que o meio ambiente, direito de terceira geração, de interesse difuso e coletivo, das presentes e futuras gerações, deve estar sobreposto aos interesses individuais, mormente nos casos em que verifica-se flagrante o desrespeito às normas de proteção a natureza.

DANO MORAL AMBIENTAL – POSSIBILIDADE – REQUISITOS QUE AUTORIZAM A INDENIZAÇÃO NÃO VERIFICADOS – DEVER, CONTUDO, DE RECUPERAR A ÁREA DEGRADADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

"É admissível a indenização por dano moral ambiental nos casos em que a ofensa ao meio ambiente acarreta sentimentos difusos ou coletivos de dor, perda, sofrimento ou desgosto." (Apelação Cível 2000.025366-9, da Capital, rel. Des. *Newton Janke*, j. 23.09.04).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2009.064540-9, da comarca da Capital (Unidade da Fazenda Pública), em que é apelante Representante do Ministério Público, e apelada Nair de Fátima Guerra:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso para determinar a demolição da edificação objeto da demanda pelo fato de estar inserida em área de preservação permanente, bem como para determinar que a recorrida proceda na recuperação da área degradada, isentando-a da indenização por dano moral ambiental. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra a sentença que, na ação civil pública ajuizada pelo representante do *parquet* em face de Nair de Fátima Guerra, julgou parcialmente procedente o pedido, com esteio no princípio da proporcionalidade, para determinar que a ré providencie, no prazo de 30 (trinta) dias, o início do procedimento de regularização administrativa da sua obra, por entender que, nesse caso, o direito à moradia encontra-se

em patamar superior ao bem ambiental. Reconhecendo a reciprocidade na sucumbência deixou de arbitrar honorários advocatícios e condenou a ré ao pagamento de metade das custas processuais. (fls. 145/152).

Nas suas razões de apelação o Ministério Público assevera que, a construção edificada na propriedade da apelada é clandestina e irregular porquanto realizada sem licença e em área de preservação permanente, o que enseja a demolição da obra, que não é passível de regularização.

Ventilando o princípio do poluidor pagador, o recorrente pugna pela reparação da área, uma vez que ao edificar residência em área de preservação permanente a recorrida propagou degradações ao meio ambiente.

Ato contínuo, aduz a responsabilidade civil da apelada por dano moral ao meio ambiente, objetivando a sua condenação ao pagamento de indenização no importe de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Em contrarrazões a recorrida assinala que a área onde edificada sua residência não pode ser caracterizada como de preservação permanente, como faz crer o apelante. Diante deste fato, afirma a possibilidade de regularização da obra.

Assevera, outrossim, que está em fase de elaboração o novo Plano Diretor do Município de Florianópolis, cujo teor provocará modificações no zoneamento urbano daquela região, qualificando-a como ARE, ou seja, Área Residencial Exclusiva.

Ao final, sustenta que, não se encontrando a edificação em área de preservação permanente e não existindo qualquer tipo de dano ambiental que afete à comunidade, a indenização por danos morais ao meio ambiente, bem como a demolição da obra devem ser rechaçadas. (fls. 176/192).

Instada a se manifestar, a Douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Antenor Chinato Ribeiro, opinou, preliminarmente, pela decretação de nulidade da sentença por ser *citra petita*, afirmando,

para tanto, que o juiz *a quo* ao proferir decisão olvidou-se de apreciar os pedidos relativos a recuperação da área degradada e indenização por danos morais ao meio ambiente. No mérito, manifestou-se pelo provimento do recurso, a fim de que seja reformada a sentença para dar procedência aos pedidos formulados na inicial (fls. 208/224).

É o relatório.

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta pelo Ministério Público contra a sentença que, na ação civil pública que ajuizou em face de Nair de Fátima Guerra, julgou parcialmente procedente o pedido, com esteio no princípio da proporcionalidade, para determinar que a ré providencie, no prazo de 30 (trinta) dias, o início do procedimento de regularização administrativa da sua obra, por entender que, nesse caso, o direito à moradia encontra-se em patamar superior ao bem ambiental.

O Ministério Público pugna pela total procedência do pedido, para que seja autorizada a demolição da obra edificada em área de preservação permanente, bem como seja a apelada condenada a recuperar a área degradada e ao pagamento de indenização no importe de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de danos morais ao meio ambiente.

De acordo com o art. 1º e seus incisos, da Lei n. 7.347/85, a ação civil pública revela-se como meio adequado para proteção do meio ambiente e da ordem urbanística.

Adiante, no art. 5º do mesmo Diploma Legal, encontramos o rol dos legitimados à propositura da ação civil pública, dentre os quais figura o Ministério Público.

Nesse sentido, merecerem ser transcritas as esclarecedores lições de *Hugo Nigro Mazzilli*: "(...) *a Lei n. 7.347/85 instituiu a ação civil pública*

para a defesa de interesses difusos e coletivos, inclusive na área ambiental, e cometeu sua iniciativa a diversos co-legitimados, entre os quais o Ministério Público." (*A defesa dos interesses difusos em juízo*. 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 140).

Outrossim, é cediço que entre as principais atribuições constitucionais dos municípios podemos citar aquela lhes confere a competência para "*promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle de uso, do parcelamento e da ocupação solo urbano*" (art. 30, VIII, CRFB/88).

Nesse diapasão, constata-se que o intuito do constituinte foi o de incumbir aos Municípios a tarefa de planejar o desenvolvimento urbano e fiscalizar o uso adequado da propriedade, com o fim de garantir aos munícipes condições de bem-estar social.

No caso, verifica-se que o apelado foi inobservante aos mandamentos tanto da legislação municipal quanto da legislação federal, violando, inclusive, dispositivo constitucional, eis que realizou construção no seu imóvel que está situado em área de preservação permanente e desnudo de projeto e licença para tanto.

O Código de Obras do Município de Florianópolis (Lei Complementar n. 60/2.000) é claro ao determinar que:

> "Art. 17 Todas as obras de construção, reconstrução, ampliação, reforma, trasladação e demolição de qualquer edificação, ou alteração de uso, e ainda as obras de movimento de terra, como cortes, escavações e aterros, deverão ser precedidas dos seguintes atos administrativos:
>
> I - aprovação de projeto;
>
> II - licenciamento da obra."

Verificando-se desobediência ao que determina o preceito indigitado, o mesmo Diploma Legal prevê ainda, de acordo com o caso, a possibi-

lidade da imposição de embargo à obra, ou até mesmo a sua demolição, veja-se:

> "Art. 52 Poderá ser imposto o embargo sempre que constatada irregularidade na execução de obra, seja pelo desatendimento às disposições deste código ou pelo descumprimento de normas técnicas ou administrativas na construção licenciada, principalmente nos seguintes casos:
>
> I - execução de obras ou instalação de equipamentos sem o alvará de licença, quando necessário;
>
> [...]
>
> V - quando estiver ocorrendo dano ao meio ambiente, aos imóveis vizinhos ou aos logradouros e próprios públicos;"
>
> "Art. 57 A demolição total ou parcial de uma edificação, de um equipamento ou muro poderá ser imposta nos seguintes casos:
>
> I - quando executados sem licenciamento ou em desacordo com o projeto licenciado, ou ainda desobedecendo os alinhamento e/ou nivelamento fornecidos;"

Tanto a Lei Municipal n. 2.193/85 (Dispõe sobre o Zoneamento o Uso e a Ocupação do Solo nos Balneários da Ilha), como a Lei Federal n. 4.771/65 estabelecem o que seja área de preservação permanente, vedando expressamente a sua ocupação.

> Lei Municipal n. 2.193/85:
>
> "Art. 21 - áreas de Preservação Permanente (APP) são aquelas necessárias à preservação dos recursos e das paisagens naturais, à salvaguarda do equilíbrio ecológico, compreendendo:
>
> (...)
>
> III - dunas móveis, fixas e semi-fixas;"
>
> "Art. 93 - As áreas de preservação permanente (APP) são "non aedificandi", ressalvados os usos públicos necessários, sendo vedadas nelas a supressão da floresta e das demais formas de vegetação, a exploração e a destruição de pedras, bem como o depósito de resíduos sólidos."

Lei Federal n. 4.771/65 (Código Florestal):

> "Art. 2° Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:
>
> (...)
>
> f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;"
>
> "Art. 4º A supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto.
>
> (...)
>
> § 2º A supressão de vegetação em área de preservação permanente situada em área urbana, dependerá de autorização do órgão ambiental competente, desde que o município possua conselho de meio ambiente com caráter deliberativo e plano diretor, mediante anuência prévia do órgão ambiental estadual competente fundamentada em parecer técnico."

Pelo que se apresenta, depreende-se que a apelada não provou ter preenchido os preceitos elencados no Código de Obras do Município, para fazer jus ao alvará que lhe autorizasse a construir, além, é claro, de ter edificado sua residência em área de preservação permanente, o que deu azo ao Ministério Público para requerer a demolição da obra, que, gize-se, não é passível de legalização.

Isso é o que confirma o Auto de Infração Ambiental n. 7649 exarado pela Fundação Municipal do Meio Ambiente de Florianópolis – FLORAM à fl. 20, em face da ora apelada. Do corpo do auto se extrai: "*edificação inserida em área de preservação permanente, dunas dos Ingleses. Dispositivos legais violados: Lei Federal n. 4.771/65, art. 20 e Lei Municipal n. 2.193/85, art. 93*."

Muito embora esta tenha sido a motivação para a lavratura do auto de infração, a apelada insiste na possibilidade de regularização da obra, alegando, para tanto, que a sua residência está situada ao largo da área de preservação permanente. Um pouco tarde para buscar a regularização do seu imóvel, até porque, verifica-se impossível, já que inserido dentro de área de preservação permanente, sendo a demolição medida perfeitamente cabível.

Ressalta-se, por oportuno, que não deve o Poder Público agir de forma tolerante em relação às edificações clandestinas em áreas de preservação, pois, se assim não for, estará estimulando a sua proliferação, com o que acarretará a degradação do meio ambiente em detrimento de toda a comunidade que busca um bem ambiental equilibrado.

Destarte, cumpre frisar que, a violação propagada face às leis que regulamentam o ordenamento urbanístico bem como às normas ambientais acaba por lesar tanto a Administração Pública quanto a coletividade.

Essa lição reverbera nos ensinamentos do mestre *Hely Lopes Meirelles*:

> "Como a construção é atividade sujeita a licenciamento pelo Poder Público, a ausência de licenciamento para construir faz presumir um dano potencial à Administração e à coletividade, consistente na privação do exame do projeto e na possibilidade de insegurança e inadequação da obra às exigências técnicas e urbanísticas." (Direito de Construir. RT, 3 ed., p. 185).

A jurisprudência desta Casa de Justiça é remansosa no sentido de considerar irregulares tanto as obras edificadas com inobservância da legislação municipal como aquelas realizadas em área de preservação permanente, *mutatis mutandis*:

> "ADMINISTRATIVO. NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA C/C DEMOLITÓRIA. EDIFICAÇÃO CLANDESTINA. AUSÊNCIA DE ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DUNAS. PRETENSÃO DEMOLITÓRIA APOIADA NO INERENTE PODER DE POLÍCIA DO ENTE

PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO DA OBRA. SENTENÇA REFORMADA. PROVIMENTO DO RECURSO ADESIVO E DO REEXAME NECESSÁRIO. APELO DA RÉ DESPROVIDO.

1. De acordo com a Lei Municipal aplicável ao caso (Lei n. 1.246/74), a construção ou reforma de uma casa só pode ser feita mediante aprovação do projeto e licença para construir, de modo que é clandestina a obra construída sem a observância de tais exigências. Em casos tais, autoriza a legislação sob epígrafe a demolição da edificação (art. 48).

2. É agravante o fato de a munícipe ter continuado a execução da obra após os embargos administrativo e judicial. Não menos relevante é a impossibilidade de se regularizar a construção por estar inserta em área de preservação permanente. Destarte, manifesta a clandestinidade da obra, é de rigor sua demolição." (Apelação Cível n. 2007.052124-4, da Capital, rel. Des. *Vanderlei Romer*, j. 16.12.2008)

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE LIMINAR. DEMOLITÓRIA. FLORAM. FUNDAÇÃO MUNICIPAL DO MEIO AMBIENTE DE FLORIANÓPOLIS. ILEGITIMIDADE ATIVA, CERCEAMENTO DE DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO E AUSÊNCIA DE INSPEÇÃO JUDICIAL. PRELIMINARES AFASTADAS. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL. ÁREA DE LAZER DO PARQUE LAGOA DO PERI. EDIFICAÇÃO IRREGULAR. ÁREA DECLARADA, INCLUSIVE POR PERITO OFICIAL, COMO DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. AUSÊNCIA DE LICENÇA CONCEDIDA PELO MUNICÍPIO. IRREGULARIDADE INCONTESTE. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA QUE RATIFICOU A DEMOLIÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

Sendo a FLORAM fundação de direito público, tem plena capacidade para postular em juízo a proteção do meio ambiente, bem assim o cumprimento das disposições referentes ao ordenamento territorial e ao controle do uso e da ocupação do solo urbano.

> É de livre apreciação do Magistrado a realização de inspeção judicial, podendo dispensa-la quando entender desnecessário ao deslinde da causa.
>
> Em se tratando de edificação construída ao arrepio da lei municipal e ambiental, sem licença da Prefeitura e em área de preservação permanente, a demolição é medida que se impõe, principalmente quando não comprovado pelo proprietário que o local se destinava à moradia fixa.
>
> Todos são iguais perante a lei para cumpri-la e não para desrepeita-la. Logo, "A existência de outras obras clandestinas não é argumento idôneo porque o direito da igualdade entre os administrados não se compadece com a ilicitude" (Agravo de Instrumento n. 2002.006931-6, de Barra Velha, rel. Des. Newton Janke, j. 06.03.03)." (Apelação Cível n. 2007.045462-0/000000, da Capital, rel. Des. *Ricardo Roesler*, j. 14.07.2009)

Quanto a sobreposição conferida pelo togado singular ao direito de propriedade em face das normas de direito ambiental, é forçoso ressaltar que ao longo dos séculos o direito foi sendo lapidado em decorrência do dinamismo das relações sociais presentes no seio da sociedade. Em virtude desses fatos, direitos vão adquirindo supremacia em detrimento de outros. Nessa senda, *Luís Carlos Silva de Moraes* assinala que, "*o desenvolvimento do Direito leva a uma constante adaptação da regra de proteção e da escala de importância de cada bem jurídico em relação aos demais. É o que ocorre com o Direito Ambiental*." (Curso de direito ambiental. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 15).

No Brasil é possível constatar, pois, o *status* que a Constituição Federal conferiu ao direito ambiental, elevando-o ao nível de bem coletivo e de uso comum do povo, nos seguintes termos:

> "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."

José Rubens Morato Leite (Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000) e *Nicolao Dino de Castro e Costa Neto* (Proteção jurídica do meio ambiente. Belo Horizonte: Del Rey, 2003) ao comentarem sobre o espaço ocupado pelo Direito Ambiental no ordenamento jurídico são bastante contundentes, segundo esses autores, além de ser um bem coletivo e de uso comum do povo, conforme previsto na constituição, o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado e sadio é um direito fundamental do homem e que está intimamente ligado à dignidade humana.

Verificando-se o *status* de direito fundamental conferido ao ambiente ecologicamente equilibrado e sadio, e sobretudo como inerente à dignidade humana, pode-se apontar, então, o surgimento de uma nova classe, qual seja, a do direito ambiental como um direito de terceira geração.

Com efeito, *Luís Carlos Silva de Moraes* professa que, a chegada a essa nova classe deu-se a partir do momento que se atribuiu ao Estado a proteção do interesse coletivo, ou, no caso, a entrega da tutela jurídica ambiental. (Curso de direito ambiental. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006)

Em que pese toda a proficiência dos autores até então mencionados, é nas palavras do jus filósofo Norberto Bobbio, que esse novo direito encontra melhor acolhida, sendo este, um dos primeiros juristas a sair em defesa desse novo ramo do direito.

Norberto Bobbio, em meados da década de 80, já prenunciava a imanência do Direito Ambiental, como direito do homem, quando afirmava: "*nos movimentos ecológicos, está emergindo quase que um direito da natureza a ser respeitada ou não explorada, onde as palavras "respeito" e "exploração" são exatamente as mesmas usadas tradicionalmente na definição e justificação dos direitos do homem*." (A era dos direitos. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 69)

Seguindo suas ensinanças, o filósofo italiano elevou ainda o direito de viver num ambiente equilibrado e sadio, como o mais importante dos direitos de terceira geração:

> "Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído." (op. cit.1992, p. 6).

Dúvidas não restam quanto a importância que o jus filósofo Norberto Bobbio emprestava ao direito a um meio ambiente sadio, como direito de toda a coletividade.

Da obra de *Paulo Afonso Leme Machado*, extraem-se ensinamentos nesse mesmo sentido:

> "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O direito ao meio ambiente equilibrado é de cada um, como pessoa humana, independentemente de sua nacionalidade, raça, sexo, idade, estado de saúde, profissão, renda ou residência. (...) Por isso, o direito ao meio ambiente entra na categoria de *interesse difuso*, não se esgotando numa só pessoa, mas se espraiando para uma coletividade indeterminada." (Direito ambiental brasileiro. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 116)

Reforçando todo o exposto, traz-se à colação decisão do nosso Supremo Tribunal Federal dando guarida ao meio ambiente, e fazendo referência a este bem, como direito de terceira geração e de titularidade coletiva.

Colhe-se da jurisprudência daquele Egrégio Tribunal:

> "[...]
>
> A questão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – direito de terceira geração – princípio da solidariedade – o direito a integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo,

> dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. Considerações doutrinárias." (MS 22164, rel. Min. *Celso de Mello*, STF, Tribunal Pleno, DJU 17.11.1995)

Diante do esposado é possível visualizar que a abrangência e a relevância da matéria que ora se discute traspassa o limite do individual para alcançar o coletivo. Desse modo, é inadmissível dar-se tratamento a uma questão de forma individualizada, quando o que se está a discutir, em verdade, atinge toda uma coletividade.

Em que pese todo o senso humanitário externado pelo juiz *a quo*, que trouxe brilhante fundamentação na sua decisão, e reconheceu o direito constitucional de moradia como fundamental, asseverando que "*[...] as regras urbanísticas e ambientais são relevantes, (mas) mais importante é impedir que a incidência delas vulnere valores constitucionais superiores*" (fl. 146), não se pode compartilhar desse entendimento.

Como bem ressaltou *Carlos Gomes de Carvalho*, "*O Direito Ambiental, a mais nova e promissora das disciplinas jurídicas, nasce com a simultânea missão de procurar estabelecer a predominância dos interesses coletivos sobre o do indivíduo e o de propor a instauração de um novo conceito da relação entre*

o Homem e a Natureza." (O que é direito ambiental: dos descaminhos da casa à harmonia da nave. Florianópolis: Habitus, 2003. p. 135).

Coadunando o expedindo, restou cristalino que o meio ambiente, direito de terceira geração, de interesse difuso e coletivo, das presentes e futuras gerações, deve estar sobreposto aos interesses individuais, mormente em casos como este, em que o desrespeito às normas de proteção a natureza salta aos olhos.

E mais, ressalte-se que o direito de propriedade não tem o condão de resguardar em absoluto o direito de edificar, esse é o entendimento pacificado nessa Corte: "*O direito de construir não é absoluto, estando limitado pelo direito de vizinhança e pelos regulamentos editados pelo Poder Público (CC, art. 572). Ipso facto, o solo criado não desvincula o direito de edificar do direito de propriedade, pois é apenas uma limitação de natureza administrativa imposta pelo município como conseqüência de seu dever de organizar o aglomeramento da população e o ordenamento territorial nos centros urbanos (CF/88, art. 30, VIII)*." (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2004.028345-5, da Capital, rel. Des. *Luiz Cézar Medeiros*, j. 14.12.2004)

De extrema percuciência são as palavras proferidas pelo eminente Des. *Vanderlei Romer*, que reiterou: "[...] *como cediço, o direito de propriedade não é absoluto, encontrando limitação no direito de vizinhança, nas normas públicas para a construção civil e na legislação ambiental, devendo sempre prevalecer o interesse público*." (Agravo de instrumento n. 2003.017957-7, da Capital, rel. Des. *Vanderlei Romer*, j. 26.04.2004)

Por fim, o Ministério Público pugna pela reforma da sentença, com o fim de ver a apelada condenada à reparação da área degradada, bem como ao pagamento de indenização a título de dano moral ambiental.

É cediço que o mandamento contido no § 3º do art. 225 da Constituição Federal prescreve que, "*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."

Aplicável ao caso, ainda, os arts. 4º, inciso VII, e 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, os quais preceituam:

> "Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:
>
> (...)
>
> VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário, de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos."
>
> Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:
>
> (...)
>
> § 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente."

A Lei da Ação Civil Pública, após a alteração introduzida pela Lei n. 8.884/94, de igual forma possibilitou a responsabilização tanto moral quanto patrimonial por danos causados ao meio ambiente, *in verbis*:

> "Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:
>
> l - ao meio-ambiente;
>
> (...)"

Conquanto haja farta legislação prevendo a responsabilização civil dos agentes que pratiquem ilícitos contra o meio ambiente, existem algumas

divergências doutrinárias a respeito da possibilidade de se responsabilizar os transgressores quando a indenizabilidade diz com que o dano moral ambiental.

Segundo *Rui Stocco* falar em dano moral ambiental:

> "É desvirtuar o objetivo da Carta Magna e tangenciar os princípios que informam a responsabilidade civil, pois o que se resguarda é o meio ambiente e não o dano causado à pessoa, individual ou coletivamente. Estes, caso sofram prejuízos, por danos pessoais (físicos) ou materiais (em seus bens), terão direito de ação para obter a reparação por direito próprio, mas não podem beneficiar-se do resultado alcançado pelo Ministério Público ou pelas entidades legitimadas a ingressar com ações civis públicas para a proteção, salvo quando a ação tenha natureza diversa, como a proteção do consumidor ou qualquer outro interesse difuso ou coletivo que cause dano de per si e possa ser individualizado e quantificado posteriormente." (Dano moral ambiental. Repertório IOB de Jurisprudência, n. 7, p. 147)

De outra banda, oriundo da corrente que defende a possibilidade de responsabilização pelo dano extrapatrimonial ambiental, o professor *José Rubens Morato Leite* acentua:

> "No contexto brasileiro, como já visto, há fundamento legal para este dano extrapatrimonial difuso ligado à personalidade, que tem seu escopo na proteção de um interesse comum de todos, indivisíveis e ligados por uma premissa de solidariedade. Com efeito, os direitos da personalidade evoluem e já podem ser visualizados e inseridos como valores ambientais de caráter difuso, posto que atingem direitos essenciais ao desenvolvimento de toda a coletividade. Sendo o direito ao ambiente um direito fundamental, conforme apreciado, pode ser também qualificado como direito da personalidade de caráter difuso, que comporta dano extrapatrimonial". (Dano extrapatrimonial ou moral ambiental e sua perspectiva no direito brasileiro. In Ação civil pública Lei 7.347/1985 - 15 anos. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 440).

Essa discussão, contudo, está restrita muita mais ao campo doutrinário, uma vez que na prática os Tribunais têm entendido pela efetividade

das normas protetivas do meio ambiente, admitindo, porquanto, o dano moral ambiental.

Nesse sentido:

> "TOMBAMENTO - NEGLIGÊNCIA DOS PROPRIETÁRIOS - DESTRUIÇÃO PARCIAL DO BEM - DANO MORAL COLETIVO.
>
> Com a evolução do amparo ao meio ambiente no Brasil, a doutrina pacificou o entendimento acerca da possibilidade de reconhecimento da indenização por dano moral coletivo, quando decorrente de agressões ao patrimônio ambiental, com respaldo, após 1994, no art. 1º da Lei da Ação Civil Pública." (Apelação cível n. 2005.013455-7, de Lages, rel. Des. *Volnei Carlin*, j. 06.10.2005)
>
> "APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – EXTRAÇÃO DESMENSURADA DE SAIBRO – NÃO-CUMPRIMENTO DAS EXIGÊNCIAS CONTIDAS NA LICENÇA CONCEDIDA PARA EXPLORAÇÃO DA ÁREA – DEFEITO NO SISTEMA DE DRENAGEM PLUVIAL E REVEGETAÇÃO – CASO FORTUITO (FORTES CHUVAS) – IRRELEVÂNCIA – RESPONSABILIDADE DA EMPRESA EXTRATIVISTA PELA RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA – TERMO DE COMPROMISSO FIRMADO COM A FUNDAÇÃO MUNICIPAL DO MEIO AMBIENTE (FLORAM) – PROJETO ELABORADO E APROVADO COM RESSALVAS – OBRIGAÇÃO DE FAZER MANTIDA – DANO MORAL AMBIENTAL CARACTERIZADO – LIGAÇÃO CLANDESTINA – ATERRAMENTO E CONTAMINAÇÃO VIRÓTICA DA LAGOA DE PONTA DAS CANAS – INDENIZAÇÃO DEVIDA – RECURSO DOS RÉUS DESPROVIDO – RECURSO MINISTERIAL PROVIDO.
>
> Não há falar em caso fortuito quando verificado que o dano ambiental foi provocado por chuvas torrenciais, sobretudo quando constatado que as intempéries não teriam provocado o referido dano se a empresa voltada à atividade de extração mineral (saibro) tivesse efetivamente cumprido com as exigências de drenagem pluvial e revegetação da área explorada. Assim, não há eximi-la da responsabilidade de elaborar e executar projeto de recuperação do local degradado.

> O art. 14, §1º, da Lei n. 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), prevê a possibilidade de responsabilização objetiva do causador de eventual dano ambiental, independentemente da aferição de culpa ou casos de força maior.
>
> "[...] É admissível a indenização por dano moral ambiental nos casos em que a ofensa ao meio ambiente acarreta sentimentos difusos ou coletivos de dor, perda, sofrimento ou desgosto [...]" (AC n. 2000.025366-9, da Capital)." (Apelação Cível n. 2005.014245-1/000000, da Capital, rel. Des. *Rui Fortes*, j. 11.03.2008)

Dos bem lançados fundamentos no Recurso Especial n. 598281, cujo relator foi o eminente Min. *Luiz Fux*, extrai-se:

> "O advento do novel ordenamento constitucional - no que concerne à proteção ao dano moral - possibilitou ultrapassar a barreira do indivíduo para abranger o dano extrapatrimonial à pessoa jurídica e à coletividade.
>
> No que pertine a possibilidade de reparação por dano moral a interesses difusos como sói ser o meio ambiente amparam-na: art. 1º da Lei da Ação Civil Pública e o art. 6º, VI, do CDC.
>
> Com efeito, o meio ambiente integra inegavelmente a categoria de interesse difuso, posto inapropriável *uti singuli.* Consectariamente, a sua lesão, caracterizada pela diminuição da qualidade de vida da população, pelo desequilíbrio ecológico, pela lesão a um determinado espaço protegido, acarreta incômodos físicos ou lesões à saúde da coletividade, revelando lesão ao patrimônio ambiental, constitucionalmente protegido."

Este relator, perfilhando do mesmo entendimento esposado nos arestos acima colacionados, admite a viabilidade da indenização por danos morais originados de ilícitos ambientais.

Todavia, para uma possível condenação do agente agressor, há que se verificar, contudo, quais os reflexos produzidos pelos danos ambientais à coletividade, ou seja, é necessário aferir-se o alcance do ilícito ambiental nos sentimentos coletivos, nestes compreendidos, a dor, a perda, o sofrimento, o desgosto.

Nessa linha de raciocínio, o eminente Des. *Volnei Carlin* assentou posicionamento:

> "O dano moral transindividual, para ser indenizável, deve acarretar sentimentos coletivos de dor e perda, causando a destruição de bens relacionados ao sofrimento de uma comunidade ou grupo social.
>
> Assim, conclui-se que a cognição do dano moral ambiental não está ligado à agressão física do bem ambiental, visto em sua acepção ampla, mas, ao contrário, relaciona-se com a violação do apreço coletivo, em razão de determinado acometimento ao patrimônio lesado." (Apelação cível n. 2005.013455-7, de Lages, rel. Des. *Volnei Carlin*, j. 06.10.2005).

Não discrepa o entendimento perfilhado pelo insigne Des. *Newton Janke*:

> "3. É admissível a indenização por dano moral ambiental nos casos em que a ofensa ao meio ambiente acarreta sentimentos difusos ou coletivos de dor, perda, sofrimento ou desgosto.
>
> O reconhecimento do dano moral ambiental, entretanto, não se revela pelo só fato de ter havido uma repercussão física lesiva ao meio ambiente em local ou imóvel particular, sem qualquer característica de patrimônio paisagístico coletivo, ainda mais quando a lesão resultou de atividade expressamente autorizada pela Administração pública". (Apelação Cível 2000.025366-9, da Capital, rel. Des. *Newton Janke*, j. 23.09.04).

No caso, como dito, o Ministério Público pleiteia a indenização por dano moral em face da ora apelada, pois esta teria lesado a coletividade ao edificar residência em área de preservação permanente.

O caso vertente não alberga a possibilidade de indenização. De acordo com as narrativas do próprio representante do *parquet*, a região é repleta de imóveis em situação idêntica a da apelada, o que, de antemão, já comprova que o ilícito praticado não gerou qualquer comoção aos moradores da região. Ademais, a degradação deflagrada pela edificação da residência

da recorrida contribuiu de forma bastante ínfima para a descaracterização daquele local, que há muito já vinha sofrendo alterações.

Demais disso, é por todos sabido que essa situação não se resume àquela localidade, por toda extensão da Ilha de Santa Catarina a ocupação desordenada e ilegal é uma realidade com a qual infelizmente temos de conviver. A inércia do Poder Público ao longo dos anos nos proporcionou essa lamentável realidade.

Diante desse quadro, infere-se que a comunidade local não teve de suportar qualquer tipo de ofensa que fosse capaz de ensejar a possibilidade de indenizabilidade por dano moral ambiental, sobretudo porque esta é uma realidade cotidiana na nossa bela Ilha de Santa Catarina.

Embora ausentes os requisitos que autorizam a imposição da indenização por dano moral, a recorrida não está desobrigada da recuperação da área degrada, nos termos dos já transcritos art. 225, § 3º, da CRFB/88 e arts. 4º, inciso VII, e 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81.

Traçando ponderosos comentários sobre o assunto, *José Rubens Morato Leite* vaticina:

> "Na esfera do direito ambiental brasileiro, o legislador, através dos arts. 4º, inciso VII, e 14, § 1º, ambos da Lei 6.938, de 1981, e art. 225, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil, estabeleceu ao degradador a obrigação de restaurar e/ou indenizar os prejuízos ambientais. A opção do legislador indica que, em primeiro plano, deve se tentar a recomposição do bem ambiental e, quando inviável esta, partir-se para a indenização por sucedâneo ou recuperação.
>
> A idéia da recuperação do dano, como a primeira medida a ser buscada, vem expressa, por exemplo, no § 2º do art. 225 da Constituição em vigor. (...)" (Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 216)

Por todo o exposto, é de se reformar a sentença de primeiro grau para dar provimento parcial ao recurso, determinando-se a demolição da

edificação objeto da demanda por estar inserida em área de preservação, bem como determinar-se que a recorrida proceda na recuperação da área degradada, isentando-a da indenização por dano moral ambiental.

DECISÃO

Ante o exposto, por votação unânime, dá-se parcial provimento ao recurso para determinar a demolição da edificação objeto da demanda pelo fato de estar inserida em área de preservação permanente, bem como para determinar que a recorrida proceda na recuperação da área degradada, isentando-a da indenização por dano moral ambiental.

O julgamento, realizado no dia 24 de novembro de 2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Dr. Antenor Chinato Ribeiro.

Florianópolis, 25 de novembro de 2009.

Sérgio Roberto Baasch Luz
RELATOR

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2009.007998-5, de Criciúma

Relator: Desembargador Substituto Ricardo Roesler

APELAÇÃO CÍVEL. ENSINO INFANTIL. DEVER DO ESTADO, E PRIORIDADE DO MUNICÍPIO. DEDUÇÃO DE OBEDIÊNCIA À LEGISLAÇÃO REGENTE, E DA IMPOSSIBILIDADE DE AUMENTO DE DESPESAS. AUSÊNCIA DE PROVA.

ASTREINTE. IMPOSIÇÃO CONTRA A AUTORIDADE COATORA. AUSÊNCIA DE PROVA DE CULPA OU DOLO. DESNECESSIDADE NO CONTEXTO. DEMONSTRAÇÃO, NAS INFORMAÇÕES, DE AUTONOMIA DA AUTORIDADE IMPETRADA PARA ASSEGURAR AS VAGAS PRETENDIDAS. RECURSOS E REMESSA DESPROVIDOS.

Conforme determina a legislação de regência, que se alinha no particular ao comando constitucional próprio, compete ao Estado e é precipuamente atribuído aos municípios o dever de assegurar o acesso à educação infantil. De outro vértice, à míngua de prova de eventual aumento de despesas ou desequilíbrio de contas, a determinação judicial de inclusão de menores em estabelecimentos do ensino infantil guarda consonância com as disposições regentes (**Resp 577.573/SP**, Rel. Min. João Otávio de Noronha).

> Dada sua natureza essencialmente inibitória, é legítima imposição de astreinte contra quem possa fazer ou desfazer o que se impugna pela via mandamental. Na espécie, a Secretária Municipal, apontada como coatora, revelou, ao prestar informações, o cumprimento da liminar deferida, evidenciando sua prerrogativa funcional para tanto. Logo, cumprida a decisão, posto que tardiamente, incide a penalidade em face da impetrada, pelo período em que persistiu a mora (**Resp 518.155/RS**, Rel. Min. Luiz Fux).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2009.007998-5, da comarca de Criciúma (Vara da Infância e da Juventude e Anexos), em que são apelantes Município de Criciúma e outro, e apelado Representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento aos recursos e à remessa necessária. Custas de lei.

RELATÓRIO

Irresignados com a decisão que concedeu ordem de mandado de segurança, recorrem o Município de Criciúma e Jadna Mara Dandolini Tasca.

Em síntese, o Ministério Público, por seu órgão local, impetrou ordem de mandado de segurança contra a Secretária Municipal de Criciúma, a fim de assegurar a matrícula dos infantes indicados na inicial (M.D.R., M.D.R. e M.D.R.) em instituição de ensino infantil do Município de Criciúma.

Para tanto, aduziu o impetrante ser a educação infantil direito fundamental e dever do Estado, em particular do Município, que não pode eximir-se da prestação.

Postulou o deferimento de liminar para determinar à autoridade coacta a matrícula dos menores em estabelecimento de ensino infantil próximo de sua residência, reclamando a manutenção da medida quando do julgamento do mérito, bem como a fixação de multa diária para a hipótese de eventual descumprimento (art. 461, § 4.º, do CPC).

Deferiu-se a liminar (fls. 17-22).

Instada, a autoridade coatora prestou informações em fls. 25-26, afirmando o parcial cumprimento da liminar deferida, assegurando a matrícula de dois dos três menores tutelados na ação. Adiante, em fls. 30-31, foi noticiado o cumprimento da medida no que pertine em relação ao terceiro infante, alcançando assim os termos da liminar.

Na sentença, concedeu-se em definitivo a ordem (fls. 35-42).

Sobreveio recursos simultâneos: de um lado, recorreu o Município de Criciúma, deduzindo: *a*) da inexistência de obrigatoriedade de acesso ao ensino infantil como direito público subjetivo; *b*) da ofensa à independência dos "Poderes"; *c*) da impossibilidade do aumento de despesas, em face do necessário controle de contas.

De outro vértice, a autoridade impetrada, em recurso, deduziu não haver vagas à disposição para preenchimento imediato no ensino infantil, bem cono não ser o Município o único responsável, tendo em vista que entidade não-governamental tem à disposição número muito maior que aquele oferecido pela rede pública, e o faz sem sua supervisão. Ressaltou, também, a necessidade de maiores investimentos no setor, como aqueles atualmente em andamento, e que há comprometimento da receita nos termos da legislação regente, para implementação da educação municipal.

Adiante asseverou a recorrente que a multa aplicada não tem caráter pedagógico, bem porque não há culpa ou dolo seu, na condição de Secretária Municipal, sobretudo por não ser atribuição exclusiva do Município tal encargo. E, mais ao fim, apontou carência de ação, porque a empresa empregadora da mãe seria "*responsável pelo fato de não oferecer ao filho da mãe trabalhadora local apropriado e higienicamente compatível para a guarda no horário de trabalho de sua prole*" (fl. 92). Frisou, ainda, a necessidade de controle das receitas e correção dos gastos públicos.

Houve contrarrazões (fls. 207-214).

Nesta instância, o Ministério Público pugnou pelo conhecimento e desprovimento dos recursos e do reexame necessário (fls. 219-229).

Vieram-me conclusos, para julgamento.

VOTO

Trato de recursos contra decisão que concedeu ordem de mandado de segurança, postulada pelo Ministério Público, e determinou a matrículas dos menores apontados na inicial em creches do Município.

Recorrem, simultaneamente, o Município de Criciúma e a autoridade impetrada, ora Secretária Municipal de Educação. Conquanto mais amplo o recurso desta, ambos convergem no que diz respeito à ausência de obrigatoriedade do Município em arcar por si a educação pré-escolar, bem como no que pertine à necessidade de observância à Lei de Responsabilidade Fiscal e a autonomia dos municípios na administração dos interesses locais. E a partir desse fundamento inicio o julgamento, pois que comum em ambos os recursos.

Pois bem. Tratar de educação é sempre tormentoso quando se pretende a implementação de políticas públicas, e com recorrência sobram argumentos a propósito da autonomia municipal, da quebra das finanças e

da necessária observância à Lei de Responsabilidade Fiscal como apanágio desse discurso de defesa.

Maurice Merleau-Ponty, em preciosa monografia sobre o exercício dialético, demonstra que o discurso político não raras vezes orienta-se por meio de alguma filosofia naturalista, bastante adequada, em face de sua generalidade, para conter elementos morais (*As aventuras da dialética*, Martins Fontes, 2006, p. 91 e segs.). Na prática, anota o autor, há alguma tentativa de propor uma retórica subjetiva para permitir a isenção de determinados deveres e a indulgência gratuita do cidadão, sem efetiva demonstração de que há direcionamento da atividade pública aos fins próprios ao alcance do bem comum.

No caso, já se disse, a defesa tem por pauta a divisão de responsabilidades, no argumento, por exemplo, de que a obrigatoriedade do ente municipal alcança tão-somente o ensino fundamental, com que se aquele pré-escolar não passasse de um capricho, de um plus a ser oferecido pelo Estado. É algo de fato paraxodal, pois a se permitir tal tese se admitira, em contrapartida, apenas em parte o dever do Estado, a pretexto de singela interpretação literal e pontual da legislação regente.

A análise a legislação é por evidente sistêmica, sobretudo no plano constitucional, ambiente em que se exige, é bom lembrar, que os municípios atuem "***prioritariamente*** *no ensino fundamental e na educação infantil*" (art. 211, § 2.º); e assim também deve ser em relação à legislação infraconstitucional, notadamente em face da Lei n.º 8.069/90. O diploma, é bom lembrar, afirma que o Estado (gênero) tem o dever de assegurar o "*atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade*" (art. 54, IV).

A conclusão, pois, é elementar: o Estado como um todo deve patrocinar a educação, cuja exigência, dada a importância, deve atender o ensino fundamental e o pré-escolar. É evidente que tal panorama não se

constrói por mera disposição legislativa; requer, é certo, a coordenação da atividade administrativa. E é também por essa razão que a dedução de suposta carência de ação não encontra razão de ser, pois que, se responsável há de terceiro (no caso, de empresa empregadora da mãe dos infantes), ela é de todo supletiva, ao revés daquela que se imputa ao Município.

Dado o contexto, o discurso empenhado em sustentar simplesmente o estouro da receita pública ou a autonomia municipal é vazio em sem brilho, conduzido ao sabor da subjetividade. É certo – e nisso não parece residir dúvidas – que os entes municipais, no desenvolvimento de políticas públicas, devem pautar-se pela observação da legislação que rege o manejo de receitas, e invocá-la quando, de algum modo, a imposição de alguma medida interferir na harmonia das contas públicas. O que não se pode é deixar-se levar pelo discurso fácil da limitação orçamentária, a pretexto de cumprimento dos percentuais de investimento que a legislação obriga.

Nada obstante se cuide na origem de ação mandamental, revela-se providencial a demonstração – não por dedução, mas por documentos – do empenho da receita pública nos patamares legais exigidos, e também do eventual desequilíbrio da receita na hipótese de reforço de investimento em algum ou alguns setores, tais quais a educação. Sem prova, posto que sumária, permanece incensurável a pretensão inaugural, a cargo do Município.

Cito, sobre o tema:

> "RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA ARTIGOS 54 E 208 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MATRÍCULA E FREQÜÊNCIA DE MENORES DE ZERO A SEIS ANOS EM CRECHE DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL.
>
> 1. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/96, art. 4º, IV) asseguram o atendimento de crianças de zero a seis anos em creches e pré-escolas da rede pública.

> 2. Compete à Administração Pública propiciar às crianças de zero a seis anos acesso ao atendimento público educacional e a freqüência em creches, de forma que, estando jungida ao princípio da legalidade, é seu dever assegurar que tais serviços sejam prestados mediante rede própria.
>
> 3. 'Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função
>
> do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo' (Resp n. 575.280-SP, relator para o acórdão Ministro Luiz Fux, DJ de 25.10.2004).
>
> 4. A consideração de superlotação nas creches e de descumprimento da Lei Orçamentária Municipal deve ser comprovada pelo Município para que seja possível ao órgão julgador proferir decisão equilibrada na busca da conciliação entre o dever de prestar do ente público, suas reais possibilidades e as necessidades, sempre crescentes, da população na demanda por vagas no ensino pré-escolar.
>
> 5. No caso específico dos autos, não obstante tenha a municipalidade alegado falta de vagas e aplicação in totum dos recursos orçamentários destinados ao ensino fundamental, nada provou; a questão manteve-se no campo das possibilidades. Por certo que, em se tratando de caso concreto no qual estão envolvidas apenas duas crianças, não haverá superlotação de nenhuma creche.
>
> 6. Recurso especial provido" (**Resp 577.573/SP**. Segunda Turma. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Decisão de 17.04.07).

Dado o contexto, portanto, o recurso do Município, bem como aquele da autoridade impetrada, no que concerne à discussão de políticas públicas é improcedente. E a par de tais conclusões, anoto haver perfeita simetria entre a decisão e o disposto nos arts. 2.º, 5.º, LXIX, 167, I, e 208, I, § 1.º, da Constituição Republicana.

No mais, também não merece acolhida a pretensão de ver afastada a multa diária imposta, suscitada pela Secretária Municipal da Educação, contra quem se impôs a penalidade.

Segundo deduziu em suas razões, a multa não poderia ser a si tributada porquanto não é diretamente responsável pela manutenção de vagas do ensino infantil, notadamente porque a administração da maioria das vagas é feita por uma organização não-governamental, que reiteradamente afirma não ter condições de matricular novos infantes. Ressaltou, por outra via, que não agiu com culpa ou dolo, pelo que não lhe poderia ser impingida a multa.

A alegação recursal, há que se considerar, é deveras contraditória no contexto dos autos. Lembro, de início, que notificada para prestar informações, a autoridade coatora, ora recorrente, resumiu-se a informar que estavam à disposição de dois dos três infantes tutelados vaga no ensino infantil (fls. 25-26). Aliás, assim se fez constar:

> "Preliminarmente, em face necessidade do cumprimento das disposições constitucionais vigentes, referentes a prestação da educação como garantia de toda criança, e dever do Estado, pressuposto já consagrado na Constituição Federal.
>
> Ademais, o Egrégio TJ de SC, em vários julgados nesta direção tem a jurisprudência pacificada na presente matéria, através de precedentes anteriores nos caos similares ao caso em exame.
>
> A impetrada informa a este juízo que as vagas das crianças M.D.R e M.D.R. estão asseguradas no CEI São Sebastião no bairo São Sebastião, Criciúma – SC, pelo fato de as crianças residirem nas proximidades do CEI São Sebastião, inexistindo a necessidade de disponibilização do transporte escolar.
>
> Requer ainda, que os responsáveis legais compareçam no CEI São Sebastião no bairro São Sebastião, Criciúma – SC, de providenciar a matrícula da criança, e acompanhe a criança até a respectiva Unidade Escolar.

> Em vista do cumprimento pela Secretária Municipal de Educação do Município de Criciúma, e no caso de ser necessária outras informações, que sejam solicitadas à esta Secretaria Municipal de Educação de Criciúma, como medida de inteira Justiça [*sic*]"

Do todo reclamado na ação mandamental, portanto, sobreveio o descumprimento da liminar no que pertine à matricula do menor M.D.R., que se fez cumprir adiante, conforme noticiado em fls. 30-31.

Diante desse panorama, averiguar-se de dolo ou culpa desvela contradição nos termos, pois que houve o reconhecimento do direito à educação aos menores, cumprido apenas por força da determinação judicial.

No mais, é bom lembrar, o Estado enquanto ente estatal é impessoal em sua essência, cumprindo-lhe os deveres prescritos pela prescrição, o que é externado pela atividade dos agentes que o personificam. A par dessas considerações, não se pode simplesmente cogitar de irresponsabilidade da recorrente, ainda mais ao argumento de que o Estado em si, em sua figuração inanimada, é que seria o responsável pelo encargo. Isso implicaria em animar-se um joguete em torno da responsabilidade pela manutenção as vagas, a divagar-se em torno de censurável e infértil dicotomia entre o Estado e seus agentes.

A despeito de infinitas divagações sobre o tema, os secretários exercem munus público, ou seja, externam a *vontade* do Estado, e respondem nos limites de suas atribuições. Lembra Celso Antônio Bandeira de Mello que

> "Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivos, isto, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e

> os Vereadores" (*Curso de direito administrativo*, Malheiros, 2008, p. 245-246).

E da doutrina de Hely Lopes Meirelles, destaco que "*os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência.(...)*" (Direito administrativo brasileiro, Malheiros, 2008, p. 78).

Nesse pensar, é fácil vislumbrar que os agentes políticos, e entre estes os secretários, levam a cabo, no plano material, os deveres estatais; e é nesse âmbito que se deve mensurar a sua responsabilidade. Na espécie, veja-se, ademais, que a recorrida ombreia-se não mais do que em suas atribuições para afirmar que cumprira a determinação judicial, mesmo que em parte inicialmente, assumindo assim, em toda sua extensão, a condição de autoridade coatora. Vale dizer: atribui a si mesma o encargo de colocação dos menores tutelados no ensino infantil; ou, dito de modo ainda mais simples, tratava-se da autoridade com poderes para tanto.

Logo, nada há de ilegal ou ilegítimo na fixação da penalidade que, é bom lembrar, não tem caráter punitivo (este depende de provocação em via própria), mas sim natureza inibitória, ínsita das tutelas de urgência; o que se pretende, enfim, não é a imposição de multa, mas a adequação de meio suficiente a persuadir o demandado ao cumprimento da ordem judicial, em face da essencialidade da medida. É essa a sua vocação: o cumprimento da ordem judicial, por imperiosa;"*a função das astreintes é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação e incide a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância*". (**AgRg no Ag 1.025.234/SP**, Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Decisão de 07.08.08).

Por fim, considerado o bem da vida em enfoque, cuja proteção, já foi dito, encontra confortável ambientação constitucional, nada impede a

fixação de astreinte a quem, por dever de ofício ou prerrogativa de função, cumpra desfazer o ato coator:

> "O meio mais freqüente para forçar a efetivação da tutela específica é a aplicação, de ofício, de multa diária (CPC, art. 461, § 4º). Ela tem finalidade exclusivamente coercitiva, pressionando psicológica e economicamente o devedor a cumprir as obrigações de fazer ou não-fazer, sejam elas fungíveis ou infungíveis. **São, portanto, meios coercitivos indiretos que exercem pressão na vontade do devedor. Não têm e não podem ter qualquer caráter de indenização ou penalidade.**
>
> **Logicamente, essa multa pode ser aplicada à autoridade que figura no pólo passivo do mandado de segurança.** Mas nada impede que ela também seja aplicada contra a pessoa jurídica que a autoridade representa, ainda que se trate da Fazenda Pública." (Cássio Scarpinella Bueno *et al. Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança 51 anos depois*, RT, 2002, p. 712 – grifei).

Por outro lado, apenas para que não restem dúvidas, ressalto, uma vez mais, que dada a natureza da astreinte o cumprimento a destempo da liminar deferida não inibe sua exigência, pois que sua incidência é fruto da mora. Noutras palavras, "*concedido o provimento liminar, é da ciência do mesmo que se caracteriza a resistência ao cumprimento do julgado, incidindo a multa até que se desfaça (*facere*) o que foi feito em transgressão ao preceito*" (**Resp 518.155/RS**, Rel. Min. Luiz Fux).

Logo, é a autoridade coatora responsável pelo pagamento da penalidade, e deverá arcar com ela, nos termos da decisão, até a data em que se fez cumprida a determinação judicial.

DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara decidiu, por votação unânime, negar provimento aos recursos e à remessa necessária.

O julgamento, realizado no dia 24 de novembro de 2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Cesar Abreu, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Desembargador Cid Goulart.

Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Antenor Chinato Ribeiro.

Florianópolis, 24 de novembro de 2009.

Ricardo Roesler
RELATOR

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA

Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2009.055495-7, de Tubarão

Relator: Desembargador Substituto Ricardo Roesler

MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO EXTINTA POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRETENSÃO DE HAVER RECONHECIDO, PELA VIA MANDAMENTAL, O DIREITO A APROPRIAÇÃO DE CRÉDITOS FISCAIS. DISCUSSÃO EM TORNO DO ALCANCE DA DECLARAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. VIABILIDADE DA AÇÃO MANDAMENTAL.

TRIBUTÁRIO. ICMS. DIREITO AO APROVEITAMENTO DE CRÉDITO NA AQUISIÇÃO DE INSUMOS ("BENS DE CONSUMO E DE USO"), EMPREGADOS NA ELABORAÇÃO DE PRODUTOS DESTINADOS À EXPORTAÇÃO. ADVENTO DA EC N.º 42/03, QUE PERMITE A APROPRIAÇÃO DE CRÉDITO GERADO NAS OPERAÇÕES ANTERIORES, RESERVADAS À PRODUÇÃO DE BENS DESTINADOS AO MERCADO EXTERNO. COMPREENSÃO DA IMUNIDADE OBJETIVA EM SEUS TERMOS, DE MODO AMPLO. AUSÊNCIA DE QUALQUER LIMITAÇÃO NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL. APROVEITAMENTO QUE INDEPENDE DE REGULAMENTAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. INAPLICABILIDADE DO DISPOSTO NA LEI COMPLEMENTAR N.º 87/96.

DIREITO DE APROPRIAÇÃO DOS CRÉDITOS EM QUESTÃO NA PROPORÇÃO DO VOLUME DE EXPORTAÇÕES, EM RELAÇÃO AO TOTAL DE SAÍDAS DO ESTABELECIMENTO (ART. 33 DA LC N.º 87/96). EFEITOS QUE SE CONTAM A PARTIR DA VIGÊNCIA DA ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL. CORREÇÃO PELA SELIC. SUSPENSÃO, CONTUDO, DO DIREITO DE APROPRIAÇÃO, ATÉ O TRÂNSITO EM

JULGADO (ART. 170-A, DO CTN). PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE OFENSA AOS PRECEPTIVOS INVOCADOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Conforme preconiza a jurisprudência corrente, é viável o manejo de pedido declaratório para assegurar, em tese, o aproveitamento de crédito tributário (**REsp 468.034/SP**, Rel. Min. Eliana Calmon). A par dessa premissa, eventual discussão em torno dos efeitos da declaração não afasta o evidenciado interesse e a possibilidade da impetração que reclama, entre outros pedidos, o reconhecimento de relação jurídico-tributária.

Conforme dispõe o art. 155, § 2.º, X, *a*, da Constituição Republicana, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 42/03, o ICMS não incidirá "*sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior,* ***assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores***". Partindo-se da premissa de que a lei não comporta termos despidos de carga imperativa e semântica, a inserção pontual do direito ao aproveito de crédito das operações que antecedem a venda ao exterior deve ser observada em sua mais ampla extensão. O direito à compensação, na hipótese, já vinha resguardado por força do primado da não-cumulatividade, o que permite concluir que o destaque dado pela EC n.º 42/03 tem um único desiderato: conferir à imunidade objetiva toda sua amplitude, de sorte a propiciar aos exportadores a perspectiva concreta de concorrer no mercado externo, mitigada de todas as formas a pretexto de suposta perda arrecadatória. Com a atual redação do dispositivo, revela-se anacrônica a discussão em torno da distinção entre os créditos físicos e financeiros, pois a todos deve ser dado tratamento linear, qual seja, o direito de apropriação, sem condicionantes,

do crédito apurado nas operações inseridas no ciclo produtivo de bens destinados à exportação.

Para operacionalizar o aproveitamento do crédito deve-se empregar a fórmula já fixada para aqueles créditos de energia elétrica e de serviços de telecomunicação, conforme disciplinado do art. 33 da LC n.º 87/96. Nos termos desse artigo, o aproveitamento deve corresponder ao valor proporcional das exportações, pelo seu valor integral (receita bruta), tendo como parâmetro o total de saídas do estabelecimento.

Havendo específica disciplina acerca da compensação (art. 23, parágrafo único, da LC n.º 87/96), e cuidando-se de pretensão complexa, natureza declaratória, a correção, a ser provida pela Selic, deve alcançar, além das parcelas vencidas a partir do manejo da ação mandamental, todo o crédito apurado no período que antecede a impetração, e que esteja inserido no prazo prescricional regulado na lei de regência.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2009.055495-7, da comarca de Tubarão (Fazenda Pública, Acid. do Trabalho e Registro Públ), em que é apelante Indústria de Moldura Moldurarte Ltda., e apelado Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Em face da decisão que julgou extinta ação mandamental por si proposta, ao fundamento de inadequação da via eleita, Indústria de Moldura Moldurarte Ltda. interpôs recurso.

Em síntese, a recorrente impetrou mandado de segurança preventivo com o fim de que lhe fosse declarado o direito de apropriar-se do crédito de ICMS decorrente da aquisição de insumos ("bens de uso" e "de consumo"), na proporção das exportações efetuadas.

Sustentou que a atual redação do art. 155, § 2.º, X, *a*, da CR, alterada pela Emenda Constitucional n.º 42/03, permite, sem ressalvas, a apropriação do crédito apurado nas operações que antecedem a exportação. Entende a impetrante que a expressão "*assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores*" deve ser interpretada de forma a permitir, com amplitude, o proveito do ICMS decorrente da cadeia produtiva, de modo a permitir a apropriação dos créditos decorrentes da aquisição de "mercadorias de uso" e "de consumo", na proporção das exportações realizadas.

Destacou que a norma inscrita no dispositivo constitucional é autoaplicável e de eficácia plena, sendo defeso à legislação infraconstitucional restringir seus limites, de sorte que não são oponíveis à apropriação dos créditos apurados nestes moldes as limitações estatuídas pela Lei Complementar n.º 87/96.

Diante desse contexto, requereu, em caráter liminar, a concessão de ordem para que lhe seja declarado o direito de escriturar e apurar contabilmente os créditos decorrentes das operações que antecedem a exportação, em toda sua extensão, bem como para declarar o direito de aproveitamento, na proporção das receitas líquidas decorrentes da exportação, com acréscimo de Selic sobre os valores cujo aproveitamento tenha sido obstado pela Fazenda, e sem as limitações do art. 170-A do CTN e do art. 81-A da Lei Estadual n.º 3.938/66 (Código Tributário Estadual).

Instado, o Estado de Santa Catarina ofereceu informações, deduzindo inicialmente a inviabilidade do manejo da ação mandamental na espécie. No mérito, afirmou a impossibilidade de concessão de ordem normativa,

além de defender a limitação imposta pela Lei Complementar n.º 87/96 em relação aos créditos financeiros, quer tenham origem em operações antecedentes à exportação ou não. Ressaltou que a limitação temporal é constitucional, nos termos da jurisprudência corrente, notadamente porque, nos termos do art. 155, § 2.º, XII, *c*, compete à lei complementar dispor sobre o regime de concessão. Em postulação sucessiva, ressaltou que eventual autorização ao aproveitamento deve ter como base o valor total da receita, e não o valor líquido apurado.

No mais, destacou a impossibilidade de conferir-se correção monetária por ausência de previsão legal e defendeu a impossibilidade de concessão de liminar por força de sua satisfatividade no caso. Por fim, destacou que eventual concessão de ordem redundará em considerável perda de arrecadação, e a partir disso "*estará instaurado o caos na arrecadação estadual, o que comprometerá todas as atividades do Estado*" (fl. 505).

Reclamou, afinal, o indeferimento da liminar e a denegação da ordem.

A liminar foi negada (fls. 508-513).

O Ministério Público opinou pela denegação da ordem (fls. 516-520).

A ação foi extinta, nestes termos:

> "Isso posto, considerando que a presente *actio* não é a via processual adequada para a finalidade pretendida pela impetrante Indústria de Molduras Molduarte Ltda., declaro extinto o presente *Mandado de Segurança*, diante da impossibilidade de atribuição de efeitos pretéritos, com fulcro no artigo 267, inciso VI e § 3.º, e artigo 329, ambos do Código de Processo Civil" (fl. 527, como no original).

Sobreveio recurso da impetrante, que afirmou incialmente seu interesse processual, afirmando o justificado receio de vir a sofrer pontual fiscalização e sanções em face de eventual aproveitamento dos créditos em

debate. Ressaltou, ademais, que a via mandamental é idônea ao cotejo de sua pretensão, que visa em essência a declaração do aproveitamento do crédito de ICMS nas operações voltadas à industrialização de produtos a serem exportados, repisando brevemente as considerações destacadas na inicial (fls. 533-554).

Instado, o Estado de Santa Catarina ofereceu razões em fl. 562, afirmando a inadequação da via mandamental à pretensão inaugural, visto que "*está sendo utilizado como instrumento para repetição de indébito tributário. Porém, a condenação com efeitos pretéritos, mesmo na forma de compensação, encontra óbice nas* [súmulas] *269 e 271 do STF*".

Reclamou, afinal, a manutenção da decisão atacada.

O Ministério Público afirmou não haver interesse por si tutelável no feito (fl. 568-571). Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. José Galvani Alberton.

Vieram-me os autos, conclusos para julgamento.

VOTO

Trato de recurso de recurso interposto pela impetrante em face de decisão que, ao indeferir a inicial, julgou extinto o processo com fundamento nos arts. 267, VI, e 329, § 3.º, do CPC. Na prática, o Magistrado pôs termo à ação mandamental por entender que o pedido objetivasse na essência efeitos pretéritos.

Tenho que a demanda reclame trato bastante distinto.

A ação mandamental é dirigida a um único desígnio, qual seja, o aproveitamento dos créditos de ICMS apurados nas operações destinadas à produção de bens ao exterior. A partir dessa premissa, desenvolveu-se, após substancioso arrazoado, um pedido de natureza complexa – desdobrando todos os atos necessários ao seu objeto, da escrituração à apropriação do

crédito corrigido – que na essência reflete uma vocação única: o reconhecimento de situação jurídica bem delineada.

Não vejo, a par dessa premissa, maiores complicações em se reconhecer, ao menos em tese, o direito da impetração. A equação é de simples ordenação: postula-se o reconhecimento de situação jurídica e a partir dela o direito de apropriação de crédito tributário, ao albergue de previsão constitucional, para então, em condição tal, desfilar infenso à atuação fiscal. Em essência, postulação dessa dimensão emblematiza pretensão de natureza declaratória, pois persegue o reconhecimento de determinada relação jurídica.

Eis o traço diferencial: o reconhecimento de relação jurídica. Não se confunde a pretensão com impetração em face de lei em tese, pois que bem caracterizada a qualidade da impetrante e sua sujeição ao tributo que se imiscue ao pano de fundo da pretensão; de outro lado, não se objetiva delinear situação genérica, de caráter normativo. O objeto é bem definido, e se limita ao aproveitamento dos créditos em operações próprias, que se afirmam na cadeia produtiva destinada à exportação.

Dito isso, o interesse da impetrante sobrevém na sujeição de suas operações ao controle do Fisco, que poderá glosar o aproveitamento dos créditos que se pretende aproveitamento, legitimando o escudamento pretendido pela via mandamental.

Em princípio, a decisão atacada parece ter identificado o interesse, mas sem contornar a finalidade declaratória da ação mandamental, e a partir daí limitar ou não seus efeitos.

Deixo mais claro: a exemplo de qualquer ação cognitiva, é possível a postulação de declaração, o que invariavelmente redunda na apreciação, pela via judicial, da existência ou inexistência de relação jurídica (art. 4.º, I, do CPC). No âmbito tributário, fica evidente, destina-se a revelar a existência ou inexistência de relação jurídico-tributária, ou, dito de outro

modo, de submissão do impetrante ao cumprimento de determinado dever instrumental ou material tributário. E, conforme acentua Hugo de Brito Machado, "*em se tratando de relação continuativa, esse dispositivo* [da sentença] *há de permanecer inalterado enquanto perdurar o estado de fato, e a norma que com ele compõe a relação*" (*Mandado de segurança em matéria tributária*, Dialética, 2006, p. 201).

Logo, conquanto não tenha por vocação unicamente a obtenção de declaração, ela é de todo admissível na via mandamental, posto que não tenha pro pretensão declarar determinada exação indevida ou a repetição de montante certo de algum tributo. Tem se admitido, pois, e sem sobressaltos, o "*cabimento do* mandamus *apenas para garantir, em tese, o direito ao aproveitamento de créditos, cujo procedimento deve ser feito pelo contribuinte e fiscalizado pela Administração, que não fica impedida de cobrar eventual saldo devedor*" (**REsp 468.034/SP**, Rel. Min. Eliana Calmon).

Fato a considerar, contudo, e que parece ter norteado a decisão hostilizada, é a eventual modulação dos efeitos do mandado de segurança. É certo, de toda sorte, que qualquer postulação declaratória deveria alcançar, no mínimo, a impetração, e nem mesmo isso parece ter sido considerado inicialmente.

Todavia, poderia remanescer dúvida em relação aos período precedente, por força do disposto nas súmulas n.º 269 ("*o mandado de segurança não é substituto de ação de cobrança*") e 271 ("*concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria*") do STF.

Tenho, a exemplo da ressalva feita pela Min. Eliana Calmon no aresto citado, alguma censura em relação a lançar retroativamente os efeitos da sentença mandamental, dada a natureza da ação que lhe serve de suporte. Na prática, observo que o mandado de segurança tem sido manobrado

com aparente esquivo na seara tributária, o que em si é fruto da própria dinâmica tributária.

Explico: em regra, como sói de acontecer principalmente na hipóteses de ser o impetrante contribuinte de tributos por lançados por homologação, independe ele, para apropriar-se de tributo pago indevidamente ou não aproveitado, de qualquer providência administrativa. Ou seja: realiza, no âmbito de sua contabilidade, de modo escritural e imediato, os ajustes necessários, para então declarar o tributo devido ao fisco. Assim, por exemplo, obtida a declaração reconhecendo circunstância de fato e de direito que lhe permita a apropriação de crédito, o fará sem intervenção do Fisco, embora este possa, já foi dito, exercer o controle administrativo posteriormente (ressalvada aquelas hipóteses de transferência de crédito, em que se exiga prévia autorização fiscal).

Em suma, a declaração do direito de apropriação, em hipóteses tais qual a que se julga, não exigirá posterior ação judicial para ser implementada, e só eventualmente dependerá de autorização administrativa, o que, de outro vértice, alimenta desmesuradamente a utilização do mandado de segurança para obtenção de efeito declaratório.

Essa consideração, é de ser dito, não tem o condão de inibir a concessão de efeito declaratório, e, por outro lado, considerado em sua essência, não poderia mitigar os efeitos da impetração, ao menos no que pertine à declaração. O fundamento dessa afirmação repousa na ontologia do conteúdo declaratório, que é o de simplesmente reconhecer ou não a inexistência da relação jurídica; a decisão judicial nada cria: apenas atesta aquilo que eventualmente já existia no plano fático.

Nessa esteira, lembro passagem recorrente do voto do Min. Paulo Brossard, quando do julgamento da ADI n.º 2/DF, em tempos em que se discutia a essência da declaração na ação direta, e que sem exigir mimetismo bem contorna a discussão que invoquei:

> "Segundo doutrina consagrada, é *ex tunc* o efeito da declaração de inconstitucionalidade. Por que ela é congênita à lei, ela pré-existe à declaração judicial. O julgado não muda a lei, fazendo-a nula quando era válida, apenas declara o vício pré-existente. A Corte verifica e anuncia a nulidade, como o joalheiro pode afirmar, depois de examiná-lo, que aquilo que supunha ser um diamante, não é diamante, mas um produto sintético. O joalheiro não fez a pasta sintética, apenas verificou que o era.
>
> Também a decisão judicial não muda a natureza da lei, como o joalheiro não mudou a natureza do suposto diamante.
>
> Ela nunca foi lei, ele nunca foi diamante. Aquilo que se supunha ser um diamante e que o perito verificou ser um produto sintético, não deixou de ser diamante a partir da verificação do joalheiro, mas *ab initio* não passava de puro sintético" (**ADI 2/DF**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Paulo Brossard. Decisão de 06.02.92).

Em conclusão, creio que, admitido o pedido declaratório em sede mandamental, como de fato é, não há em princípio dedução de direito para fundamentar eventual limitação. Talvez melhor tratamento fosse dado ao tema se fosse considerada a modulação de efeitos da declaração, a exemplo do que sucede nas ações de constitucionalidade.

Lembro que há providência simétrica na lei de regência do mandado de segurança (art. 13, § 4.º, da Lei n.º 12.016/09), no que pertine à reserva ao pagamento de vantagens salariais percebidas em face da concessão da ordem, que são devidas a partir da impetração. Há que se pensar o mandado de segurança a partir dessa perspectiva, não como simples exercício de purismo, mas sim com o objetivo de salvaguardar a verdadeira vocação desta ação, que vem se desbotando ao longo do tempo em face do seu uso indiscriminado.

Nada obstante, observada a natureza da declaração atestada, e o reconhecimento de seu pedido para fins de compensação em sede mandamental (súmula n.º 213 do STJ), é de se permitir que os efeitos da declaração alcancem, também, períodos anteriores à impetração.

Assim, havendo elementos por si bastante palmares para apreciar a causa, e sem esquecer, também o seu cotejo em outras ocasiões neste colegiado, passo incontinente à análise do tema de fundo.

A delimitação do problema é simples: resume-se ao trato a ser dado ao crédito de ICMS apurado na cadeia de operações de produção de mercadorias destinadas às exportação, especificamente àquele gerado com a aquisição de bens de consumo e bens de uso. E eis a problematização: há algum condicionante ao aproveitamento dos créditos daí decorrentes, seja na manutenção do imposto devido, seja para a transferência a terceiro?

O questionamento tem por móvel a seguinte premissa: segundo o Estado de Santa Catarina, o ICMS decorrente da aquisição de bens de uso e de consumo que se inserem do ciclo de produção das mercadorias destinadas à exportação pode ser aproveitado, à vista do que prevê o art. 155, X, *a*, da CR; a manutenção desse crédito, porém, fica condicionada aos contornos da Lei Complementar n.º 87/96, a Lei Kandir. Isso porque a própria Constituição, em seu art. 155, § 2.º, XII, *c*, conferiu à lei complementar a disciplina sobre a compensação de tributos.

A par disso, o Estado recorrido percorre com certo fôlego a distinção entre *crédito físico* e *crédito financeiro*, cujo maior traço está no fato de o primeiro referir-se àquele apurado diretamente em relação aos produtos que compõe a cadeia produtiva e que de algum modo continuarão circulando (gerando, assim, nova tributação pelo mesmo imposto), e o segundo está relacionado à aquisição de bens inseridos na cadeia produtiva, consumidos ou não no processo fabril, e desde que não haja mais circulação.

A respeito da dicotomia feita, destaco de início que alguma doutrina propõe distinção entre insumos, bens de consumo e bens de uso, de modo a melhor situá-los na discussão da incidência do ICMS. São estes os termos:

> "Para melhor entendimento, faz-se conveniente apresentar a distinção entre bens de insumo, consumo e ativo imobilizado:
>
> Bens de insumo são aqueles destinados à comercialização, as matérias-primas ou produtos intermediários para emprego na industrialização - produtos que serão repassados para o consumidor.
>
> Bens de consumo são os de uso ou consumo do contribuinte em seu próprio estabelecimento, seja na manutenção ou conservação de máquinas, não tendo participação no processo de industrialização.

Bens do ativo imobilizado ou fixo são os equipamentos utilizados para o processamento da matéria prima, os móveis que compõem a empresa, os veículos por ela utilizados, qualquer mercadoria cuja vida útil ultrapasse a doze meses de uso (Maria Lúcia Américo dos Reis e José Cassiano, *O ICMS ao alcance de todos*, Forense, 1991. p. 3).

A despeito da distinção proposta, que de algum modo pode servir como técnica de escrituração contábil (notadamente porque a LC n.º 87/96 deles se utiliza distintamente, nem mesmo empregando o termo *insumo*), tenho que, no plano em que se discute a incidência (ciclo produtivo para exportação), a formulação deve ser feita de modo diverso, de sorte a operar-se, sob a insígnia de *insumo*, tudo o que, de algum modo, esteja inserido no ciclo fabril, seja ou não consumível nesse processo.

Assim penso mais adequado porque não se discute na espécie catalogação contábil, mas apuração de incidência tributária e seus reflexos; a diferenciação entre um e outro crédito em face de sua origem é de todo indiferente na discussão que se trava, pois, seja qual for o rótulo que se confira ou mesmo o desdobramento que se proponha, ele é irrelevante do ponto de vista propriamente contábil, pois tudo que é pago é computado como custo produtivo, premissa maior a justificar a pretensão inicial. Logo, a distinção, para o que proponho com meu voto, não tem significação.

Ressalto, por oportuno, que a distinção apontada não encontra ressonância no léxico técnico, que de regra tem por *insumo*, a exemplo do que

faz a contabilidade de custos, *todo e qualquer elemento*, consumido ou não, que faça parte do processo fabril. Veja-se no particular: Leib Soibelman, *Enciclopédia do advogado*, Thex Ed. - Biblioteca Universitária Estácio de Sá, 1995, p. 199; Paulo Sandroni, *Dicionário de administração e finanças*, Best Seller, 1996, p. 245; Eduardo Marcial Ferreira Jardim, *Dicionário jurídico-tributário*, Dialética, 2005, p. 177-178; Jorge Monteiro Furtado, *Dicionário de assuntos fiscais tributários*, Lia Editor, 1969, p. 148; Maria Helena Diniz, *Dicionário jurídico*, vol. 2, 2008, p. 955.

A partir dessa conclusão, crédito de ICMS deve assim ser considerado aquele apurado em quaisquer operações relacionadas à cadeia produtiva, independentemente de sua origem.

Pois bem. Por força do primado da não-cumulatividade tributária, o imposto que incide mais de uma vez dentro do mesmo ciclo em que é estabelecido deve ser compensado. A dinâmica, bem conhecida, implica na apuração do tributo pago (saída de mercadorias) em confronto com aquele devido (entrada de mercadorias). E a finalidade é também bastante palmar: evitar a reincidência sucessiva do tributo, dentro da mesma cadeia produtiva.

Tributaristas de revelo destacam que essa dinâmica tem por fim direcionar o pagamento do tributo a quem efetivamente é *consumidor de mercadorias*. Isso porque, segundo anotam Misabel Abreu Machado Derzi e Sacha Calmon Navarro Coêlho, o ICMS é tributo destinado não a onerar a produção, mas o seu consumidor final (Direito à compensação de crédito no ICMS, *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 27, 1997, p. 98).

Não se trata aqui de um sofisma; a limitação, veja-se, tem ambientação constitucional: o imposto incide sobre a *circulação de* ***mercadorias*** e serviços (art. 155, II, da CR), e não indistintamente sobre *quaisquer produtos* postos em circulação. Em essência, o ICMS guarda identidade com o imposto de consumo, cujo paralelismo é inevitável. Na lição de

Alfredo Augusto Becker, este tributo exigia um fato propriamente negativo: o consumo, assim considerado como o fato de ter *deixado de existir* algo (*Teoria geral do direito tributário*, Lejus, 1998, p. 411 e segs.), o que representa, em relação ao ICMS, *deixar de circular* a mercadoria.

Daí porque não se permite a livre oneração da cadeia produtiva: a causa em si do tributo é o consumo, na acepção estrita do termo. Leia-se Hugo de Brito Machado sobre a questão:

> "Todas mercadorias são coisa, mas nem todas as coisas são mercadorias. **O que caracteriza uma coisa como mercadoria é a destinação**. Mercadorias são aquelas coisas móveis destinadas ao comércio. São coisas transformadas, e ainda aquelas produzidas para a venda. Não são mercadorias as coisas que o empresário adquire para uso ou consumo próprio. (...)" (*Curso de direito tributário*, Malheiros, 2001, p. 311 – grifei).

Sob esse prisma, pode-se concluir, sem nenhum desconforto, que nenhum produto, senão mercadoria transformada, deve sujeitar-se ao ICMS; melhor dito, deve-se resguardar, ressalvada a hipótese de **aquisição de mercadoria**, o direito de compensação do tributo incidente sobre a aquisição de qualquer outro bem.

Nada obstante, há que se ter também em conta que o imposto representa importante fonte de manutenção dos Estados, e que, por outro lado, a resolução de problemas tributários nunca passa ao largo de algum discurso de política fiscal. E a Lei Kandir é bom exemplo disso.

Cuidando-se a não-cumulatividade de primado constitucional, não é possível admitir-se qualquer ingerência da legislação ordinária, ressalvadas, evidentemente, aquelas prescritas pelos incisos I e II do § 2.º do art. 155 da CR. No mais, o direito de crédito nasce com a ocorrência do fato imponível do tributo (Roque Antonio Carrazza, *ICMS*, 2007, p. 345). Ou ao menos assim deveria ser.

Ocorre que, a propósito do que anotou com pontualidade Hugo de Brito Machado, a Constituição não é em si criadora de tributos, mas ordenadora de limitações ao poder de tributar. Em regra, lembra o autor, é a legislação complementar a responsável por implementar os limites dessa competência (Substituição tributária no ICMS, *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 66, p. 30).

Em matéria de ICMS, o fato é insofismável. A Lei Kandir (Lei Complementar n.º 87/96), responsável pela sua disciplina, assumiu regiamente a regulamentação do tributo, de modo tal a receber uma veneração que parece transcender até mesmo os contornos constitucionais da imposição tributária. Nenhuma crítica haveria de ser feita não fosse o fato de ter a lei complementar extrapolado em boa parte os contornos traçados pela Constituição. Em outros termos, revelou-se mais realista que o rei, sobretudo no que diz respeito ao aproveitamento de créditos fiscais.

Na prática, o legislador infraconstitucional, visivelmente desapegado das amarras constitucionais em alguns momentos, implementou a limitação no direito de aproveitamento de créditos. Mais que isso, a legislação complementar, a pretexto de regular o ICMS, tem se mostrado um vigoroso instrumento de limitação ao princípio da não-cumulatividade. Entre elas, vale lembrar de modo pontual, aquela proposta pela LC n. 102/00, que também militava contra o aproveitamento do crédito financeiro, e contra qual Sacha Calmon Navarro Coêlho sentenciou:

> "Dá-se que entre nós, contra a Constituição e dócil ao querer de governantes ignorantes e ávidos por recursos para gastá-los em fins nem sempre dignos ou desejáveis, o legislador infraconstitucional afronta a Lei Maior e desfigura, dia após dia, o princípio da não-cumulatividade, com anuência da maior parte do empresariado e o beneplácito acomodatício do Poder Judiciário enquanto guarda da Constituição. Nestas circunstâncias, cabe à consciência jurídica nacional repudiar a amortização delonga dos créditos do ICMS escriturados quando da aquisição de bens do ativo fixo e a limitação do aproveitamento de certos *imputs* indiretos, a tão-somente àqueles

> diretamente ligados ao 'produto' e não ao 'processo' de produção e circulação de bens e serviços, como disposto na Lei Complementar 102, numa volta irracional do superado conceito de 'crédito físico' comum às mentes incultas, sobre favorecer exclusivamente os interesses fiscalistas voltados a obter receitas, porém nem sempre atentos à satisfação das necessidades básicas do sofrido povo brasileiro" (Denunciamos. Lei Complementar 102/2000, *Revista Associação de Direito Tributário* n. 5/6, 2000, p. 267-268).

No que pertine à hipótese aqui em debate, lembro que a legislação complementar (LC n.º 87/96 e suas alterações) foi ainda mais severa no trato do aproveitamento de crédito; foi, de fato, de uma violência aguda e sem qualquer pudor, particularmente, no que diz respeito aos créditos nominados financeiros, de modo a suprimir veladamente o direito de compensação na hipótese. Sobre o tema, disciplina a lei:

> "Art. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação **com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado**.
>
> **Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.** (...)
>
> Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:
>
> **I - somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2011**; (com redação da LCP n.º 122/06)."

Não requer muita obstinação nem tirocínio concluir que, a pretexto de *disciplinar o regime de compensação*, a Lei Complementar n.º 87/96 e suas alterações simplesmente têm negado diuturnamente o direito de apropriação de "crédito financeiro".

O histórico legislativo não deixa dúvidas. Basta lembrar que a LC n.º 87/96 foi alterada pela primeira vez no ano seguinte à sua edição, por meio da LCP n.º 92/97, postergando o aproveitamento destes créditos para a partir de 01.01.00; após, com o avento da LCP n.º 99/99, adiou-se a manutenção para 01.01.03; adiante, mais uma vez prorrogou-se a impossibilidade de aproveitamento, lançando-o para 01.01.07, nos termos da LCP 114/02; finalmente, adveio a LCP n.º 122/06, que adiou novamente a manutenção dos créditos, agora para janeiro de 2011. Em suma: conquanto assegurado constitucionalmente, o gingado legislativo afastou, desde a edição da necessária lei complementar (Lei Kandir), o aproveitamento dos créditos financeiros, sob o véu de uma odiosa e inexplicável moratória.

Não à-toa essa sistemática foi, de modo contudente, censurada principalmente pela doutrina mais autorizada. Muito se denunciou o engodo legislativo, mas nada foi suficiente para acalmar o sempre indócil apetite tributário dos Estados, que reclamam reiteradamente a falta de compensação da União pelas *perdas* havidas em decorrência dos instrumentos de aproveitamento de créditos instituídos nos últimos anos.

Ao contrário, a praxe pretoriana, de um modo geral, tem acolhido as limitações à compensação. Veja-se, por oportuno, a ADI-MC n.º 2.250-0/DF, ocasião em que admitiu-se legítimo o fracionamento na manutenção destes créditos, em face das mudanças trazidas pela LC n.º 102/00.

De outro norte, a Corte Superior, ao analisar pontualmente a limitação temporal relatada acima, entendeu adequada a condicionante em face do permissivo constitucional. Eis os termos:

> "TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO ORIUNDO DA AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS. COMPENSAÇÃO IMEDIATA DE CRÉDITO DECORRENTE DE AQUISIÇÃO DE BENS DESTINADOS AO USO E CONSUMO. LC 87/96.

> I - A segurança concedida declarou o direito à compensação administrativa dos créditos, com a participação do Estado, para sua utilização sem restrições temporais, observando-se o prazo prescricional de cinco anos, a contar da propositura da lide.
>
> II - **A LC nº 87/96 criou benefício para o contribuinte, prevendo a possibilidade de serem compensados créditos de ICMS decorrentes da aquisição de mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento. No entanto, fixou limite temporal que deve ser observado para sua implementação, devendo ser reformada a decisão.**
>
> III - O recorrente não fundamentou o pedido para a denegação da segurança quanto à compensação dos créditos de ICMS oriundos da aquisição de mercadorias destinadas ao comércio, razão pela qual se mantém o julgado neste ponto.
>
> IV - Recurso especial parcialmente provido para que a segurança concedida pelo Tribunal *a quo* observe os limites e restrições dos artigos 20 e 31 da LC nº 87/96" (STJ, **Resp 584.019/MT**. Primeira Turma. Rel. Min. Francisco Falcão. Decisão de 28.09.04 – grifei).

Em relação ao mercado interno, portanto, não há sobressalto jurisprudencial: o aproveitamento de créditos ditos financeiros deve submissão aos limites temporais sucessivamente estabelecidos na Lei Complementar n.º 87/96. A questão é saber se o mesmo pode ser dito em relação aos créditos apurados em relação à aquisição de bens desta natureza (de consumo e de uso) que, de algum modo, sejam inseridos no processo de fabrico ou industrialização de mercadorias destinadas à exportação.

A exemplo do que se observa sobre a incidência do tributo no âmbito interno, a tributação das operações de exportação sempre foi motivo de acirrada disputa. A propósito, do ponto de vista dogmático, discutir a incidência do ICMS em operações de exportação sempre justificou-se no discurso da extrafiscalidade, centrado na manutenção da produção interna. Conforme preleciona Misabel Abreu Machado Derzi,

> "*A tributação das operações de importação por meio do IPI e do ICMS não obedece apenas razões de ordem fiscal. Como se sabe, o imposto de importação e o imposto de exportação não têm objetivos fiscais, mas predominantemente extrafiscais, de evidente defesa da produção interna, que, muitas vezes, não tem competitividade em face dos produtos estrangeiros, de proteção às divisas e ao equilíbrio da balança comercial*" (em Baleeiro, Aliomar, *Direito tributário brasileiro*, forense, p. 381).

Na prática, porém, o ICMS, maior fonte tributária de arrecadação direta dos Estados, sempre desvelou, ao menos em relação a estes entes, feição essencialmente fiscal. Por conseqüência, sempre houve muita resistência em afastar a incidência do tributo das operações de exportação. Em relação especificamente ao ICMS, não custa lembrar, a imunização ampla das operações que destinam mercadoria ao exterior defluiu da Constituição de 1988.

Houve, evidentemente, indisfarçada irresignação dos Estados com a perda de receita, amenizada em parte pelo permissivo conferido pela própria Constituição de 1988, e que permitiu aos Estados reservar parte da perda sofrida com a mudança da sistemática de incidência nas operações de exportação. Nesse ambiente, aliás, nasceu o Convênio ICMS n.º 66/88, norma de caráter transitório instituída pelos Estados da Federação aos auspícios do art. 34 do ADCT, para regular o ICMS na ausência de lei complementar.

Ao convênio competiu, entre outros, fixar que produtos seriam considerados "semi-elaborados", pois tal categoria não estava inserida entre os bens agraciados pela imunidade objetiva conferida às operações de exportação. Na redação original do art. 155, § 2.º, X, *a*, da CR/88, é bom lembrar, se fez constar que não incidiria o ICMS "*sobre operações que destinem ao exterior produtos industrializados, excluídos os semi-elaborados definidos em lei complementar*".

Lançando mão do permissivo constitucional (art. 34 do ADCT), os Estados mitigaram parcela da imunidade reservada pela Constituição, o que foi em parte ajustado com o a advento da LC n. 87/96, que veio a considerar isentos os produtos semi-elaborados, não alcançados inicialmente pela benesse constitucional.

Ainda assim tratava-se de um quase-incentivo à exportação. Embora ampliado o rol de mercadorias alheios à tributação pelo ICMS, a LC n.º 87/96 continuava sendo o único regramento a disciplinar o aproveitamento dos créditos de ICMS, quer físicos quer financeiros.

A mudança de paradigmas, todavia, foi sentida com o advento da Emenda Constitucional n. 42, de 2003, que deu generosos contornos ao art. 155 da CR, fazendo constar a seguinte redação:

> "*Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...)*
>
> II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (...)
>
> § 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (...)
>
> X - não incidirá:
>
> ***a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores;*** "

Do ponto de vista teleológico, a inovação decorre da ampla imunização de todas as operações de exportação, que, como foi dito, não incluíam inicialmente os produtos semi-elaborados. O que muda a partir de então, porém, é a análise axiológica da tributação no particular, sobretudo no que pertine às operações que antecedem a exportação.

Nas palavras de Lévi-Strauss, alguns exercícios lógico-filosóficos tendem, em seu primor retórico, relativizar diferenças em lugar de distinguir grandezas assimétricas (*Tristes trópicos*, Cia. das Letras, 1996, p. 50). É com essa advertência que se deve analisar a alteração trazida pela EC n.º 42/03. Sobre ela, aliás, observo ainda a lição de Alfredo Augusto Becker: "*não se deve cometer o erro elementar de não saber distinguir, numa única fórmula literal legislativa, duas ou mais regras jurídicas de natureza distinta*" (*Teoria geral do direito tributário*, 1998, p. 396). Desde o advento da emenda, não vislumbro como admitir-se qualquer limitação à apropriação do crédito questionado, pois o dispositivo constitucional é amplo, e vai mais além do que contemplar puramente a imunidade absoluta da exportação. Afinal, por que razão se instituiria, em dispositivo específico, o direito à compensação dos créditos apurados nas operações que antecedem às exportações?

De fato não havia em princípio razão para inserir-se no texto constitucional, em regra específica e bem situada, o direito de compensação; bastaria, pois, a regra geral de não-cumulatividade, já bem explorada, inclusive, pela legislação complementar. A qualificação, a meu ver, tem um único desiderato: beneficiar, do início ao fim, em todo o seu ciclo produtivo, a operação de exportação. E isso, evidentemente, distante de qualquer condicionante, quer seja formal, quer seja temporal.

Com efeito, a disposição do artigo não permite outra exegese, senão a de reconhecer ao ciclo de atividades que informam as operações de exportação um *status* peculiar, bem ajustado as suas necessidades, para assim permitir aos exportadores competir com alguma paridade no cenário internacional.

Segundo Aroldo Gomes de Mattos, da eficácia do dispositivo constitucional se extrai a pretensão de valorizar a exportação em toda sua extensão, seja pela imunidade na operação de venda no exterior, seja pelo asseguramento do direito de compensar-se do crédito gerado em relação

às operações anteriores, sem entrelinhas ou ressalvas (ICMS – Saldo acumulado decorrente de exportação – não-aproveitamento *versus* incidência IRPJ/CSSL, *Revista Dialética de Direito Tributário* n.º 115, 2005, p. 26). Nem se poderia permitir menos; até então não se cogitava efetivamente da imunização dessas operações, que eram realizadas com a agregação de quase todo o custo que as antecedia, tolhendo em boa parte a competitividade do produto nacional.

Todavia, diante da nova moldura constitucional, é indefensável, no que pertine às exportações, distinguir a natureza dos créditos para limitar o aproveitamento, em toda sua extensão. Assim se exige porque a exportação desafia não a concorrência interna, mas o mercado estrangeiro, ambiente em que a disputa é travada com armas bem distintas. E a medida, é bom que se diga, vem tarde, seguindo na contramão da política adotada pela maioria dos Estados no que pertine à exportação.

Lembro que as operações de exportação são em regra regidas pelo que denomina a doutrina de *princípio da tributação no país de destino*, de modo a não sobrecarregar o bem destinado ao mercado externo. Como bom exemplo disso, João Dácio Rolim e Marciano Seabra de Godoi lembram que Constituição norte-americana, de 1787, reconhecida pela sua sinteticidade, traz determinação expressa sobre o assunto na seção 9, inc. V: "no tax or duty shall be laid on articles exported from any State". Em bom vernáculo, *nenhum imposto ou direito deverão gravar as mercadorias exportadas de qualquer Estado* (Imunidade na exportação de produtos industrializados. Créditos acumulados decorrentes de incentivos fiscais. Integral aproveitamento, em *O ICMS e a LC 87/96*, Dialética, 1996, p. 70). Nada mais lógico em face do fim pretendido: somente num ambiente livre de tributação, sobretudo a indireta, é que há a possibilidade de fomentar a concorrência no mercado exterior.

Assim, tenho claro que com o advento da EC n.º 42/03 pretendeu-se a plena eficácia da regra de imunidade com que se laureou as operações de exportação, doravante sem limitadores ou empecilhos. Do ponto de vista da eficácia e da aplicabilidade, segundo a formulação de José Afonso da Silva (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, Malheiros, 2001, p. 91 e segs.), trata-se de norma de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, em toda sua extensão, e, diante de sua colocação no plano constitucional, impassível de limitações. A Constituição não o fez; ao legislador infraconstitucional não cabe fazer.

Não esqueço que a própria CR orientou a edição de lei complementar para regulamentar o aproveitamento de crédito decorrente da exportação. O art. 155, § 2.º, prevê as hipóteses em que haverá disciplina do regime de tributação por lei complementar, fazendo constar da alínea *f* que a ela caberá "*prever casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, e serviços e mercadorias*". No entanto, essa disposição precede à EC 42/03, que em si é suficiente para assegurar o direito à apropriação do crédito gerado com a exportação. Desde o seu advento, aquela regra perdeu sua razão de ser, ao menos no que respeita às exportações.

Roque Antonio Carrazza, particularmente, tem por implicitamente revogada aquela disposição (art. 155, § 2.º, *f*), em face da descortinada antinomia com a disciplina estatuída pela EC n.º 42/03, que dispensa qualquer outra normatização. Nas palavras do autor, "*não há como, nem por quê, lei complementar cuidar desse assunto. Realmente, caso reproduza a Constituição, será inócua; caso a restrinja, será inconstitucional*" (*Curso de direito constitucional positivo*, Malheiros, 2006, p. 917).

Compreenda-se, pois, a disposição constitucional em toda sua magnitude; às operações de exportação conferiu-se imunidade objetiva, cuja finalidade só pode ser efetivamente alcançado se assegurado, em todo

ciclo produtivo, o aproveitamento do crédito de ICMS gerado. E tal qual situada no plano constitucional, não está ela a necessitar de qualquer outro subterfúgio para alcançar efetividade, e tampouco permite distinção quanto à origem. Conforme apontado por Cláudio de Oliveira Santos Colnago, "*(...) a norma constitucional foi bem mais além do que a previsão já existente na LC 87/96, pois tratou de não somente assegurar a 'manutenção', como também o 'aproveitamento' do crédito escritural às empresas que dele sejam titulares*" (A desoneração de ICMS nas exportações e o protocolo ICMS 30/2005: *algumas considerações*, em *Revista Tributária e de Finanças Públicas* n. 67, 2006, p. 109).

A despeito de toda discussão que se possa alimentar em torno da nova arquitetura constitucional que envolve operações de exportação, tenho claro que em verdade não há nada de efetivamente novo, senão a bem-sucedida tentativa de corrigir a deformação causada pela LC n.º 87/96 no trato destas operações. Lembro, aliás, que o projeto original dessa norma (PLP n.º 95/1996) tinha por objetivo o *aproveitamento de crédito de ICMS em toda sua extensão* no âmbito da cadeia produtiva, e não da forma mutilada como restaria desenhada no texto final e nas sucessivas alterações. A intenção inicial era de fato reparar um erro histórico, iniciado com o Convênio ICMS 66/1988, para assegurar, efetivamente, a apropriação de crédito de ICMS dentro do ciclo produtivo, independentemente da origem. Cito, por oportuno, a justificativa do próprio autor do projeto, o então Deputado Antonio Kandir:

> "No regime da Constituição anterior, a lei complementar que regia a matéria era, basicamente, o Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, ao qual a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal havia reconhecido o caráter de lei materialmente complementar.
>
> Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, considerando que haviam sido introduzidas no regime constitucional do ICMS várias alterações, inclusive a tributação dos transportes interestaduais e intermunicipais, considerando que a lei complementar existente não continha todas as normas gerais que derivassem do novo texto

constitucional e considerando a exiguidade de tempo para expedi-las, deferiu aos Estados para, através de convênio, expedirem tais normas em caráter provisório, o que foi feito através do Convênio ICM - 66/88. Já agora é tempo de ser expedida lei complementar, mesmo porque a constitucionalidade do Convênio em causa tem sido judicialmente contestada e em muitos casos reconhecida pelos tribunais.

O projeto foi feito com a introdução de algumas alterações de normas que hoje regem o imposto para serem melhor atendidas sua natureza e seu escopo.

Ao contrário da Constituição anterior, a atual não define o sujeito passivo do imposto, deferindo a tarefa à lei complementar. **Assim, no projeto, o sujeito passivo é definido com referência à habitualidade na prática das operações tributáveis. Esta nota característica está intimamente ligada à noção de mercadoria, por sua vez ligada à noção de circulação. Por sua natureza, este imposto deve ter como sujeitos passivos aqueles que - pessoas físicas ou jurídicas - se inserem no processo econômico da produção e da circulação.** A característica de habitualidade só não se requer na importação que pode ser esporádica. Neste caso, a sujeição passiva estende-se a pessoas físicas que importem bens para seu uso, com exclusão de bagagens, por motivos óbvios. Se assim não se fizesse, os bens importados gozariam de vantagem indevida sobre os nacionais.

O segundo ponto de inovação do projeto é o que permite o crédito do imposto referente a todas as mercadorias ou serviços que entram no estabelecimento, exceto os que digam respeito a atividades alheias ao escopo deste. Ainda hoje se faz a distinção entre crédito físico (concernente a mercadoria a serem revendidas ou que integram produto fabricado ou que se consomem no processo de fabricação) e crédito financeiro (que diz respeito a bens destinados ao ativo). O projeto abole a distinção, em primeiro lugar porque o não creditamento do imposto referente a bens do ativo permanente produz efeitos cumulativos que não se compadecem com imposto deste tipo, nem com o texto constitucional e, em segundo lugar, porque toma o imposto mais compatível com sua função econômica. Em linhas muito gerais, passa-se de um imposto tipo produto bruto a um imposto tipo consumo, que pode tornar-se poderoso indutor

> de novos investimentos. Ainda como consequência, propõe-se que seja feita de modo proporcional a apropriação de créditos referentes a mercadorias e serviços empregados na produção ou comercialização de produtos que darão origem a tributação e produtos que serão isentos.
>
> Se não se utilizam créditos quando os produtos ou serviços a que se referem gozam de isenção ou não são tributados, o mesmo não deve ocorrer com as exportações e com os casos em que a não tributação resulte diretamente de preceito constitucional. No primeiro caso, a medida impõe-se para que a não tributação dos produtos exportados seja integral e não limitada ao valor agregado na última operação; é esta a única forma de não se frustrar a finalidade da norma constitucional. No segundo caso, a não utilização dos créditos produziria um intolerável e inadmissível efeito cumulativo.
>
> A Constituição não manda tributar a exportação de produtos industrializados semi-elaborados. Apenas permite que o legislador o faça se julgar conveniente. Os interesses nacionais requerem que esta tributação não exista e é por esta razão que o projeto faz referência apenas a produtos industrializados, ao mesmo tempo em que revoga a lei complementar nº 65, de 15 de abril de 1991. Basta que o legislador não defina o que são produtos industrializados semi-elaborados para que eles não sejam tributados quando exportados, uma vez que, na ausência de definição, subsumem-se na categoria de produtos industrializados. (...)" (fls. 6-7 do **PLP n.º 95/96** – sem grifos no original).

Apenas para frisar: à época, a determinação constitucional jungia-se a exonerar propriamente às operações de exportação (imunidade objetiva), sem nada mencionar especificamente sobre o crédito apurado nas operações anteriores.

No plano jurídico, portanto, é insustentável a tese de condicionamento à apropriação do crédito fiscal em questão. Sucede que o embate extravasa esta estreita discussão, pois, já foi dito, o problema reside na feição essencialmente fiscal que é dado ao tributo. Isso porque, do ponto de vista puramente técnico, nem mesmo o Estado recorrente questiona o conteúdo da norma constitucional em debate.

A prova disso não requer muito esforço; basta atentar para o fato de que o Estado de Santa Catarina desfila entre os signatários do Protocolo ICMS 30/05. Esse documento, não mais em vigor, foi a resposta dos Estados à suposta perda arrecadatória, e tinha por fim *disciplinar* (na verdade, criar severos limitadores) ao direito de transferência de crédito gerado nas operações que antecediam a exportação (atente-se ao fato de que muitas empresas estão vocacionadas essencialmente à exportação, não havendo por isso a possibilidade real de compensar todo o crédito gerado, revelando-se a transferência a única forma concreta de apropriação).

A descortinada intenção do protocolo era pressionar a União para que esta repasse a compensação devida com a queda arrecadatória decorrente da implementação do comando da EC 42/03 (assegurada pela mesma emenda, que alterou, também, o art. 91 do ADCT). O Protocolo, a propósito, partia das seguintes premissas:

> "Os Estados e o Distrito Federal, neste ato representados por seus respectivos Secretários de Fazenda, Receita, Finanças ou Tributação, considerando que
>
> as exportações são essenciais para o desenvolvimento econômico e social e para a geração de emprego e de renda no país;
>
> vêm contribuindo, além das suas possibilidades, para o aumento das exportações e, conseqüentemente, para o equilíbrio fiscal brasileiro;
>
> as exportações totais anuais brasileiras cresceram 120% no período de 1996 a 2004;
>
> no mesmo período, os ressarcimentos recebidos pelos Estados e pelo Distrito Federal, que representavam cerca de 50% das perdas decorrentes da desoneração das exportações, foram reduzidas para 23%;
>
> o conceito de ressarcimento das perdas decorrentes da desoneração do ICMS nas exportações foi consagrado na Constituição Federal de 1988, como um dos princípios fundamentais ao equilíbrio do pacto federativo, reafirmado pela Emenda Constitucional nº 42, de

2003, ao acrescer o art. 91 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com o seguinte comando:

'Art. 91. A União entregará aos Estados e ao Distrito Federal o montante definido em lei complementar, de acordo com critérios, prazos e condições nela determinados, podendo considerar as exportações para o exterior de produtos primários e semi-elaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente e a efetiva manutenção e aproveitamento do crédito do imposto a que se refere o art. 155, § 2º, X, a. (...)

§ 3º Enquanto não for editada a lei complementar de que trata o caput, em substituição ao sistema de entrega de recursos nele previsto, permanecerá vigente o sistema de entrega de recursos previsto no art. 31 e Anexo da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, com a redação dada pela Lei Complementar nº 115, de 26 de dezembro de 2002.'

no mesmo sentido, a Lei Complementar nº 87/96 determina:

'Art. 31. Nos exercícios financeiros de 2003 a 2006, a União entregará mensalmente recursos aos Estados e seus Municípios, obedecidos os montantes, os critérios, os prazos e as demais condições fixadas no Anexo desta Lei Complementar.'

o governo federal não vem cumprindo integralmente os preceitos legais acima referidos;

o governo federal não vem cumprindo os acordos firmados com os Estados e com o Distrito Federal;

o governo federal não adotou quaisquer providências no sentido de encaminhar ao Congresso Nacional o projeto de lei complementar a que se refere o art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

o governo federal não providenciou o aporte complementar de recursos no valor de R$ 900 milhões destinados a minimizar as perdas dos Estados e do Distrito Federal, conforme ficou acordado em dezembro de 2004;

> o governo federal não incluiu no seu orçamento para o ano de 2006 nenhum valor para ressarcir os Estados e o Distrito Federal pelas perdas relativas à desoneração das exportações;
>
> apesar da previsão constitucional de manutenção do fundo orçamentário da Lei Kandir, o Presidente da República vetou dispositivo da Lei de Diretrizes Orçamentárias que facilitaria a inclusão no orçamento federal, de verba para ressarcimento da Lei Kandir, independentemente do limite de 17% do PIB estabelecido na LDO;
>
> diante dessa situação, a qual provoca forte desequilíbrio nas receitas estaduais, os Estados e o Distrito Federal não têm como continuar suportando unilateralmente o ônus decorrente da desoneração das exportações, resolvem celebrar o seguinte (...)"

O protocolo teve vida curta; foi revogado no mesmo ano pelo Protocolo ICMS 40/05. O motivo, de fácil presunção, foi o compromisso da União em repassar aos Estados signatários as eventuais perdas – já asseguradas pelo art. 91 do ADCT, é bom que se frise – no valor aproximado de 900 milhões de reais. Assim resume o protocolo:

> "**Os Estados de Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe, Tocantins e o Distrito Federal**, neste ato representados por seus respectivos Secretários de Fazenda, Receita, Finanças ou Tributação, considerando que o Governo Federal se comprometeu a efetivar o aporte complementar de recursos no valor de R$ 900 milhões destinados a minimizar as perdas dos Estados e do Distrito Federal provocadas pela Lei Complementar nº 87/96, resolvem celebrar o seguinte
>
> P R O T O C O L O
>
> **Cláusula primeira** Fica revogado o Protocolo ICMS 30/05, de **30 de setembro de 2005**.
>
> **Cláusula segunda** Este protocolo entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União.
>
> Mata de São João, BA, **16 de dezembro de 2005**."

Em relação aos Estados, portanto, o contraponto advindo da promulgação da EC n. 42/03 nunca foi jurídico, mas flagrantemente fiscal. O que de fato tem temperado a relutância dos Estados é a falta de cumprimento do que foi estatuído pela emenda constitucional em relação à compensação de perdas, delineada no art. 91 do ADCT.

Não bastasse, aliás, ter o Estado de Santa Catarina assinado ambos os protocolos citados, há outro forte elemento que resume o litígio aqui orquestrado: aliado aos vizinhos do sul do país (Rio Grande do Sul e Paraná) e ao Estado do Mato Grosso, o Estado de Santa Catarina litiga atualmente contra a União, em ação intentada no STF, buscando a implementação das disposições do art. 91 do ADCT.

Por intermédio da Ação Cível Originária n. 792, distribuída em 04.08.05 (anote-se: após a assinatura do Protocolo 30/05, e antes a vigência do Protocolo 40/05), os quatro Estados formularam pretensão nos seguintes termos:

> "**O objetivo da presente ação é a declaração de que os Estados autores têm direito à compensação integral dos prejuízos sofridos com a desoneração do ICMS nas exportações, promovida com a edição da Lei Complementar n. 87/96 – Lei Kandir – e constitucionalizada pela Emenda Constitucional n. 42/03, que deu nova redação ao art. 155, § 2., X, 'a', da CF.**
>
> Os Estados autores sofreram consideráveis perdas arrecadatórias após a edição da Lei Complementar n. 87/96, e da promulgação da Emenda Constitucional 42/2003, porque antes da desoneração ampla promovida pela União, tributavam os produtos *in natura* e os semi-elaborados (assim definidos em Lei Complementar) destinados à exportação. A imunidade tributária incidia somente sobre os produtos industrializados.
>
> A LC 87/96 assegurou o crédito relativo às operações anteriores à exportação, o que antes era facultado às legislações estaduais, e consequentemente houve também diminuição na arrecadação do ICMS nos Estados por força desse creditamento.

Embora a Lei Complementar 87/96 tenha sido editada pela União com previsão de compensação aos Estados, pelas perdas sofridas com a desoneração do ICMS na exportação e a manutenção dos créditos correspondentes, incialmente o fez por seis anos, prazo que se mostrou insuficiente e foi ampliado, para evitar maiores prejuízos financeiros, mas o ressarcimento esperado nunca foi integral, e as perdas arrecadatórias mostraram-se sempre mais expressivas do que o numerário previsto para reparação.

Em 2003 a Emenda n. 42 acolheu no texto constitucional a desoneração do ICMS já referida. Como o constituinte tinha pleno conhecimento de que a desoneração integral do ICMS para quaisquer mercadorias exportadas implicaria, como implicou desde 1996, em sérios prejuízos financeiros aos Estados – situação demonstrada desde a edição da LC 87 em 1996 – previu ressarcimento pela União na forma do art. 91, *caput*, do ADCT, por meio de critérios que deveria ser fixados por LEI COMPLEMENTAR, visando preservar o princípio federativo e a autonomia estadual e municipal.

A EC 42, na mesma norma do art. 91 do ADCT, previu, também, que se a Lei Complementar não fosse editada pelo legislador, prevaleceriam os critérios já fixados na LC 87/96 (§ 3. do art. 91 do ADCT), até sua edição.

No entanto, os critérios que foram utilizados pela LC 87/96, mesmo na redação dada pela LC 115/2002, nunca foram suficientes para compensação integral dos Estados, e não mais podem ser aplicados, porque não são adequados à situação vigente e às perdas verificadas nos últimos anos e na atualidade.

Para estabelecer o alcance e o sentido que tem a norma constitucional do art. 91 do ADCT, que prevê compensação do efetivo prejuízo dos Estados com a integral desoneração do ICMS na exportação, que foi implementada pela União com a LC 87/96, os Estados-autores ajuízam a presente Ação Declaratória, visando a declaração de que, como entes federados e autônomos, têm direito, pelo princípios federativo, da igualdade, da autonomia e da segurança jurídica, à integral compensação de todos os prejuízos sofridos com a desoneração do ICMS nas exportações, dos produtos *in natura* e semi elaborados, desde a edição da Lei Complementar 87/96" (excerto de fls. 3 e 4 da respectiva petição inicial – grifei).

Veja-se que a postulação de reparação reclama *todas as perdas* advindas com os benefícios conferidos à exportação, entre eles, evidentemente, a apropriação de créditos decorrentes das operações que antecedem a exportação – sejam financeiros ou físicos – sob o recorrente argumento da perda arrecadatória. Isso porque, aduzem os Estados,

> "Por outro lado, previu a Lei Complementar n. 87/96, em seu art. 32, ***a manutenção dos <u>créditos escriturais</u> relativos ao ICMS incidente sobre os insumos utilizados na produção das mercadorias industrializadas destinadas à exportação, o que implicou, também, em diminuição da arrecadação do tributo estadual***" (fl. 10 da citada petição – grifei).

Em suma, a perda da arrecadação teria ampliado exponencialmente porque, "*por outro lado,* ***a expansão das exportações resultou em crescimento dos valores de créditos fiscais dos insumos que passaram a ser compensados nas operações realizadas no mercado interno, com a consequente diminuição do ICMS a ser recolhido***". Ademais, "***na mesma proporção evoluíram as exonerações do ICMS na cadeia produtiva do produto exportado***" (fl. 15 da ação declaratória – grifei).

Ou seja: para fundamentar sua pretensão de perda de arrecadação, o próprio Estado de Santa Catarina sugere permitir a apropriação do crédito apurado na cadeia produtiva que deflui na exportação. Como, então, questionar, nesta ação, sua validade? Tal como posta, a alegação do Estado atenta não só contra a Constituição, mas aos valores democráticos mais caros da República, pois, a pretexto de postular a recomposição de perdas, invoca benefício constitucional perante o STF que na prática tem negado às empresas situadas em seu território.

O Estado, pois, tem ciência da envergadura da norma constitucional, tanto que se lança em demanda contra a União para reaver o que em tese perde com a falta de arrecadação.

Não desconheço que, até então, não se deu plena efetividade ao disposto no art. 91 do ADCT, que determinou a edição de lei complementar para disciplinar o repasse da aludida compensação financeira. Sucede que o expediente de que se vale o Estado para tentar repor o que julga ter perdido – impedir a apropriação do crédito – comete contra a própria Constituição. Não é do contribuinte, e assim bem sabe o Estado, a obrigação de arcar com a omissão imputável à União.

Defender-se qualquer exegese distinta implicaria na indevida atuação do Judiciário no campo legiferante, e, o que é mais pernicioso, de encontro ao texto constitucional.

Não fossem, de qualquer sorte, as razões postas – e que a meu ver saciam satisfatoriamente o debate – anoto que o exótico argumento de perda de arrecadação não seria, por si só, suficiente para motivar julgamento diverso.

Maurice Merleau-Ponty, em preciosa monografia sobre o exercício dialético, demonstra que o discurso político não raras vezes orienta-se por meio de alguma filosofia naturalista, bastante adequada, em face de sua generalidade, para conter elementos morais (*As aventuras da dialética*, Martins Fontes, 2006, p. 91 e segs.). A proposta da premissa aqui ventilada não é outra, pois pretende valorizar o discurso do bem comum, sem apontar elementos de concretude.

Tal argumento, no mais das vezes, tem cariz puramente psicológica, sem qualquer fundamentação objetiva. Contra essa esquálida dedução, destaco breve comentário de Hugo de Brito Machado, lembrando que todo incentivo reverte-se em estímulo produtivo, ampliando a cadeia produtiva e consequentemente gerando empregos (*Aspectos fundamentais do ICMS*, Dialética, 1997, p. 201). A consequência lógica, a propósito, é o incremento do consumo, cujo ciclo se finaliza, de qualquer forma,

com o aumento da arrecadação, por via oblíqua. É também o que conclui Cláudio de Oliveira Santos Colnago ao afastar tal alegação:

> "E assim pensamos porque muito embora um pensamento linear leve a conclusão de que, de fato, haveria perda de arrecadação com o ICMS (visto que os fatos que por ele seriam tributados ocorreram), uma análise global leva à conclusão de que os Estados não perdem receita. A conclusão é calcada na análise simplória segundo a qual com o crescimento das exportações, aumenta-se a demanda por insumos utilizados pela empresa exportadora, os quais, por sua vez, são tributados pelo ICMS, o que majora a arrecadação final do Estado" (A desoneração de ICMS nas exportações e o Protocolo ICMS 30/2005: *algumas considerações*. *Revista Tributária e de Finanças Públicas* n. 67, 2006, p. 110-111).

Visto, portanto, por este prisma, a desoneração das exportações revela outro viés, tão reclamado pelo empresariado brasileiro: a redução do "Custo Brasil", que é qualificado de um modo geral como o conjunto de dificuldades estruturais, políticas e econômicas que encarecem os investimentos no País (Dennison de Oliveira, A cultura dos Assuntos Públicos: o caso do "Custo Brasil", em *Revista de Sociologia e Política* n.º 14, 2000, p. 139 e segs.). Conforme indica o autor, a tributação é o item de maior debate no estudo dos diagnósticos e soluções do "Custo Brasil", cuja redução é prioridade, segundo algumas entidades representativas do setor (entre elas a Confederação Nacional da Indústria – CNI), para discutir-se com seriedade a competitividade da indústria nacional.

A CNI, aliás, talvez a primeira instituição a desenvolver um conceito operacional do "Custo Brasil", já alertava, em 1998, que uma reforma tributária necessária para implementar um gradativo crescimento da industria brasileira deveria estar vocacionada à "*completa desoneração das exportações, dos investimentos e da produção; eliminação da cumulatividade dos impostos existentes no atual sistema; redução do número de tributos, simplificação e transparência do sistema; ampliação da base de arrecadação com melhor distribuição da carga tributária*" (CNI, *Cartilha da reforma tributária*, 1998,

p. 06). Parece despontar agora algum ajuste, e que deve ser considerado em toda sua extensão.

Logo, a despeito de qualquer dedução de perda arrecadatória, deve-se considerar, de outro vértice, o investimento decorrente da desoneração da cadeia produtiva, que em última análise tem evidenciada repercussão social.

Nada obstante, se pretende o Estado valer do discurso da perda arrecadatória, deve fazê-lo em via própria, sem amesquinhar o direito dos contribuintes. Deve o Estado, no exercício de sua autonomia, postular aquilo que lhe é devido, quiçá pela via de ADI por omissão, quiçá mesmo pela via já eleita (ação declaratória). Ao contribuinte, de qualquer sorte, é conferido o direito de aproveitamento, nos termos da Constituição Republicana.

Em suma, há de se assegurar o direito de aproveitamento do crédito em questão, e assim permitir-se a escrituração dos créditos apropriáveis, quer seja para fins de compensação, quer seja para transferência a terceiros, observadas as restrições legais.

Com relação à sistemática de aproveitamento, não obstante reclamado o direito a na proporção da receita líquida apurada, tenho que a apropriação deve ficar jungida ao que dispõe a LC n.º 87/96 sobre o tema, que determina a apropriação sobre o total das operações. A propósito, assim versa a norma:

> "Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte: (...)
>
> II – somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento:
>
> a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;
>
> b) quando consumida no processo de industrialização;

> **c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais**; (...)
>
> IV – somente dará direito a crédito o recebimento de serviços de comunicação utilizados pelo estabelecimento:
>
> a) ao qual tenham sido prestados na execução de serviços da mesma natureza;
>
> **b) quando sua utilização resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção desta sobre as saídas ou prestações totais**; (...)"

Diante desse panorama, em lugar de apurar-se a apropriação pelo total de *receita líquida* da exportação (o que em si já afasta todo o custo), deve-se partir do valor integral das vendas ao mercado externo, verificado o percentual que representam no total de vendas (ou saídas) do estabelecimento, valendo-se da mais elementar fórmula matemática. Por meio de simples cálculo contábil se apurará o valor devido.

No que pertine à correção do crédito devido, destaco que a ausência de apontamento não inibe, em absoluto, a pretensão. Não cabe, pois, na pretensão mandamental, o direito à apropriação de parcela definida, mas sim apurável. Daí evidenciar-se a pertinência da correção.

No mais, em que pese guardar ressalvas em projetar efeitos para aquém da impetração, tenho em conta que a compensação tem disciplina própria (art. 23, parágrafo único, da LC n.º 87/96), resguardando o direito de apropriação no prazo de cinco anos (que é também, ordinariamente, o prazo prescricional em matéria tributária), considerando, ainda, o fundo declaratório da pretensão. No mais, havendo, pois, previsão em lei (o art. 117 da Constituição Estadual, c/c o art. 69 da Lei Estadual n.º 10.297/96), deverá incidir a Selic como fator de indexação, devida desde a competência em que o tributo foi apurado e em tese poderia ter sido aproveitado.

De outro vértice, há no caso a necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado da decisão para então proceder-se à compensação. É o que se dessume da regra do art. 170-A, do CTN.

Por fim, e consequentemente, é vedado ao Estado empreender qualquer empecilho ao direito de escrituração dos créditos, ressalvada, evidentemente, sua competência fiscalizatória no que pertine ao aspecto formal e demais requisitos de lei.

DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara decidiu, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso.

O julgamento foi realizado em 2 de fevereiro de 2010, com a participação dos Exmos. Srs. Desembargadores Cid Goulart (Presidente com voto) e Newton Janke.

Florianópolis, 2 de fevereiro de 2010.

Ricardo roesler
RELATOR

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação cível n. 2006.045403-6, de Lages

Relator: Des. Subst. Jânio Machado

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. SERVIÇOS DE TELEFONIA MÓVEL. PARTICIPAÇÃO NA PROMOÇÃO "PULA-PULA", QUE PREVIA A CONCESSÃO DE BÔNUS A SER CREDITADO NA FATURA DO MÊS SUBSEQUENTE SE AQUELA VENCIDA NO MÊS ANTERIOR FOSSE PAGA ATÉ A DATA DO VENCIMENTO. USUÁRIA QUE PERDEU O DIREITO AO BÔNUS PORQUE PAGOU A FATURA (2ª VIA) 15 (QUINZE) DIAS APÓS O VENCIMENTO EM RAZÃO DE NÃO TER SIDO ENTREGUE A PRIMEIRA VIA. DEVER DE ENVIAR A FATURA ATÉ 5 (CINCO) DIAS ANTES DO DIA DO VENCIMENTO QUE INCUMBIA À PRESTADORA DO SERVIÇO. ART. 38 DA RESOLUÇÃO N. 316, DE 27.9.2002, DA ANATEL. AUSÊNCIA DE PROVA DA ENTREGA DA CONTA À USUÁRIA. ÔNUS QUE RECAI SOBRE A CONCESSIONÁRIA. ART. 333, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OBRIGAÇÃO DE PAGAR O BÔNUS QUE É DEVIDA, OBSERVANDO-SE NO CÁLCULO DO VALOR O CRITÉRIO PREVISTO NO REGULAMENTO DA PROMOÇÃO. FATURA PAGA 2 (DOIS) DIAS DEPOIS DA DATA DO VENCIMENTO, QUANDO ESTE OCORREU EM UM DOMINGO E O DIA SEGUINTE FOI FERIADO, QUE TAMBÉM CONFERE DIREITO AO BÔNUS. BLOQUEIO DO SERVIÇO TELEFÔNICO

REALIZADO ANTES DO PRAZO DE VENCIMENTO DA FATURA, PRORROGADO DIANTE DO ATRASO NO ENVIO À USUÁRIA, E SEM QUALQUER AVISO, VIOLANDO O DISPOSTO NO § 1º DO ART. 44 DA RESOLUÇÃO N. 316/2002 DA ANATEL. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR. ARBITRAMENTO DO VALOR. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. MAJORAÇÃO DO MONTANTE QUE É DEVIDO. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA, A PARTIR DESTA DATA, COM A INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC, QUE ENGLOBA JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA N. 362 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. A promoção "pula-pula" confere ao usuário que paga a fatura telefônica na data do vencimento um bônus a ser creditado na conta do mês subsequente. E, considera-se pagamento tempestivo, aquele realizado até 5 (cinco) dias após o recebimento da segunda via se a primeira não foi entregue antes do vencimento inicial, bem ainda o que foi feito 2 (dois) dias depois do vencimento se este deu-se em um domingo e o dia seguinte foi feriado.

2. A concessionária que bloqueia o serviço de telefonia móvel, ignorando que o atraso no pagamento da fatura deu-se porque não a enviou ao usuário antes do seu vencimento, conforme determina a resolução de regência, sujeita-se ao pagamento de indenização por danos morais.

3. O valor da indenização por dano moral será encontrado por arbitramento judicial, à luz das particularidades do caso concreto, pautando-se o julgador, na tarefa, pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.

4. "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento." (súmula n. 362 do Superior Tribunal de Justiça).

5. Os juros da mora são contados segundo a variação da Taxa Selic, que engloba, também, a correção monetária.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 2006.045403-6, da comarca de Lages (1ª Vara Cível), em que é apelante Pandolfo Madeiras Ltda., e apelada 14 Brasil Telecom Celular S. A.:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Público, à unanimidade, dar provimento parcial ao recurso interposto pela concessionária de serviço público e dar provimento ao apelo da consumidora. Custas legais.

RELATÓRIO

Pandolfo Madeiras Ltda. ajuizou "ação de danos morais c/c pedido de restituição valores" contra a Brasil Telecom Celular S. A. sob a alegação de que, no dia 4-1-2005, celebrou com a requerida contratos para a utilização do sistema celular GSM empresarial, participando da promoção "pula pula", pela qual o valor do serviço telefônico utilizado no mês, pago até a data do vencimento, é convertido em crédito na fatura do mês seguinte. Em um dos contratos, recebeu 3 (três) números de telefone, sendo o piloto o de n. (49) 84082770, e no outro, 17 (dezessete) números, tendo como piloto o n. (49) 84035429. No mês de junho de 2005, não foi enviada até a data do vencimento a fatura relativa aos números do grupo (49) 84035429, o que resultou na perda do desconto promocional, apesar do pagamento posterior realizado mediante segunda via. Tal fatura, aliás, cobrou novamente o valor já pago em relação aos três telefones do grupo (49) 84082770. Ainda assim, a requerida, sem qualquer aviso, bloqueou os dezessete telefones do grupo (49) 84035429, provocando inúmeros transtornos. Disse, também, que embora a fatura do mês de agosto, com vencimento em 14-8-2005 (domingo), ter sido quitada no prazo autorizado

pelo Código Civil (fez-se o pagamento na data de 16-8-2005 em razão do dia anterior ser feriado municipal), não foi concedido o desconto a que tinha direito, sendo cobrado o valor integral da fatura no mês de setembro. Portanto, em virtude do bloqueio indevido dos telefones, da cobrança em duplicidade, da situação vexatória imposta aos seus motoristas de caminhão, que perderam o contato com a sede da empresa, e porque teve a sua imagem abalada perante terceiros, "dando azo a ser chamada de má pagadora", busca a condenação da requerida no pagamento de indenização a título de dano moral e na restituição dos valores cobrados a maior, estes na importância de R$ 3.115,16 (três mil, cento e quinze reais e dezesseis centavos), acrescida de correção monetária pelo INPC e de juros à taxa de 1% (um por cento) ao mês.

Citada (fl. 38), a requerida ofereceu contestação (fls. 39/64), alegando que: 1) a autora, de fato, é usuária dos seus serviços de telefonia desde 27-12-2004, possuindo 25 (vinte e cinco) números de celular ativos; 2) o direito ao bônus da promoção "pula-pula" depende do pagamento da fatura telefônica até a data do vencimento, o que não ocorreu, no caso concreto, em relação às faturas com vencimento em 14-6-2005, paga no dia 29-6-2005, e 14-8-2005, quitada em 16-8-2005; 3) os serviços "Messenger, m-encontra, quizz, Sr. da guerra, torpedo Chat, e-mail, sons, papel de parede, notícias, jogos, portal de voz, piadas, downloads no geral", "as ligações LDN/LDI com CSP 14, originadas fora da área de autorização da BRT GSM" e as recebidas a cobrar, não são abrangidos pela promoção; 4) não há prova do atraso no envio da fatura telefônica e, ainda que a autora não a tivesse recebido, a responsabilidade incumbe unicamente à empresa encarregada do transporte das faturas; 5) o valor cobrado nas faturas de telefone é o devido se a autora não demonstrou que os serviços deixaram de ser prestados e 6) o ônus da prova cabe a quem afirma a existência do fato, o que não foi satisfeito pela autora.

Após a impugnação à contestação (fls. 66-67), sobreveio a sentença (fls. 68-73), proferida pelo digno magistrado Flávio André Paz de Brum nos seguintes termos:

> JULGO PROCEDENTE, em parte, o pedido formulado por PANDOLFO MADEIRAS LTDA na ação de indenização por danos morais c/c pedido de restituição de valores (n. 039.05.015390-9) contra Brasil Telecom Celular S.A. no que condeno a empresa requerida ao pagamento da indenização, a título de danos morais, no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), em favor da autora, acrescido de juros legais a contar da data da sentença, como correção monetária, e pelos índices oficiais. Além disso, deverá restituir à autora os valores correspondentes ao bônus pula pula do mês de junho/05, de R$ 1.198,72 e do mês de agosto R$ 1.307,06. Condeno-a ainda ao pagamento das custas e honorários advocatícios equivalentes a 20% sobre o valor da condenação (grifado no texto original).

Irresignada, a autora interpôs recurso de apelação cível (fls. 78/87) com o único propósito de majorar o valor arbitrado a título de danos morais, sugerindo a quantia de 50 (cinqüenta) vezes a importância cobrada a maior pela requerida (R$ 3.115,15), corrigida monetariamente pelo INPC e acrescida de juros à taxa de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação.

Inconformada, a requerida também interpôs recurso de apelação cível (fls. 89-110), voltando a insistir que: 1) a autora não tinha direito ao bônus da promoção "pula-pula" em relação às faturas que não foram quitadas na data do vencimento (meses de junho e agosto de 2005); 2) não era responsável pelo envio das faturas telefônicas e 3) é indevida sua condenação no pagamento de danos morais ou, quando menos, o valor fixado deverá ser reduzido à quantia de R$ 1.000,00 (um mil reais). Pleiteou, ainda, o prequestionamento de dispositivos legais relacionados à matéria debatida.

A autora apresentou resposta, argüindo a deserção do apelo da requerida, porque não foi exibida a segunda guia de pagamento do pro-

tocolo unificado (fls. 115-119). A seguir, os autos vieram a esta Corte. A Primeira Câmara de Direito Civil não conheceu do recurso e determinou a sua redistribuição ao órgão competente (fls. 123-131).

VOTO

Esclareça-se, desde logo, que o recurso de apelação cível interposto pela requerida não é deserto. O recolhimento do porte de remessa do protocolo unificado foi comprovado (fl. 109), sendo observados os arts. 71 e 72 do Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça, na redação conferida pelo Provimento n. 1, de 18-1-2005:

> Art. 71. O distribuidor, ao receber as petições e/ou autos dirigidos a outros foros do Estado, expedirá três fichas: a primeira será entregue ao interessado; a segunda acompanhará a petição e/ou autos, sendo devolvida pelo órgão destinatário, devidamente chancelado o recebimento; e a terceira será utilizada para comunicação ao juízo destinatário, via correio eletrônico.
>
> [...]
>
> Art. 72. A petição e/ou autos somente serão recebidos na comarca remetente à vista do comprovante de pagamento das despesas de postagem, realizado por meio de guia de recolhimento (ou no dia seguinte, caso encerrado o expediente bancário), e será remetida ao juízo destinatário pelo sistema de malotes, no prazo de vinte e quatro horas.
>
> [...].

A autora, em 10-12-2004, celebrou com a requerida 2 (dois) contratos de prestação de serviços de telefonia móvel pessoal, sendo um de n. 711.931.585-5, relativo ao telefone n. (49) 8403-5429, e outro de n. 712.012.148-1, relativo ao telefone n. (49) 8408-2770, ambos "pilotos" de outros números de telefone (fls. 24-30). O dia 14 (quatorze) foi eleito para o vencimento e optou-se pelo envio da fatura detalhada (fatura, nota fiscal e detalhamento), sem autorização para o débito automático (fl. 31).

No termo de adesão ao plano de serviços "Brasil empresas", fez-se a observação de que a autora participaria da promoção "pula-pula" (fl. 30), que possui, segundo a requerida, as seguintes características:

> 1 — O plano PULA-PULA para planos pós pagos é composto de um ciclo BIMENSAL, composto por períodos de APURAÇÃO e CONCESSÃO:
>
> 1.1 – CICLO DE APURAÇÃO – são computados os consumos dos serviços que apuram o desconto pula-pula a ser aplicado no mês subseqüente.
>
> 1.2 – CICLO DE CONCESSÃO – os descontos apurados no ciclo de APURAÇÃO são concedidos sobre os serviços que têm o desconto do PULA-PULA.
>
> 2 — "O Bônus somente é concedido para os clientes que se manterem adimplentes, pagando as faturas sem atraso, até o dia do vencimento, para poder usufruir o benefício pula-pula no pós pago, sempre que ocorre um atraso ou inadimplência, o cliente perde um ciclo completo de pula-pula, ou seja, perde um ciclo de apuração e concessão" (grifado no texto original) (fl. 41).

Disse a requerida, ainda, acerca do cálculo do bônus, que:

> Não serão computados para apurar bônus no pula-pula: **Messenger, m-encontra, quizz, Sr. da guerra, torpedo Chat, e-mail, sons, papel de parede, notícias, jogos, portal de voz, piadas, downloads no geral**.
>
> 3 – Quanto às ligações longa distância nacional e internacional, as mesmas deverão ser pagas todos os meses. As mesmas poderão apurar o bônus e PULA-PULA, se for utilizado o CSP 14, desde que originadas dentro da área de autorização da BRT GSM. Esta apuração de bônus é feita individualmente sobre cada acesso móvel, sendo a concessão aplicada também individualmente. As ligações LDN/LDI com CSP 14, originadas fora da área de autorização da BRT GSM não apuram bônus de pula-pula. Se recebidas a cobrar, também não apuram o bônus. (Grifado no texto original) (fl. 43).

De fato, no regulamento da promoção "pula-pula", que teve início a partir do dia 26.9.2004 (Disponível em: <http://www.inf.ufsc.br/~silver/

brt/ Regulamento_Pula_Pula-ANTIGO.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2009), constava:

> 2. Das Condições de Participação
>
> 2.1. O Pula-Pula será válido apenas para os primeiros 400.000 (quatrocentos mil) celulares habilitados pela BRASIL TELECOM GSM, a partir da data determinada no item 1.3. deste regulamento.
>
> 2.2. Poderão participar do Pula-Pula os clientes que aderirem ao Plano Básico ou a um dos seguintes Planos Alternativos de Serviço da BRASIL TELECOM GSM:
>
> 2.2.1. Pós Pagos
>
> (i) Brasil Conta;
>
> (ii) Brasil Controle; ou
>
> (iii) Brasil Empresa.
>
> 2.2.2. Pré Pago Brasil Cartão.
>
> 2.3. As condições do Pula-Pula estarão diretamente vinculadas ao código de acesso ('número') do cliente.
>
> 2.4. O cliente deverá estar adimplente com suas obrigações junto a BRASIL TELECOM GSM, ou seja, deverá pagar sua conta telefônica mensal até a data do vencimento, nos casos do Plano Básico e dos Planos Alternativos Pós Pagos Brasil Conta, Brasil Controle e Brasil Empresa, ou manter os créditos ativos no caso do Plano Pré-Pago Brasil Cartão.
>
> 2.5. As hipóteses de bloqueio parcial e de bloqueio total dos serviços prestados pela BRASIL TELECOM GSM por inadimplência acarretarão a suspensão do benefício do Pula-Pula até que o cliente quite suas obrigações com a BRASIL TELECOM GSM.
>
> [...]
>
> 3.3. Da Concessão do Bônus nos Planos Brasil Conta, Brasil Empresa e Plano Básico
>
> 3.3.1. O ciclo de concessão de bônus será sempre alternado, ou seja, no primeiro mês o cliente paga a fatura e no mês seguinte terá direito ao bônus calculado conforme item 3.1.1., para utilizar gratuitamente

os serviços mencionados no item 3.3.2. abaixo. No terceiro mês, o cliente volta a pagar a fatura integralmente para ter direito à concessão do bônus no quarto mês e assim sucessivamente.

3.3.2. O bônus do Pula-Pula poderá ser utilizado nos serviços prestados pela BRASIL TELECOM GSM, ou seja, no serviço móvel pessoal e nos serviços de dados Torpedo e Torpedo Multimídia, e acesso ao WAP/GPRS, quando utilizados dentro da área de cobertura da BRASIL TELECOM GSM.

3.3.3. Excluem-se da utilização do bônus a realização das chamadas de longa distância nacional e/ou internacional realizadas através do CSP 14 ou através do CSP de outras operadoras.

[...]

3.5.2. Na periodicidade do cálculo do bônus do Pula-Pula serão considerados os valores constantes da conta telefônica mensal no primeiro mês, no terceiro mês e assim sucessivamente cujos meses serão denominados como 'meses de apuração' para a concessão do bônus.

3.5.3. No segundo, quarto, sexto mês em seguida não serão considerados para o cálculo e concessão do referido bônus os valores constantes da conta telefônica mensal, pois os meses indicados serão considerados como meses de concessão do bônus do Pula-Pula.

3.5.4. Após o término do bônus do Pula-Pula, as chamadas e serviços utilizados serão tarifados segundo o Plano de Serviço contratado pelo cliente.

3.5.5. Os bônus do Pula-Pula conferidos através do Plano Básico, dos Planos Brasil Conta, Brasil Controle e Brasil Empresa não serão cumulativos para o próximo mês. (Grifado no texto original).

Em relação ao critério utilizado para o cálculo, dispunha:

3.1. Do Cálculo do Bônus dos Planos Brasil Conta, Brasil Empresa e do Plano Básico

3.1.1. a. Serão considerados para o cálculo do bônus, nos Planos Brasil Conta e Brasil Empresa, os valores relativos às:

(i) Franquia de minutos contratada;

(ii) Chamadas locais excedentes;

> (iii) Chamadas de longa distância, nacional e/ou internacional, realizadas através do Código de Seleção de Prestadora ("CSP") 14 da Brasil Telecom S.A.;
>
> (iv) Torpedo e Torpedo Multimídia; e
>
> (v) Acesso ao WAP/GPRS.
>
> 3.1.1.b. Serão considerados para o cálculo do bônus no Plano Básico, os valores relativos às:
>
> (i) Assinatura mensal;
>
> (ii) Chamadas locais;
>
> (iii) Chamadas de longa distância nacional e/ou internacional, realizadas através do CSP 14 da Brasil Telecom S.A.;
>
> (iv) Torpedo e Torpedo Multimídia;
>
> (v) Acesso ao WAP/GPRS.
>
> 3.1.2. Excluem-se do cômputo do cálculo do bônus os valores relativos às:
>
> (i) Chamadas realizadas com os CSPs de outras operadoras e;
>
> (ii) Chamadas realizadas fora da área de cobertura da BRASIL TELECOM GSM.
>
> 3.1.3. O bônus do Plano Básico, dos Planos Brasil Conta e Brasil Empresa será calculado através do valor total, incluindo tributos, da conta telefônica mensal referente à utilização, pelo cliente, do serviço móvel pessoal e do serviço de dados mencionados no item 3.1.1. acima prestados pela BRASIL TELECOM GSM, além do serviço telefônico fixo comutado, na modalidade de longa distância nacional e internacional prestado pela Brasil Telecom S.A. (através do CSP 14). (Grifado no texto original).

Assim, em resumo, a autora somente teria direito ao bônus da promoção "pula-pula" no mês subsequente se, no anterior, tivesse realizado o pagamento da fatura telefônica até a data do vencimento; o bônus seria pago de forma alternada (em um mês receberia o bônus e, no outro, não)

e, no cálculo do seu valor, seriam considerados apenas os serviços admitidos pelo regulamento.

A autora afirma que não recebeu a fatura relativa ao mês de junho de 2005, correspondente ao Contrato n. 711.931.585-5 (telefone n. 49 8403-5429), até a data do vencimento (14-6-2005), o que impossibilitou o pagamento tempestivo, vindo a fazê-lo somente em 29-6-2005, após a emissão da 2ª via (fl. 20). Por conta disso, não lhe foi deferido o bônus promocional a que teria direito na fatura do mês seguinte, com vencimento em 14.7.2005 (fl. 18), além de sofrer bloqueio parcial das linhas, a partir de 29.6.2005.

Com efeito, a Resolução n. 316, de 27-9-2002, da Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações), que regulamenta o serviço de telefonia móvel pessoal, atribui à prestadora do serviço de telefonia o dever de entregar o documento de cobrança aos seus usuários até 5 (cinco) dias antes da data do vencimento:

> Art. 38. A entrega do documento de cobrança ao Usuário, constituído de demonstrativos e faturas dos serviços prestados, deve ocorrer pelo menos 5 (cinco) dias antes do seu vencimento.
>
> §1º Os documentos de cobrança devem ser apresentados de maneira clara, explicativa e indevassável discriminando o tipo e a quantidade de cada serviço prestado ao Usuário.
>
> §2º A prestadora pode lançar no documento de cobrança, desde que de forma clara e explícita, os valores devidos em função da exploração de serviços de valor adicionado, bem como de outras comodidades ou facilidades relacionadas com o serviço autorizado.
>
> §3º A inclusão, na cobrança, de qualquer valor devido que não decorra da prestação de serviços de telecomunicações, depende de prévia autorização do Usuário.
>
> §4º A prestadora deve oferecer ao Usuário no mínimo seis possíveis datas para efetuar seus pagamentos mensais.

> §5º Havendo concordância do Usuário, os demonstrativos e faturas do serviço de duas ou mais Estações Móveis podem ser apresentados em um único documento de cobrança, agrupando seus Códigos de Acesso.

A requerida, por sua vez, não comprovou a entrega da fatura no prazo previsto no regulamento, ônus que lhe incumbia, diante da inversão do ônus probatório que é assegurado à autora/consumidora pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, inciso VIII), não sendo olvidada a circunstância de que ao autor não se poderia impor a feitura da prova do fato negativo (prova diabólica). Mas a concessionária, vê-se da prova autuada, limitou-se a responsabilizar os correios pelo atraso na entrega, o que não foi demonstrado, tampouco justificaria o descumprimento do prazo regulamentar.

Não se ignora que autora tinha ciência da data do vencimento da fatura telefônica (trata-se de despesa mensal) e, no dia 24.6.2005 (fl. 22), foi informada por uma funcionária da casa lotérica do seu valor (R$1.198,72). Ainda assim, não poderia realizar o pagamento da fatura sem a exibição da respectiva fixa de compensação, uma vez que o valor superava o limite de R$1.000,00 (um mil reais) imposto às unidades lotéricas para a quitação da conta apenas por meio da informação do número de telefone (Disponível em: <http://www1.caixa.gov.br/ atendimento/canais_atendimento/loterias.asp>. Acesso em: 9 mar. 2009), tal qual assegurado pelo convênio firmado entre a requerida e a Caixa Econômica Federal (Disponível em: <http:www1.caixa.gov.br/imprensa/imprensa_release.asp?Codigo= 100517&tipo_noticia=0. Acesso em: 9 mar. 2009).

Então, se não foi possível, por culpa exclusiva da requerida, o pagamento da fatura do mês de junho de 2005, na data do seu vencimento, em razão da não-comprovação da entrega desta à autora no prazo de que trata o art.38, *caput*, da Resolução n. 316/2002, impunha-se mesmo o

reconhecimento do direito ao bônus da promoção "pula-pula", o que deverá ser feito na forma do seu regulamento.

Ou seja, não necessariamente o valor pago na fatura do mês anterior será integralmente convertido em bônus no mês seguinte. A autora tem direito ao valor da bonificação que seria devida se fossem preenchidos todos os requisitos previstos na promoção, tal qual o critério de cálculo aplicado na época.

Em relação às contas telefônicas com vencimento para o dia 14-9-2005, relativas aos dois contratos de prestação de serviços (n. 711.931.585-5 e n. 712.012.148-1), também é devido o bônus promocional. Afinal, as faturas de telefone somente foram quitadas em 16-8-2005 (fls. 16/17) porque o vencimento deu-se em um domingo e o dia seguinte (15-8-2005) é feriado no Município de Lages (dia de Nossa Senhora dos Prazeres), conforme a informação obtida na página virtual do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina (Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br/comarcas/feriados.htm>. Acesso em: 9 mar. 2009). Em casos assim, nada convencionando as partes, é aplicável a regra contida no art. 132, §1º, do Código Civil:

> Art. 132. Salvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos, excluído o dia do começo, e incluído o do vencimento.
>
> [...]
>
> § 1º. Se o dia do vencimento cair em feriado, considerar-se-á prorrogado o prazo até o seguinte dia útil.

A propósito, esta Corte já decidiu:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL, DANO MORAL CUMULADA COM CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO – PRELIMINAR EM CONTRA-RAZÕES AFASTADA – TELEFONIA MÓVEL – VENCIMENTO DA FATURA OCORRIDO NO DOMINGO – PAGAMENTO EFETUADO NO PRIMEIRO DIA ÚTIL – PERDA DO BENEFÍCIO

> DENOMINADO "PULA-PULA", COBRANÇA DE VALORES INDEVIDOS NO MÊS POSTERIOR E BLOQUEIO INJUSTO DA LINHA – ATO ILÍCITO PRATICADO – ABALO MORAL CONFIGURADO – DEVER DE INDENIZAR – QUANTUM INDENIZATÓRIO – OBEDIÊNCIA AOS PARÂMETROS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – RECURSO DESPROVIDO
>
> [...]
>
> Responde pelos danos a empresa de telefonia que, não obstante o pagamento da fatura com vencimento no domingo no primeiro dia útil subseqüente pelo consumidor, em consonância ao disposto no § 1º do artigo 132 do Código Civil, impõe a este a perda do benefício denominado 'Pula-Pula' com a conseqüente cobrança de valores indevidos na conta de telefone do mês posterior, além do injusto bloqueio para chamadas e envio de mensagens do seu celular.
>
> [...]. (Apelação cível n. 2006.009268-5, de Araranguá, Terceira Câmara de Direito Civil, relator o desembargador Fernando Carioni, j. em 5-9-2006. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br>. Acesso em: 9 mar. 2009).

O critério de cálculo do bônus também levará em conta aquele previsto no regulamento da promoção, e que seria aplicável acaso a requerida não tivesse indeferido o crédito por considerar a autora uma consumidora inadimplente.

Por último, impõe-se igualmente a condenação da requerida no pagamento de indenização a título de dano moral. A Resolução n. 316/2002, da ANATEL, prevê as situações que autorizam o bloqueio da linha telefônica e a necessidade de prévia comunicação da providência à consumidora:

> Art. 43. O Usuário do SMP deverá receber aviso do não pagamento de débito, objeto de documento de cobrança de prestação de serviço, de periodicidade regular.
>
> Parágrafo único. Todos os avisos de cobrança devem alertar para a existência de débito vencido e os prazos para suspensão parcial, suspensão total e cancelamento do serviço.

> Art. 44. Havendo situação de inadimplência, a prestadora pode tomar as seguintes providências:
>
> I — transcorridos 15 (quinze) dias do vencimento da conta de serviços: suspender parcialmente o provimento do serviço, com bloqueio das chamadas originadas e das chamadas terminadas que importem em débito para o Usuário;
>
> II — transcorridos 15 (quinze) dias desde a suspensão parcial: suspender totalmente o provimento do serviço, inabilitando-o a originar e receber chamadas;
>
> III — transcorridos 45 (quarenta e cinco) dias da suspensão total do provimento do serviço: desativar definitivamente a Estação Móvel do Usuário e rescindir o Contrato de Prestação do SMP.
>
> §1º As providências previstas nos incisos I, II e III devem ser precedidas de aviso ao Usuário, comunicando-o:
>
> I — do direito de receber o relatório detalhado de serviços;
>
> II — da possibilidade, forma e prazo para contestação do débito;
>
> III — da sanção a que está sujeito na ausência de contestação.
>
> §2º É vedada a inclusão de registro de débito do Usuário em sistemas de proteção ao crédito antes da rescisão do Contrato de Prestação do SMP prevista no inciso III deste artigo.
>
> §3º No caso de cobrança conjunta, as sanções somente podem atingir o provimento dos serviços na modalidade e prestadora em que for constatada a inadimplência do Usuário, dando-se continuidade normal à prestação das demais modalidades e prestações de serviço.
>
> §4º O previsto no parágrafo anterior não se aplica quando o Usuário estiver inadimplente perante a sua Prestadora de SMP.
>
> §5º É direito do Usuário, durante o período de suspensão parcial do serviço, originar chamadas destinadas aos serviços públicos de emergência previstos no art. 17.

A autora, no caso concreto, sofreu bloqueio parcial do serviço de telefonia móvel relativo ao Contrato n. 711.931.585-5 entre os dias 29 e 30 de junho de 2005 (fl. 54), em razão do pagamento da fatura ter ocor-

rido apenas na data de 29-6-2005 (fl. 20), ou seja, 15 (quinze) dias após o vencimento da conta (14-6-2005), conforme o disposto no art. 44, inciso I, da Resolução n. 316/2002, da Anatel.

Tal providência, contudo, somente poderia ser adotada se a prestadora do serviço tivesse informado o consumidor sobre o débito, advertindo-o dos prazos para a suspensão parcial, total e o cancelamento do serviço (art. 43 da Resolução n. 316/2002, da Anatel), o que não ocorreu (a requerida não exibiu prova deste fato, ônus que lhe incumbia a teor do art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil). Mais, tendo o pagamento da dívida sofrido atraso por culpa exclusiva da requerida, conforme antes constatado, não houve a fluência do prazo de que trata o art. 44, inciso I, da Resolução n. 316/2002, tornando o bloqueio indevido.

Em situações assim, esta Corte já reconheceu o dano moral e a obrigação de indenizar:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. TELEFONIA MÓVEL. BLOQUEIO DE LINHA TELEFÔNICA POR EXCESSO DE CONSUMO. NÃO COMPROVAÇÃO DA CIÊNCIA DO USUÁRIO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DOS SERVIÇOS, ASSIM COMO DO VALOR LIMITE DE CONSUMO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA (ART. 6º, VIII, CDC). FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANOS MORAIS PRESUMIDOS.
>
> A empresa de telefonia celular é responsável pelos danos decorrentes de bloqueio indevido do aparelho do consumidor. Em casos tais, despicienda maiores comprovações da ocorrência do dano moral, posto que de todos conhecidas as funestas implicações que a conduta ilícita perpetrada pela operadora acarreta aos seus clientes.
>
> QUANTUM INDENIZATÓRIO. MINORAÇÃO. POSSIBILIDADE À VISTA DOS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> "Na fixação do valor da condenação por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do

> dano; condição socioeconômica do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa (se for o caso) do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima." (STJ, Resp. n. 355392/RJ, rel. Min. Castro Filho) (Apelação Cível n. 2007.037178-0, de São José, Terceira Câmara de Direito Civil, relatora a Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. em 8-4-2008. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br>. Acesso em: 9 mar. 2009).

E, ainda:

> DIREITO CIVIL – OBRIGAÇÕES – RESPONSABILIDADE CIVIL — INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SERVIÇO DE TELEFONIA – BLOQUEIO INDEVIDO DE LINHA TELEFÔNICA – PROCEDÊNCIA NO JUÍZO A QUO – INCONFORMISMO DA RÉ — QUANTUM INDENIZATÓRIO EXCESSIVO – REDUÇÃO – ADEQUAÇÃO AO BINÔMIO RAZOABILIDADE/ PROPORCIONALIDADE – RECURSO PROVIDO – SENTENÇA REFORMADA NO *QUANTUM*.
>
> Em reparação por dano moral o *quantum* fixado não possui caráter punitivo e não estando o mesmo em patamar subordinado ao binômio razoabilidade/proporcionalidade, reduz-se o valor reparatório. (Apelação Cível n. 2006.018870-4, da Capital/ Estreito, Quarta Câmara de Direito Civil, relator o Des. Monteiro Rocha, j. em 28-2-2008. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br>. Acesso em: 9 mar. 2009).

A quantia arbitrada na sentença a título de indenização por danos morais (R$ 2.000,00), contudo, está a merecer reparo. É cediço, a partir da aplicação de regras de experiência comum, autorizada pelo art. 335 do Código de Processo Civil, que o bloqueio do serviço telefônico provoca inúmeros transtornos aos usuários, ainda mais quando se trata de empresa que precisa manter contato constante com os funcionários (motoristas de caminhão) para o exercício regular de suas operações. Em casos assim, um único dia de suspensão do serviço é o suficiente para prejudicar a eficiência da empresa e abalar a sua imagem perante funcionários e clientes.

Na fixação do montante indenizatório, tem-se levado em consideração, dentre outros fatores, a situação financeira do ofendido e do ofensor, a maior ou menor repercussão do ato lesivo, não se olvidando da advertência do desembargador Jaime Ramos:

> [...] A indenização dos danos morais deve levar em conta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para que signifique uma reprimenda ao ofensor, sem gerar um enriquecimento indevido ao ofendido, daí porque devem ser sopesados, sob a égide da experiência e do bom senso, o grau da culpa, a gravidade da ofensa, a extensão do dano e as realidades econômicas e sociais de cada uma das partes, de acordo com o caso concreto. [...] (Apelação Cível n. 2006.007543-8, de Blumenau, Quarta Câmara de Direito Público, relator o Des. Jaime Ramos, j. em 16-10-2008. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br>. Acesso em: 9 mar. 2009).

No mesmo sentido:

> [...] 1. Consoante a iterativa jurisprudência desta Corte, "O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do STJ, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores e, ainda, ao porte econômico dos réus, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso" (REsp. n. 214.381-MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 29-11-1999). [...] (Recurso Especial n. 680207, do Pará, Quarta Turma, relator o Min. Carlos Fernando Mathias, j. em 21-10-2008. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 9 mar. 2009).

Dessa forma, com base nos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, chega-se à conclusão de que o pleito da autora deve, sim, ser provido para elevar o valor da indenização, fixando-a no importe de R$ 4.000,00 (quatro mil reais). Igual orientação foi encontrada no julgamento da Apelação Cível n. 2007.037178-0, de São José, pela Terceira Câmara de

Direito Civil, em data de 8-4-2008, conforme se extrai do voto proferido pela digna Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta:

> No que tange à quantificação dos danos morais, consabido que, ante a ausência de parâmetros positivos para a fixação do *quantum* indenizatório, os critérios para seu arbitramento são encontrados por meio do cotejo da situação econômica da vítima e do autor, da gravidade da situação, bem como do grau de culpa verificado na conduta ilícita.
>
> Neste sentido, extrai-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:
>
> "Na fixação do valor da condenação por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do dano; condição sócio-econômica do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa (se for o caso) do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima" (STJ, REsp. n. 355.392/RJ, rel. Min. Castro Filho).
>
> O exame daqueles parâmetros à luz do caso concreto evidencia que o valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) fixado pelo juízo a quo se revela exacerbado, não atendendo adequadamente as finalidades punitiva e reparatória do instituto. Considerando que não foram demonstrados prejuízos maiores e o bloqueio se deu por período reduzido de tempo, a quantia de R$ 6.000,00 (seis mil reais) mostra-se suficientemente reparatória sem, no entanto, dar ensejo ao enriquecimento sem causa do lesado.
>
> Isto posto, dou provimento parcial ao recurso tão-somente para reduzir o *quantum* indenizatório para R$ 6.000,00 (seis mil reais). (Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br>. Acesso em: 9 mar. 2009).

A partir desta data, o valor da indenização sofrerá a incidência da Taxa Selic, que engloba os juros de mora e a correção monetária, conforme é a compreensão que se extrai do art. 406 do Código Civil de 2002 e a orientação que vem do Superior Tribunal de Justiça:

> CIVIL. JUROS MORATÓRIOS. TAXA LEGAL. CÓDIGO CIVIL, ART. 406. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC.

> 1. Segundo dispõe o art. 406 do Código Civil, "Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional".
>
> 2. Assim, atualmente, a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia — SELIC, por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei n. 9.065/95, 84 da Lei n. 8.981/95, 39, § 4º, da Lei n. 9.250/95, 61, § 3º, da Lei n. 9.430/96 e 30 da Lei n. 10.522/02).
>
> 3. Embargos de divergência a que se dá provimento. (Embargos de divergência em Recurso Especial n. 727.842, de São Paulo, relator o Min. Teori Albino Zavascki, j. em 8-9-2008. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 9 mar. 2009).

E não pode ser desconsiderado o teor da súmula n. 362 do Superior Tribunal de Justiça, em relação ao marco inicial para a atualização do valor arbitrado: "a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento".

Com estas considerações, o recurso de apelação interposto pela requerida é provido em parte, determinando-se que o valor do bônus da promoção "pula-pula" seja calculado conforme os critérios do regulamento de regência, e o apelo da autora é provido para majorar o valor da indenização, arbitrando-a na quantia de R$ 4.000,00 (quatro mil reais), com incidência da Taxa Selic, na forma da Súmula 362 do STJ. A autora sucumbiu em parte mínima do pedido inicial, o que autoriza a aplicação da regra contida no parágrafo único do art. 21 do Código de Processo Civil, mantendo-se o ônus da sucumbência imposto na sentença.

Por último, e apenas evitando a equivocada e desnecessária interposição de embargos de declaração, ou mesmo aqueles para fins de prequestionamento, afirma-se a ausência de violação: 1) do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal; 2) do art. 186 do Código Civil; 3) dos arts. 4º e 5º

da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) e 4) do art. 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

DECISÃO

Ante o exposto, a Quarta Câmara de Direito Público, à unanimidade, dá provimento parcial ao recurso interposto pela concessionária de serviço público e dá provimento ao apelo da consumidora.

O julgamento, realizado no dia 12 de março de 2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos.

Florianópolis, 17 de março de 2009.

Jânio Machado
RELATOR

CÂMARA ESPECIAL DE CHAPECÓ

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2007.033443-8, de Concórdia

Relator: Des. Subst. Altamiro de Oliveira

APELAÇÃO CÍVEL. REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTES DE ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO.

PRELIMINARES DE CARÊNCIA DA AÇÃO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR E INÉPCIA DA INICIAL JÁ DECIDIDAS POR INTERLOCUTÓRIO NÃO ATACADO EM TEMPO E MODO OPORTUNOS. EXEGESE DO ART. 473 E ART. 523, § 3º, AMBOS DO CPC. PRECLUSÃO TEMPORAL. PREJUDICIAIS AFASTADAS.

RESPONSABILIDADE CIVIL. COLISÃO NA TRASEIRA. MANOBRA SÚBITA E IMPRUDENTE DENOMINADA "CAVALO-DE-PAU" EFETUADA PELO MOTORISTA QUE TRAFEGADA À FRENTE, DANDO CAUSA À COLISÃO NA RETAGUARDA DE SEU VEÍCULO. PROVA TESTEMUNHAL QUE CONFIRMA A AÇÃO QUE OCASIONOU O SINISTRO. NEXO CAUSAL CONFIGURADO. CONDUTA CULPOSA DEMONSTRADA. OBRIGAÇÃO DE REPARAR O DANO MANIFESTA.

A responsabilidade pelo evento danoso recai sobre o motorista que ao proceder, na via pública, manobras arriscadas e com alta potencialidade de perigo, por exemplo, a inversão da direção,

mediante a aplicação súbita dos freios (cavalo de-pau) e dá ensejo à colisão. Nesses casos, quando o ponto de impacto for a retaguarda de seu veículo (do executor do exibicionismo), não há que se falar em aplicação da teoria do cuidado objetivo e da distância de segurança ao outro condutor envolvido no fatídico, pois tal conduta extrapola os limites da normalidade do indivíduo cauteloso na direção de um veículo automotor.

A presunção de culpa apenas é derruída se existente prova cabal de fato extraordinário equiparável ao caso fortuito ou à força maior.

BOLETIM DE OCORRÊNCIA. PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM* DE VERACIDADE (ART. 364 DO CPC). AGENTES PÚBLICOS QUE SE FIZERAM PRESENTES NO LOCAL DO FATÍDICO. PROVA NÃO DERRUÍDA.

RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.033443-8, da comarca de Concórdia (1ª Vara Cível), em que são apelantes Eliana Taulois Ganzo Fernandes e outro, e apelado Marcos da Silva:

ACORDAM, em Câmara Especial Regional de Chapecó, por votação unânime, conhecer, em parte, do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

Marcos da Silva propos, perante o Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Concórdia, ação de reparação de danos com o escopo de se ver ressarcido da importância de R$ 2.397,00 (dois mil, trezentos e noventa

e sete reais) decorrente de um acidente automobilístico que envolveu o veículo dos réus.

Na exposição fática asseverou que, após sair de um evento festivo e estar se deslocando para a casa de sua namorada, fora perseguido pelo réu Rychard. Alegou que, no trajeto percorrido, várias foram as investidas por meios de manobras desenvolvidas pelo réu. Quando percorria da Rua Leonidas Favero, o réu efetuou uma manobra denominada "cavalo de pau" em frente ao veículo do autor, momento em que este, surpreendido, não conseguiu evitar a colisão.

Aduziu que a ré Eliana deve figurar solidariamente no polo passivo da demanda, haja vista que detém a propriedade do veículo, bem como ser o réu Rychard, condutor do veículo, seu filho; que a causa do acidente foi por única e exclusiva culpa de Rychard, pois, ao efetuar a manobra perigosa em frente ao automóvel do autor, acabou por ocasionar o sinistro, além disso, que o valor solicitado a título de ressarcimento de danos vem representado pelo menor orçamento da praça.

Por fim requereu a procedência da ação com a condenação dos réus ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado.

Os réus foram citados e apresentaram resposta sob a forma de contestação, na qual, em preliminar, arguiram a carência da ação por impossibilidade jurídica do pedido, ausência de interesse de agir e inépcia da inicial. No mérito alegaram que ao trafegar no logradouro antes mencionado, o autor, de inopino, abalroou a traseira de seu veículo, fazendo-o rodar sobre a pista.

Alegaram que a versão estampada no Boletim de Ocorrência não pode prevalecer, por ter como base a declaração unilateral além de não estar amparado pelo princípio do contraditório; a culpa pelo acidente é do autor, pois foi este que abalroou o veículo dos réus pela traseira, havendo, portanto, presunção de culpa.

Ao fim, propugnaram a improcedência da demanda com a condenação do autor às custas legais.

Manifestação do autor às fls. 68- 72.

Em decisão proferida às fls. 76-77 foram afastadas as preliminares levantadas, bem assim designada data para ter vez a audiência de instrução e julgamento, na qual, além do depoimento pessoal das partes, restaram inquiridas quatros testemunhas, sendo deprecada a oitivas das residente fora daquela Comarca.

Acostadas aos autos as cartas precatórias referidas, sobrevieram as alegações finais (fls. 159-160 e 172-175).

Ao julgar o feito, a sentença de procedência ao pedido condenou os réus a pagarem a importância de R$ 2.397,00 (dois mil, trezentos e noventa e sete reais) referentes à soma utilizada para consertar o veículo do autor, acrescida de juros de mora na base de 1% ao mês a contar da data dos fatos, e correção monetária a contar do dia em que foi firmado o orçamento de fl. 14. Além disso, ficaram os réus responsáveis pela satisfação das custas processuais e honorários de advogado, estes fixados no montante de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Irresignados com a prestação jurisdicional fornecida, os réus interpuseram recurso de apelação, no qual, em primeiro momento, levantaram as mesmas preliminares arguidas em sede de contestação. No mérito refletiram que o sinistro ocorreu porque o autor não guardou a distância de segurança do veículo dirigido pelo réu Rychard; não ocorreu perseguição alguma; por fim, que há presunção de culpa de quem colide na traseira.

Contrarrazões às fls. 219-221.

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta por Eliana Taulois Ganzo Fernandez e Rychard Chelin Taulois Ganzo Prazeres contra a sentença de procedência do pedido para condená-los ao pagamento da importância de R$ 2.397,00 (dois mil, trezentos e noventa e sete reais) devidamente corrigida, a título de reparação de danos sofridos em decorrência de acidente automobilístico.

De início, consigne-se que a decisão que afastou as preliminares aventadas na ação (fls. 76-77) deveria ter sido desafiada por meio de agravo de instrumento (art. 522 do CPC), não o fazendo, tacitamente tem-se como conformada com o deslinde daquela etapa, operando, assim, a preclusão temporal para a discussão das causas que supostamente ensejariam a carência da ação.

O instituto da preclusão, segundo Moacyr Amaral Santos, consiste:

> Na perda de uma faculdade ou direito processual, que, por se haver esgotado ou não ter sido exercido em tempo e momento oportunos, fica praticamente extinto. Essa conceituação se aproxima da de CHIOVENDA que, a nosso ver, foi quem mais claramente focalizou o instituto, o qual, diga-se de passagem e sinceramente, não se acha ainda precisamente definido. Para o insigne mestre italiano, preclusão consiste "na perda de uma faculdade processual por se haverem tocado os extremos fixados pela lei para o exercício dessa faculdade no processo ou numa fase do processo". Não muito diversa a definição de COUTURE, segundo quem consiste na "ação e efeito de extinguir-se o direito de realizar um ato processual, já seja por proibição da lei, por haver-se deixado passar a oportunidade de verificá-lo, ou por haver-se realizado outro com aquele incompatível.
>
> Várias são as causas determinadas da preclusão. Umas se explicam pelo esgotamento do prazo dentro do qual o ato deverá ser exercido ou praticado, [...]. Outras, ainda, resultam da existência do ato irrevogável, ficando a parte impedida de renovar questão que lhe diga respeito, como quando o juiz profere decisão interlocutória

> prejudicial, tendo a decisão transitado em julgado. E ainda outras, quando o juiz, por sentença, extingue o processo, tendo ela transitado em julgado.
>
> Conforme as causa de que provém, a preclusão se diz temporal, lógica e consumativa. Diz-ser temporal, quando proveniente do esgotamento do prazo para o exercício da faculdade processual: esgotado o prazo para o oferecimento da contestação, impedido estará o réu de apresentá-la. Preclusão lógica se dá quando a pratica de um ato se faz incompatível com a prática de outro, v. g.: valendo-se a parte de um documento como fundamento do seu direito, estará impedida de suscitar a sua nulidade por coação na sua formação. Por consumativa se entende a preclusão resultante de ato decisório (sentença, decisão interlocutória), que, uma vez transitada em julgado, o torna irrevogável e impede o reexame da questão por ele decidida (Primeiras linhas de direito processual civil, 3º vol., São Paulo: Saraiva, p. 56-57).

Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, comentando o mesmo tema ensinam:

> A preclusão indica perda da faculdade processual, pelo seu não uso dentro do prazo peremptório previsto pela lei (preclusão temporal), ou, pelo fato de já havê-la exercido (preclusão consumativa), ou, ainda, pela prática de ato incompatível com aquele que se pretende exercitar no processo (preclusão lógica) (Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante civil em vigor, 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 686).

Humberto Theodoro Júnior igualmente expõe que:

> Não se conformando a parte com a decisão interlocutória proferida pelo juiz (art. 162, § 2º), cabe-lhe o direito de recurso através de agravo de instrumento (art. 522). Mas se não interpõe o recurso no prazo legal, ou se é ele rejeitado pelo tribunal, opera-se a preclusão, não sendo mais lícito à parte reabrir discussão, no mesmo processo, sobre a questão (Curso de direito processual civil, 12 ed., vol. 1,Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 525).

Especificamente sobre a preclusão temporal, Ovídio A. Baptista da Silva esclarece:

> Diz-se preclusão, no campo da teoria dos prazos processuais, a impossibilidade em que se encontra a parte de praticar determinado ato processual em virtude de se haver esgotado o momento adequado para fazê-lo.
>
> [...] Preclusão temporal é a perda de uma faculdade processual em virtude de seu não exercício no momento previsto para sua realização (Curso de processo civil: processo de conhecimento, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 208).

Acerca do tema, este Tribunal de Justiça assim se manifestou:

> RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - ACIDENTE DE TRABALHO CERCEAMENTO DE DEFESA – DISPENSA PELA TOGADA, EM AUDIÊNCIA, DA OITIVA DAS TESTEMUNHAS – INSURGÊNCIA - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA NÃO ATACADA EM MOMENTO OPORTUNO – EXEGESE DO ART. 523, §3º, DO CPC - PRECLUSÃO TEMPORAL – PRELIMINAR AFASTADA
>
> - Deveria o apelante, inconformado com a decisão deferida em sede de audiência, ter interposto agravo retido (art. 523, §3º, do CPC). No entanto, não havendo interposição de recurso próprio para atacar aquela decisão interlocutória, sobre aquele enfoque recai a preclusão temporal. [...] (Ap. Cív. n. 2008.051834-3, de Lauro Müller, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 5.11.2008).

E mais:

> [...]. Preliminares. Inépcia da inicial afastada pelo Juízo a quo. Não interposição de recurso no momento oportuno. Matéria decidida. Art. 473 do CPC. [...]. Preclusão. [...] (Ap. Cív. n. 2001.012469-6, de Cunha Porã, rel. Des. Subst. Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Neste caso, retira-se dos autos que os apelantes tiveram plena ciência a respeito do afastamento das prejudiciais, mas se mantiveram inertes, permitindo transcorrer o prazo legal sem manifestação.

Não se olvide que a possibilidade jurídica do pedido é uma das condições da ação e sua ausência pode ser declarada até mesmo de ofício,

assim, por ser matéria de ordem pública, quando evidenciados novos argumentos na repetição do pedido de exame da matéria, não ocorre a preclusão. No entanto, quando há mera duplicação dos fundamentos já expostos e apreciados pelo Juízo *a quo*, acarreta o não conhecimento do reclamo neste ponto.

No mérito, cabe referir, segundo Wilson Melo da Silva que, "entre as causas principais dos acidentes de trânsito, são apontadas com destaque: a falta de ajuste psicofísico para a condução do veículo e a desobediência costumeira às regras e disposições regulamentares. E aduz que tais causas, na generalidade com que são expostas, comportam desdobramentos: a embriagez, a fadiga, o sono, o nervosismo, os estados de depressão e angústia, a emulação, o uso de drogas, o exibicionismo etc. Todas essas causas e desdobramentos evidenciam uma conduta culposa do motorista e demonstram a necessidade de serem cominadas penas mais severas aos causadores de acidentes" (Da responsabilidade civil automobilística, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 11).

Importante ponderar que na reparação dos danos decorrentes de acidente entre veículos, desde que obedecidas as regras de trânsito, ou dirigindo o condutor de modo cauteloso, com atenção, não há que falar, necessariamente, em risco. O elemento limitador da existência de culpa está na possibilidade de se evitar o dano desde que, ressalta-se, obedecidas as normas ou regras de conduta.

É cediço que, o Código de Trânsito Brasileiro, especificamente no inciso II do artigo 29 determina que: "o condutor deverá guardar distância de segurança lateral e frontal entre o seu e os demais veículos, bem como em relação ao bordo da pista, considerando-se, no momento, a velocidade e as condições do local, da circulação, do veículo e as condições climáticas".

Tal dicção tem o escopo de impor aos motoristas o dever do cuidado objetivo. Noutro dizer, a necessidade de se guardar distância segura do

veículo que o antecede, evitando possível colisão em decorrência de freada brusca, invasão desavisada de pedestre na pista de rolagem, por interrupção no fluxo do trânsito.

Complementando a questão, convém refletir que, "em regra, quem colide na traseira de veículo parado ou em movimento tem contra si a presunção de culpa, que só pode ser elidida por consistente prova de conduta anormal e totalmente imprevisível do motorista vanguardeiro" (Ap. Cív. n. 2003.024906-0, de Chapecó, rel. Des. Newton Janke, j. em 31.7.2008). Cabe, então, ao condutor que atinge seu antecessor na retaguarda demonstrar que não agiu com culpa, ou que houve culpa exclusiva do outro condutor.

A propósito:

> Normalmente, em colisões de veículos, culpado é o motorista que caminha atrás, pois a ele compete extrema atenção com a corrente de tráfego que lhe segue à frente. Mas a regras comporta exceção como a frenagem repentina, inesperada e imprevisível do veículo da frente (RT 363/196).

In casu, como já constou repetidas vezes neste estudo, os apelantes alegam que o apelado atingiu seu automóvel na parte traseira, entretanto, sustentam três versões distintas para explicar a ocorrência do fatídico. Na primeira, abordam que o apelante Rychard procedia à conversão à esquerda com o intuito de retornar, momento em que fora atingido pelo outro automóvel (fl. 10); na segunda, quando estava transitando em condições normais na rua Leonidas Favero, foi interceptado em sua retaguarda, fazendo-o rodopiar sobre a via (fl. 52); e terceira, na oportunidade em que estava descarregando seu carona, portanto, estacionando seu automóvel na via, quando o apelado o acertou com o veículo na parte posterior do carro (fl. 107).

Por sua vez, o apelado asseverou que após o apelante Rychard persegui-lo pelas ruas da cidade de Concórdia, efetou a manobra súbita

denominada "cavalo-de-pau", oportunidade em que não conseguiu desviar, vindo a acertar a parte esquerda da traseira do automotor que o antecedia no fluxo.

O cuidado objetivo antes ditado também comporta exceção, pois nos casos em que o condutor do veículo que caminha na retaguarda se vê surpreendido pela frenagem brusca, somada à inversão, parcial ou total, do sentido de direção do veículo que o antecede, não pode ser enquadrado no lema da culpa presumida porque, quando em consequência dessa manobra, resulte algum dano a pessoas e coisas, a responsabilidade pelo evento, normalmente, deverá recair sobre o motorista que a procedeu.

Para elucidar a questão, tem-se novamente do escólio de Wilson Melo da Silva:

> O fato da freada brusca não ditada por real motivo equiparável ao fortuito ou à força maior, óbvio é, traduziria um ato de imprudência, de imperícia ou mesmo de desatenção imperdoável, o que, só por si, determinaria a obrigação de indenizar. Desatenção, imprudência, imperícia, sabemo-lo todos, são facetas da própria culpa, da culpa que obriga o ressarcimento de danos. (Ob. cit., p. 399).

Em apanhado semelhante ao do transcrito acima, o art. 175 do Código de Trânsito Brasileiro, preocupado com os malefícios que a direção inconseqüente e exibicionista de veículo automotor pode ocasionar, assim dispôs: "Utilizar-se de veículo para, em via pública, demonstrar ou exibir manobra perigosa, arrancada brusca, derrapagem ou frenagem com deslizamento ou arrastamento de pneus: Infração - gravíssima; Penalidade - multa, suspensão do direito de dirigir e apreensão do veículo; Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e remoção do veículo".

Da prova amealhada aos autos, não há possibilidade de se alcançar conclusão diversa da apresentada pela diligente sentença de primeiro grau. Vejamos.

O Boletim de Ocorrência, em seu relato geral, assim fez constar:

> DO LOCAL DO ACIDENTE: Primeiramente foi constatado que a via é de mão dupla com pavimentação asfáltica; a natureza do acidente foi uma colisão envolvendo o veículo 01 GM/Chevette, placas MAO-9697, e era conduzido por Marcos da Silva; e o veículo 02 Imp/Ford Escort 1.8 I GL, placas LYN-8829, e era conduzido por Rychard Chenlin Taulois Ganzo Prazeres; constatamos que na pista havia sinais de derrapagem e frenagem deixados por ambos os veículos, após o acidente o veículo 01 GM/Chevette ficou no sentido transversal sobre a pista, e o veículo 02 imp/Ford Escort ficou com a frente voltada no sentido bairro/centro a direita da pista, próximo ao meio fio; o veículo 01 apresentava danos na parte frontal e o veículo 02 na parte trazeira; em consequência do acidente foi danificada uma cerca de ferro da residência em frente ao local, de n. 869; segundo informações dos ocupantes do veículo 01 e do próprio condutor, for perseguido pelo condutor do veículo 02, que lhe ultrapassou e efetuou uma manobra brusca sobre a pista, "cavalo-de-pau", provocando o acidente. Percebeu-se que os dois condutores e a ocupante do veículo 01 discutiram muito no local, isto prova que antes do acidente houve perseguição por ambos, terminando somente após ocorrer o acidente.

Convém realçar que é pacífico, tanto da doutrina, quanto na jurisprudência que o boletim de ocorrência, por ser elaborado por agente público, goza de presunção de veracidade do que nele se contém. Por ser essa consequência legal (art. 364 do CPC) relativa, *juris tantum*, ao réu (apelantes) cabe o ônus de elidi-la, produzindo prova em sentido contrário.

Acerca do tema, já se decidiu no Superior Tribunal de Justiça:

> PROVA. BOLETIM DE OCORRENCIA. ACIDENTE DE TRANSITO. PROVA. O DOCUMENTO PÚBLICO FAZ PROVA DOS FATOS QUE O FUNCIONÁRIO DECLARAR QUE OCORRERAM NA SUA PRESENÇA (ART. 364 DO CPC). TRÊS SÃO AS HIPÓTESES MAIS OCORRENTES: (I) O ESCRIVÃO RECEBE DECLARAÇÕES E AS REGISTRA, QUANDO ENTÃO "TEM-SE COMO CERTO, EM PRINCIPIO, QUE FORAM EFETIVAMENTE PRESTADAS. NÃO, ENTRETANTO, QUE SEU CONTEUDO CORRESPONDA

> A VERDADE" (RESP 55.088/SP, 3ª TURMA, REL. EM. MIN. EDUARDO RIBEIRO); (II) O POLICIAL COMPARECE AO LOCAL DO FATO, E REGISTRA O QUE OBSERVA, QUANDO ENTÃO HA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE ("O BOLETIM DE OCORRENCIA GOZA DE PRESUNÇÃO IURIS TANTUM DE VERACIDADE, PREVALECENDO ATE QUE SE PROVE O CONTRARIO" - RESP 4.365/RS, 3ª TURMA, REL. EM. MIN. WALDEMAR ZVEITER), E TAL SE DA QUANDO CONSIGNA OS VESTIGIOS ENCONTRADOS, A POSIÇÃO DOS VEICULOS, A LOCALIZAÇÃO DOS DANOS, ETC.; (III) O POLICIAL COMPARECE AO LOCAL E CONSIGNA NO BOLETIM O QUE LHE FOI REFERIDO PELOS ENVOLVIDOS OU TESTEMUNHAS, QUANDO ENTÃO A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE E DE QUE TAIS DECLARAÇÕES FORAM PRESTADAS, MAS NÃO SE ESTENDE AO CONTEUDO DELAS ("O DOCUMENTO PÚBLICO NÃO FAZ PROVA DOS FATOS SIMPLESMENTE REFERIDOS PELO FUNCIONARIO" - RESP 42.031/RJ, 4ª TURMA, REL. EM. MIN. FONTES DE ALENCAR). EM TODOS OS CASOS, A PRESUNÇÃO É APENAS RELATIVA. HIPÓTESE EM QUE O BOLETIM DA OCORRENCIA FOI CONFIRMADO PELO TESTEMUNHO DO POLICIAL E POR OUTRAS PROVAS, FUNDAMENTANDO O JULGADO. RECURSO NÃO CONHECIDO. (Resp n. 135543-ES, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 8.10.1997).

Esse entendimento, consigne-se, impera até os dias atuais, tendo esta Corte Estadual assentado:

> O boletim de ocorrência, firmado por autoridade competente, goza de presunção relativa de veracidade (juris tantum), em sintonia com o disposto no artigo 364 do Código de Processo Civil, podendo ser desconstituído somente por provas robustas em sentido contrário (Ap. Cív. n. 2003.003288-6, de Rio do Sul, rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior, j. em 17.6.2006).

Conquanto tenham os apelantes manifestado a discordância com o documento analisado, verifica-se que não instruíram o processo com provas robustas a ensejar a desconstituição do documento público, não bastando, aliás, a simples declaração de que fora confeccionado com

base exclusivamente nas declarações do apelado e demais pessoas que se encontravam no interior do seu veículo, até porque, o relato geral, antes reproduzido, recebeu, como substância, as declarações de ambos os envolvidos no sinistro.

Além da transcrição do documento público aposta acima, os depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo são capazes de atestar a existência da manobra irregular efetuada por Rychard. Senão vejamos.

Carlos Roberto Gross, compromissado, assim ponderou:

> [...] o acidente foi em frente a casa do depoente; não viu o acidente, mas escutou o barulho e levantou para ver o que havia acontecido; naquela rua havia carros fazendo manobras e cavalo de pau, assim não tinha dormido muito; antes do acidente escutou um cavado de pau, mas antes do ocorrido; escutou uma arrastada de pneu e um estouro; quando saiu, o veículo chevette estava ao lado da pista, na direita e o Escort estava saindo, manobrando para estacionar em frente ao portão do depoente; o Escort foi movimentado após o acidente, sendo que viu isto; o depoente ainda estava saindo dos carros, sendo que houve uma discussão normal, do tipo o que aconteceu?; o depoente já estava assustado pelos barulhos anteriores; pelo que ouviu, já tinha ocorrido alguma coisa no centro, ou se desentendido de alguma forma; não sabe dizem se os envolvidos estavam embriagados.

Claudio Felipe Shen da Silva, igualmente compromissado relatou:

> [...] o depoente estava no posto e pediu uma carona para o requerido; não sabe de onde o requerido estava vindo; pararam não sinaleiro e o autor parou ao lado, sendo que seguiram o mesmo caminho; o depoente pediu para parar no caminho, para subir em um piquezinho, para ir até o Vista Alegre; não estavam em 60 km por hora; não fizeram pega com o carro; quando parou o veículo, o requerido não freou bruscamente, o depoente tinha bebido um pouco; não saber se o requerido tinha bebido, mas "ele estava consciente"; o veículo do requerido tinha malas e roupa sendo que ajudou a tirar referidas coisas; "por ele iria viajar para Floripa".

Monica Pigatto, informante, desta forma relatou o acontecimento:

> [...] estavam retornando do Portal; o requerido estava parado no Posto sendo que ultrapassou o veículo do autor; na América ultrapassaram o veículo deste; seguiram pela Leonidas Fávero; o requerido alcançou o autor e passou a fazer zigue-zague; o requerido estava correndo, sendo que estavam na mesma velocidade; o acidente aconteceu perto da casa da depoente; o requerido deu um cavalo de pau, sendo que o autor tentou desviar mas não pode evitar o acidente; a pessoa que estava com o requerido – Cláudio – comentou na sala de aula que deram um cavalinho de pau achando que daria tempo; o autor estava andando normal, sendo que o requerido "ficou correndo atrás da gente"; a depoente não bebeu, nem sua irmã e o autor; ficaram o tempo todo juntos; quando chegaram os policiais, a depoente foi para casa, para avisar os pais, mas não voltou mais ao local do acidente; a depoente não estava alcoolizada, "nem bebo, como poderia estar alcoolizada".

Por fim, Eduardo Henrique Dias, informante presencial, desta forma esclareceu a ocorrência dos fatos:

> [...] que o depoente no dia dos fatos narrados na inicial, estava caminhando pela Rua Leonidas Fávero, quando viu um Chevette transitando e, atrás um Escort; que o condutor do Escort, ultrapassou o veículo Chevette e cortou sua trajetória; que o condutor do Chevette freiou o veículo, porém não conseguiu evitar a colisão; que os dois motoristas pararam seus respectivos veículos e discutiram; que em seguida o condutor do Escort apanhou o veículo e deixou o local do acidente; que no Chevette, estavam três pessoas, o condutor e duas mulheres; que no Escort estavam o condutor e um rapaz, viajando no banco do carona; que nenhum dos passageiros sofreu lesões; que o depoente permaneceu no local e conversou com o condutor do Chevette; que a culpa pelo acidente foi totalmente do condutor do veículo Ford Escort, o qual efetuou uma manobra violenta, efetuando a manobra conhecida por "cavalo de pau"; que era por volta das 4 horas da manhã; que não havia nenhum outro veículo transitando naquele momento.

Ora, dos testigos citados, conclui-se que os apelantes são responsáveis pelo ressarcimento dos danos no veículo do autor, pois o motivo do sinistro, fora a manobra imprudente denominada "cavalo-de-pau" efetuada pelo apelante Rychard.

Assim, é evidente que não pode preponderar a culpa do apelado por ter acertado a traseira do automóvel dos apelantes, até porque não houve qualquer fator extraordinário a autorizar a frenagem brusca associada à inversão de direção.

Em casos semelhantes:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MANOBRA DE INFLEXÃO À ESQUERDA SEM PRÉVIA SINALIZAÇÃO (CAVALO DE PAU). OBSTACULIZAÇÃO DA PASSAGEM DE VEÍCULO QUE TRANSITAVA NO MESMO SENTIDO. INOCORRÊNCIA DE INÉPCIA DA INICIAL. 1. Não se pode afirmar inepto pedido inicial que, conquanto deduzido oralmente e reduzido a termo, contém a descrição suficiente dos fatos e dos danos provocados, permitindo assim o pleno direito de defesa. 2. Age com culpa exclusiva ao evento danoso o condutor do veículo da ré que, à frente do automóvel do autor, empreende manobra de inflexão à esquerda, obstaculizando a passagem do automóvel do autor e provocando a colisão. A veracidade ou não dos fatos de a manobra feita pelo motorista do veículo do réu ter sido um "cavalo de pau" e de ter tentado fugido do local é circunstância irrelevante, uma vez comprovada a culpa do condutor do veículo da demandada. 3. O valor do orçamento acolhido encontra-se em conformidade com a extensão dos danos provocados, já que, além do farol, restou o veículo do autor atingido também no pára-lamas dianteiro esquerdo, o que evidenciado por fotografias. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso improvido. (TJRS - Rec. Cív. n. 71001257443, rel. Juiz Ricardo Torres Hermann, j. em 13.9.2007).

E mais:

> RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO. MANOBRA IMPRUDENTE E IMPERITA PROVOCADA PELO MOTORISTA DO AUTOMÓVEL KADETT, AO ACIONAR O FREIO DE MÃO E REALIZAR UM "CAVALO DE PAU" NA PISTA DE ROLAMENTO, DANDO CAUSA À COLISÃO EM SUA TRASEIRA PELO CAMINHÃO QUE SEGUIA EM SENTIDO CONTRÁRIO. PROVA TESTEMUNHAL QUE CONFIRMA A MANOBRA

> QUE OCASIONOU O ACIDENTE. NEXO CAUSAL CONFIGURADO. CONDUTA CULPOSA COMPROVADA EM FACE DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. SENTENÇA MANTIDA. DESPROVIMENTO DE AMBAS AS APELAÇÕES. POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO AOS APELOS, VENCIDA A EMINENTE RELATORA. (TJRS – Apelação. Cív. n. 70003644168, rela. Desa. Agathe Elsa Schmidt da Silva, j. em 26.6.2003).

Vale ressaltar, ainda, que não prevalece a asserção dos apelantes no sentido de que Rychard estava apenas estacionando seu automóvel, porque da dinâmica do fatídico, não há possibilidade pela simples amostra dos estragos de ter o apelado interceptado o veículo conforme declararam os apelantes.

Comprovada, pois, a culpa dos apelantes e demonstrados os danos sofrido pelo apelado, impõe-se a reparação, dentro da regra definida no artigo 159 do Código Civil, aplicável ao caso por força do princípio *tempus regit actum*, nos termos impostos na sentença.

DECISÃO

Ante o exposto, conhece-se, em parte, do recurso e nega-se-lhe provimento.

O julgamento, realizado no dia 15 de outubro de 2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador João Henrique Blasi, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Desembargador Jorge Luiz de Borba.

Chapecó, 3 de fevereiro de 2010.

Altamiro de Oliveira
RELATOR

Apelação Cível n. 2007.016704-0, de Ipumirim

Relator: Des. Subst. Altamiro de Oliveira

APELAÇÃO CÍVEL. RESSARCIMENTO DE DANO CAUSADO POR ACIDENTE AUTOMOBILISTICO. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO RÉU. CULPA CONCORRENTE NÃO DEMONSTRADA. FALTA DE SINALIZAÇÃO DA VIA PÚBLICA POR PARTE DO VEÍCULO QUE SE ENCONTRAVA PARADO ANTE A OCORRÊNCIA DE FALHA MECÂNICA. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. *ONUS PROBANDI* DO RÉU. APLICAÇÃO DO ART. 333, II, DO CPC.

Não havendo comprovação concreta de que o acidente de trânsito ocorreu devido à ausência de sinalização apropriada na via pública a fim de indicar a presença de veículo prejudicado por falha mecânica, não há falar em caracterização de culpa concorrente, ainda mais quando configurado o nexo de causalidade entre os danos causados e a conduta do réu.

ALEGAÇÃO DE OFUSCAMENTO PELO SOL. FATO PREVISÍVEL QUE NÃO PODE SER INVOCADO COMO CAUSA DE ISENÇÃO DE CULPA. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO.

O ofuscamento da visão pelos raios solares é fenômeno natural a que estão sujeitos todos os motoristas e, por ser fato comum e previsível, não serve como motivo ensejador de isenção de culpa do agente.

PRETENSÃO DE DEDUÇÃO DO PENSIONAMENTO MENSAL VITALÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. MONTANTE CORRETAMENTE FIXADO. ATENDIMENTO ÀS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO, CONFORME ORIENTAÇÃO PREDOMINANTE NA JURISPRUDÊNCIA DO PAÍS.

A respeito da pensão vitalícia, objetivou o legislador suprir as necessidades da própria vítima e de seus familiares que eventualmente sofram com a falta de rendimentos daquela. Razão esta para a fixação da referida renda periódica, não se exige a incapacidade total do lesionado para o trabalho. "Basta que as conseqüências da lesão resultem em prejuízos duradouros à capacidade laborativa do acidentado, impossibilitando-lhe de auferir o mesmo padrão que possuía antes do evento danoso" (Ap. Cív. n. 2002.020029-3, de São Bento do Sul, rela. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta).

MINORAÇÃO DA VERBA CONFERIDA A TÍTULO DE DANOS MORAIS. BINÔMIO PARA ESTE FIM ESTABELECIDO: REPARAÇÃO DO DANO COM A EFETIVA MINORAÇÃO DA DOR E PUNIÇÃO DO OFENSOR, ATENDIDOS. IMPORTE QUE SE MANTÉM.

O valor do dano moral tem sido enfrentado no Superior Tribunal de Justiça com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir. Assim a fixação de valor que observa essa regra, oportuniza uma satisfação referente à amargura da ofensa sofrida.

SENTENÇA MANTIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.016704-0, da comarca de Ipumirim (Vara Única), em que é/são apelante Edson Sirio Schneider e outro, e apelado Leudir José Locatelli:

ACORDAM, em Câmara Especial Regional de Chapecó, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

EDSON SIRIO SCHNEIDER e ARI BIFFI interpuseram Recurso de Apelação Cível contra sentença proferida pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Ipumirim, nos autos da Ação de Ressarcimento de Danos Causados em Acidente de Veículos nº 242.05.000361-5, que julgou procedentes os pedidos formulados na inicial, condenando os demandados, solidariamente, ao pagamento de indenização ao demandante por danos morais; pensão mensal vitalícia, bem como as custas e honorários advocatícios.

A indenização por danos morais foi fixada em R$ 30.000,00 (trinta mil reais) devendo incidir sobre este montante juros de 1% ao mês e correção monetária pelo INPC; referente à pensão mensal vitalícia, devida a partir do acidente, fixou o valor de R$ 650,00 (seissentos e cinquenta reais), reajustado de acordo com os dissídios e convenções da categoria profissional, a qual pertencia o autor (motorista de caminhão), além de juros e correção monetária.

Por fim, determinou a constituição de capital, nos termos do art. 475, Q, do CPC, e que os demandados arquem com as custas e honorários advocatícios, arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, incidentes sobre as parcelas vencidas e sobre doze das vincendas da pensão vitalícia.

Inconformados, os apelantes recorreram da decisão alegando que o apelado contribuiu para a ocorrência do acidente, pois não sinalizou a pista devidamente, configurando assim culpa concorrente; ao fixar a indenização, o magistrado não levou em conta a contribuição da vítima para o agravamento dos danos decorrente do sinistro, conforme ditames do art. 945 do CC, nem mesmo as peculiaridades do caso em se tratando de acidente de trânsito.

Alegaram, ainda, que o nobre julgador ao fixar a pensão mensal vitalícia, não atentou para o fato de que sobre a remuneração do apelado havia descontos previdenciários, em razão disso o valor do pensionamento devido a ser limitado ao valor líquido a que teria direito o apelado; os honorários fixados mostram-se exacerbados, na medida em que a lide foi de singela complexidade, e no que se refere às custas judiciais, devem ser partilhadas entre as partes ante a concorrência na culpa pelo sinistro.

Por fim, requereram provimento ao recurso visando fosse reformada a decisão objurgada para o fim de reconhecer a culpa concorrente do apelado e, por consequência, reduzir o valor da condenação, distribuindo o ônus da sucumbência na mesma proporção.

Intimado, o apelado apresentou contrarrazões em fls. 273/278 para a manutenção da sentença objurgada em todos os seus termos.

VOTO

Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por Edson Sírio Schneider e Ari Biffi contra a decisão que julgou procedentes os pedidos formulados nos autos de nº 242.05.000361-5, em desfavor de Leudir José Locatelli.

Conhece-se do recurso porquanto tempestivo e devidamente preparado.

Passa-se à análise do recurso.

I – Culpa concorrente

Afirma o apelante, Sr. Edson Sirio Schneider, que no momento do acidente, a sua visibilidade restou prejudicada pois ofuscada pelo sol, em razão disso não viu o caminhão, sustentando, ainda, que o apelado encontrava-se parado sobre a terceira faixa da rodovia – por uma falha mecânica – sem a prudência necessária, pois não sinalizou a pista, fato que

contribuiu para a ocorrência do sinistro, devendo arcar com sua parcela de culpa na deflagração do evento danoso.

Em primeiro momento é relevante esclarecer que a alegação de ofuscamento não exime o apelante da responsabilidade, visto que é um fenômeno natural a que estão sujeitos todos os motoristas, não servindo, por esta razão, de motivo justificador para elidir a sua culpa pelo acidente.

Ao contrário, nessas ocasiões a atenção e o cuidado ao volante devem ser redobrados para que acidentes não aconteçam pois, fatalmente, os motoristas serão responsabilizados pelas conseqüências danosas da inobservância de tão elementar e indispensável cuidado (JC 25/546, 50/393 e Ap. crim. n. 28.242, Porto União, Rel. Des. Márcio Batista).

Segundo a doutrina de GERALDO DE FARIA LEMOS PINHEIRO, colacionada por RUI STOCCO:

> "Quando os olhos são atingidos por fortes impressões luminosas (fulgurações, revérberos, luzes de faróis, focos luminosos, etc)., a vista sofre um choque luminoso, cujo fato marcante é a decomposição da púrpura, retiniana e destruição de sua vitamina A. O resultado imediato, como observa José Nava, é o ofuscamento ou deslumbramento, durante o qual há incapacidade visual completa (cegueira transitória)" (Responsabilidade Civil e Criminal nos Acidentes Automobilísticos, 1aed., vol. II, pág. 540).

Ou:

ARNALDO RIZZARO a respeito deste tema, nos ensina:

> "O ofuscamento é fato corriqueiro, plenamente previsível e evitável, que a todo motorista deve apresentar-se como normal e perfeitamente controlável. (...) Ao condutor cabe diminuir a velocidade, de modo a manter sob controle o carro, ao enfrentar este obstáculo. As condições necessárias ao que possui habilitação abrangem a capacidade de manter a máquina sob domínio seguro, na pista e mão de direção corretas. Mais que uma justificativa, a alegação de deslumbramento mostra não portar o autor do acidente a perícia exigida para enfrentar um acontecimento freqüente e comum nas

> ruas, avenidas e estradas" (Arnaldo Rizzardo, apud Carlos Roberto Gonçalves, Responsabilidade Civil, Ed. Saraiva: São Paulo, p. 884).

Em casos semelhantes, já decidiu esta Corte:

> O ofuscamento, por ser previsível, principalmente nas auto-estradas, não arreda a responsabilidade do motorista, que deve acercar-se de maiores cautelas para evitar acidente. (Apelação Cível n. 2008.006864-2, de Rio do Sul Rel. Des. Monteiro Rocha)

Também:

> O ofuscamento da visibilidade pela luz solar constitui circunstância plenamente previsível e, como tal, não elide a responsabilidade do agente, assim como também não a elide a eventual culpa concorrente da vítima. (Apelação Criminal n. 2004.000743-4, de São Bento do Sul, rel. Newton Janke)

Ou ainda:

> LESÕES CORPORAIS CULPOSAS - ACIDENTE DE TRÂNSITO - OFUSCAMENTO PELO SOL - INVASÃO DA CONTRAMÃO - IMPRUDÊNCIA -CULPA CARACTERIZADA - CONDENAÇÃO MANTIDA.
>
> O ofuscamento pelo sol é fenômeno natural a que estão sujeitos todos os motoristas e, por ser fato comum e previsível, não serve como motivo caracterizador de isenção de culpa do agente. (Apelação Cível nº 29.981, de Chapecó. Rel. Nilton Macedo Machado)

Dessa forma, sendo o fenômeno do ofuscamento situação perfeitamente previsível, resta evidente a culpa dos apelados pelo infortúnio.

Referente à culpa concorrente, como bem mencionou o ilustre magistrado, a tese defensiva não foi devidamente comprovada pelos apelantes, a quem cabia o ônus de fazê-lo.

A respeito da culpa concorrente, discorre Sérgio Cavalieri Filho:

> "Fala-se em culpa concorrente quando, paralelamente à conduta do agente causador do dano, há também conduta culposa da vítima, de modo que o evento danoso decorre do comportamento culposo

> de ambos" (Responsabilidade Civil, São Paulo: Malheiros, 6 ed. 2006, p.66).

Assim, para a configuração da responsabilidade de ambas as partes envolvidas no acidente, faz-se necessário a comprovação de que a conduta do agente e da vítima concorreram para o resultado. Entretanto, conforme se depreende do conjunto probatório, em momento algum os apelantes lograram êxito em demonstrar a colaboração do apelado na ocorrência do sinistro. Os apelantes apenas fizeram alegações genéricas a respeito da ausência de sinalização na pista, ou seja, não apresentaram provas irrefutáveis que comprovassem o alegado.

Sabe-se que é ônus do réu, nos termos da legislação processual civil, comprovar os fatos modificativos, desconstitutivos e extintivos do direito do autor (CPC, art. 333, II). Assim, não estando devidamente comprovada a participação do apelado no sinistro em tela – ausência de sinalizou da pista – reputam-se os apelantes como os únicos responsáveis pela ocorrência do incidente.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery comentam que:

> "o réu deve provar aquilo que afirmar em juízo, demonstrando que das alegações do autor não decorrem as conseqüências que pretende. Ademais, quando o réu excepciona o juízo, nasce para ele o ônus da prova dos fatos que alegar na exceção, como se autor fosse (reus in exceptione actor est)" (Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 724).

Ademais, ao contrário do que sustentam nas razões recursais, afirmou o apelante, Sr. Edson Sírio Schnedier, em documento de fl. 16 – declaração do condutor do veículo no dia do acidente (24/07/2002) – :"(..) *eu vinha transitando no mesmo sentido do caminhão que aparentemente estava parado em cima da pista e ofuscado pelo sol não via de longe, e como não tinha*

sinalização suficiente, ou não tinha, não deu para ver, quando avistei o vulto, puxei a direção para a esquerda, mas mesmo assim bati (...)".

Nota-se, portanto, que o apelante, Sr. Edson Sírio Schnedier, não tem certeza se havia ou não sinalização na pista, também não faz menção a respeito ao descrever o acidente à seguradora, (fl. 19). Vem afirmar sobre este incidente apenas no depoimento de fl. 35. Ante à contradição de informações, resta ao magistrado a análise das provas trazidas aos autos, para se convercer de que houve negligência ou imprudência da parte contrária, ora apelado, caracterizando a culpa concorrente.

Tarefa que se revela não menos frustrante, em razão da ausência de provas, portanto, decidiu com acerto o Togado *a quo* ao desconhecer a culpa do apelado no presente caso, não merecendo reparos a sentença no ponto.

Diante da referida premissa, afasta-se a tese da existência de culpa concorrente.

II – Do montante da condenação

Os apelantes defendem a redução da condenação relativa aos danos morais e sobre a renda mensal vitalícia, aduzindo que não foi observada a contribuição da vítima ao sinistro, nem as peculiaridades do caso, conforme descreve o art. 945 do CC.

É sabido que, na quantificação da indenização por dano moral, deve o julgador, valendo-se de seu bom senso prático e adstrito ao caso concreto, arbitrar, pautado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, um valor justo ao ressarcimento do abalo moral.

Nesse propósito, impõe-se que o magistrado atente às condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, assim como à intensidade e duração do sofrimento, e à reprovação da conduta do agressor, e não se olvida, contudo, que o ressarcimento da lesão ao patrimônio moral deva

ser suficiente para recompor os prejuízos suportados, sem importar em enriquecimento sem causa da vítima.

A dúplice natureza da indenização por danos morais vem ressaltada na percuciente lição de Caio Mário, citado por Sérgio Cavalieri Filho, em sua obra Programa de Responsabilidade Civil:

> "Como tenho sustentado em minhas Instituições de Direito Civil (v. II, n.176), na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: I – punição ao infrator por haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II – pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material, o que pode ser obtido 'no fato' de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo da vingança" (Programa de Responsabilidade Civil. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.108/109).

No mesmo sentido, perfilha o entendimento do Colendo STJ, consoante se verifica do seguinte precedente:

> "RESPONSABILIDADE – CIVIL – DANO MORAL – VALOR DA INDENIZAÇÃO. 1. O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir. 2. Posição jurisprudencial que contorna o óbice da Súmula 7/STJ, pela valoração jurídica da prova. 3. Fixação de valor que não observa regra fixa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstanciais. 4. Recurso especial parcialmente provido". (REsp. n. 604801/RS, rela. Mina. Eliana Calmon, Segunda Turma, j. 23-3-2004).

In casu, não restando caracterizada a culpa concorrente, e levando-se em consideração à gravidade dos fatos, à dor sofrida pelo apelado e por sua família, o *quantum* fixado pelo magistrado se mostra coerente e justo. E, ao contrário do que alegou a apelante, os valores estão condizentes com as peculiaridades do caso e com os parâmetros adotados por este Órgão em situações análogas.

De outro modo, o *quantum* da renda mensal vitalícia, fixada em 650,00 (seissentos e cinquenta reais), sendo reajustada de acordo com o aumento da categoria, desde a época do evento, também deve ser mantido.

No tocante ao pensionamento vitalício, inicialmente, há de se destacar ser pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o culpado pelo evento danoso, que resultar na incapacidade laborativa da vítima, deve sustentá-la até a sua morte a fim de garantir uma renda capaz de substituir os ganhos de que o ofendido foi privado em face de sua inabilitação laboral.

Tal entendimento está fundamentado no artigo 1.539 do Código Civil de 1916, repetido no artigo 950 do CC/2002, que determina:

> "Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou lhe diminuam o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que sofreu".

A respeito da pensão vitalícia devida nos casos de responsabilidade civil em que a vítima sofre redução da capacidade laboral, leciona Rui Stocco:

> "Objetivou o legislador suprir as necessidades da própria vítima e, também, daqueles que dependiam da vítima falecida, de modo que se esta já não pode fazê-lo, evidenciada a carência que a morte do alimentante provocou no lar e aos seus dependentes, privados que estejam para uma sobrevivência em condições semelhantes àquela existente antes do evento, caberá ao ofensor, na mesma proporção, fazê-lo.
>
> Nesta hipótese (art. 950), a indenização incluirá as despesas com tratamento, lucros cessantes até o fim da convalescença e a pensão mensal, segundo o grau de incapacidade da vítima. Se a incapacidade for permanente e total, a pensão deverá corresponder 'a importância do trabalho para que se inabilitou', quer dizer, ao valor dos salários,

> proventos ou ganhos da vítima". (Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência', 7ª ed., São Paulo: RT, 2007, p. 1318).

Não destoa o entendimento desta Corte de Justiça:

> "Para a fixação de pensão mensal, a legislação não exige a incapacidade total do lesionado para o trabalho. Basta que as conseqüências da lesão resultem em prejuízos duradouros à capacidade laborativa do acidentado, impossibilitando-lhe de auferir o mesmo padrão que possuía antes do evento danoso (TJSC – AC n. 2002.020029-3, de São Bento do Sul, rela. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 31-5-2005).

Após detida análise aos autos, vê-se que a renda mensal vitalícia fixada pelo juíz *a quo,* considerou os danos sofridos pela apelada e sua renda mensal percebida antes do acidente. Nas fls. 29/30 tem-se que o salário do apelado era de R$ 749,94 (setecentos e quarenta e nove reais e noventa e quatro centavos), com os descontos previdenciários, passou a ser de R$ 666,60 (seissentos e sessenta e seis reais e sessenta centavos).

Nota-se, outrossim, que os valores arbitrados na sentença objurgada, estão de acordo com o salário recebido pelo apelado antes do sinistro, portanto não merecendo respaldo as alegações dos apelantes.

III – Dos honorários e ônus sucumbenciais

Por derradeiro, quanto ao pleito do apelante de redução da verba honorária, razão não lhe assiste, haja vista que adequada a fixação em 15% sobre o valor da indenização.

Para fixação dos honorários advocatícios, o magistrado deve levar em consideração os critérios elencados no art. 20, § 3º, letras "a", "b" e "c", do CPC, concernentes ao grau de zelo do profissional; ao lugar da prestação do serviço; à natureza e importância da causa; ao trabalho realizado pelo advogado; ao tempo exigido para realização de seu serviço.

Nesse diapasão:

VERBA HONORÁRIA FIXADA EM CONSONÂNCIA COM AS ALÍNEAS 'a', 'b' e 'c' do ART. 20, § 3º, do CPC.

A verba honorária comporta minoração se houver desleixo com a causa, como perda de prazos, ausência de fundamentação ou, ainda, se o processo não ensejar considerável labor jurídico, o que não se sucede na espécie. (AC. N. 03.028446-0, da Capital. Rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento)

À vista do exposto, o voto é no sentido negar provimento ao apelo dos recorrentes, mantendo-se incólume a decisão de primeiro grau.

DECISÃO

Ante o exposto, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

O julgamento, realizado no dia 12 de novembro de 2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Cesar Abreu, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Desembargador Jorge Luiz de Borba.

Chapecó, 3 de fevereiro de 2010.

Altamiro de Oliveira
RELATOR

SEÇÃO CRIMINAL

REVISÃO CRIMINAL

Revisão Criminal n. 2009.052316-5, de Joinville

Relator: Des. Irineu João da Silva

> DUPLA CONDENAÇÃO PELO MESMO FATO. RECEPTAÇÃO E ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES, QUE SE ORIGINAM DO MESMO FEITO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO "NOM BIS IN IDEM". CONSTRANGIMENTO ILEGAL QUE SE EVIDENCIA DE PLANO. ANULAÇÃO DO PROCESSO QUE CONDENOU O REVISIONANDO PELO DELITO DO ART. 180, "CAPUT", DO CP, QUE, "IN CASU", CONSTITUIU MERO EXAURIMENTO DA SUBTRAÇÃO. PEDIDO DEFERIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 2009.052316-5, da comarca de Joinville (1ª Vara Criminal), em que é requerente Adriano Mendes Borba:

ACORDAM, em Seção Criminal, por votação unânime, deferir o pedido, para anular o processo n. 038.05.041483-3, feitas as comunicações devidas. Custas legais.

RELATÓRIO

Na Comarca de Joinville, Adriano Mendes Borba restou condenado ao cumprimento das penas de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e 10 (dez) dias-multa, cada qual no seu mínimo legal, pela prática do crime previsto no art. 180, "caput", do Código Penal, nos autos n. 038. 05.41483-3, e 7 (sete) anos, 8 (oito) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, e pagamento de 33 (trinta e três) dias-multa, cada qual no seu mínimo legal, nos autos 005.06.006613-4, por violação art. 157, § 2º, incs. I e II, c/c o art. 70, do Estatuto Repressivo (fls. 18//34 e 51/65).

Sobrevindo o trânsito em julgado da sentença condenatória e do v. acórdão (fls. 35 e 71), o réu ajuizou a presente revisão criminal dos autos n. 038.05.41483-3, em nome próprio, e assistido pelo Gerente de Revisões Criminais da Penitenciária Industrial Jucemar Cesconetto de Joinville, com base nos arts. 621, inc. III, do Código de Processo Penal. Almeja o requerente o reconhecimento da consunção e a conseqüente anulação do processo n. 038.05.041483-3, uma vez que foi condenado por crime de receptação e roubo, em duas sentenças distintas, tendo como origem a mesma ação criminosa (fls. 1/6).

Apensados os autos de processo-crime respectivo, manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Paulo Antônio Günther, pelo deferimento do pedido (fls. 87/88).

VOTO

Segundo o artigo 621 do CPP, a revisão dos processos findos será admitida: I) quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II) quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III) quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Não se olvida que a doutrina e a jurisprudência pátria são pacíficas em determinar que o rol trazido pelo dispositivo em análise é taxativo, somente se cogitando do cabimento da revisão criminal nas hipóteses ali elencadas expressamente. De outra banda, sua finalidade é reparar injustiças e erros judiciários, tendo como fundamento o fato de que a intangibilidade de uma sentença com trânsito em julgado deve ceder à necessidade de justiça.

"In casu", o requerente ajuizou o seu pedido com base na descoberta de nova circunstância que autoriza a redução da pena, enquadrando-se perfeitamente no inciso III, "segunda parte", do artigo 621 do CPP, sob o fundamento de corrigir equívoco na primeira instância.

No caso, verifica-se que o requerente foi processado nos autos da ação penal n. 038.05.041483-3, pela prática de receptação (CP, art. 180, "caput") e no feito n. 005.06.006613-4, pelo cometimento do roubo duplamente circunstanciado (CP, art. 157, § 2º, incs. I e II, c/c art. 70).

Ocorre que ambos os processos têm, como fato gerador, o roubo pelo emprego de arma e concurso de agentes, praticado, no dia 22.10.2005, na residência das vítimas Juarez Maciel e Cyntia Levi Klettenberg Maciel, em Balneário Camboriú, de onde o requerente, em comunhão de esforços, com seu comparsa, subtraíram, dentre outros objetos, um veículo VW/ Golf, cor cinza, placas DAY- 6546, o qual foi encontrado em seu poder, em Joinville, no dia seguinte, consoante se pode confirmar nas cópias das ações penais anexadas neste processo.

Assim é, que, as provas que instruíram a imputação pelo roubo são as mesmas que serviram de base para o decreto condenatório pelo crime de receptação (fls. 7/65), podendo se observar que, quando da sentença, a própria magistrada, para comprovar a materialidade deste delito, faz referência expressa ao boletim de Ocorrência n. 00132-2005-06338, ressalvando "que o veículo apreendido em poder do acusado fora efetivamente objeto de antecedente roubo da ação penal n. 005.06.006613-4 (fl. 29).

Conclui-se, portanto, que o automóvel encontrado com o acusado foi aquele por ele subtraído quando do roubo praticado na companhia de outro agente, não passando, esse fato, de mero exaurimento do primeiro crime.

Dessarte, não há como subsistir a condenação pelo delito de receptação, sob pena de malferimento ao princípio do "nom bis in idem".

Colhe-se excerto de julgado que se amolda, à perfeição, com a matéria em apreço:

> I - Sendo o paciente condenado por crime de receptação, tendo por objeto um bem por ele mesmo subtraído, e vindo a ser condenado em outro feito pelo delito de roubo do mesmo bem, é de se anular, nesse aspecto, sob pena de afronta ao princípio do "non bis in idem", o primeiro processo.
>
> II - A posse do produto do roubo não configura o delito de receptação, porquanto é apenas exaurimento da primeira infração, pela qual, na espécie, já houvera sido condenado o paciente.
>
> III - Restando demonstrado nos autos, por meio das informações prestadas pelo MM. Juízo de primeiro grau de jurisdição e dos documentos acostados ao feito, a ocorrência da indevida dupla apenação imposta ao paciente, afigura-se viável a via do "habeas corpus" para a resolução da controvérsia (RHC 13372 / RJ, RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS n. 2002/0118543-0, rel. Min. Felix Fischer, j. 4.9.2003).

Em caso análago, já decidiu este egrégio Tribunal, em acórdão da lavra deste relator:

> HABEAS CORPUS. DUPLA CONDENAÇÃO PELO MESMO FATO. RECEPTAÇÃO E FURTO QUALIFICADO, QUE SE ORIGINAM DE MESMA AÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO "NOM BIS IN IDEM". CONSTRANGIMENTO ILEGAL QUE SE EVIDENCIA DE PLANO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA QUE CONDENOU O PACIENTE PELO DELITO DO ART. 180, "CAPUT", DO CP, QUE, "IN CASU", CONSTITUIU MERO EXAURIMENTO DA SUBTRAÇÃO.

ORDEM CONCEDIDA (HC. n. 2009.010495-8, de Quilombo, j. 28.5.2009).

Ainda:

Roubo simples e receptação. Impossibilidade de condenação do co-autor de roubo também pelo crime de receptação (JCAT 83-84/549).

DECISÃO

Diante do exposto, decidiu a Seção Criminal, por votação unânime, deferir o pedido, para anular o processo n. 038.05.041483-3, feitas as comunicações devidas.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Rui Fortes, Alexandre d' Ivanenko, Moacyr de Moraes Lima Filho, Marli Mosimann Vargas, Túlio José Moura Pinheiro, Roberto Lucas Pacheco e Newton Varella Júnior, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 29 de outubro de 2009.

Irineu João da Silva
RELATOR

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

Apelação Criminal n. 2009.071028-7, de Blumenau

Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTATUTO DO IDOSO. DOS CRIMES EM ESPÉCIE (ART. 99, *CAPUT,* DA LEI N. 10.741/03). SENTENÇA PROCEDENTE EM PARTE. RECURSO DA DEFESA.

PRELIMINARES

PRETENDIDA A INAPLICABILIDADE DO ESTATUTO DO IDOSO EM RELAÇÃO AOS FATOS OCORRIDOS ANTERIORMENTE À SUA VIGÊNCIA. INOCORRÊNCIA. A LEI N. 10.741/03 ENTROU EM VIGOR EM JANEIRO DE 2004, ANTES, PORTANTO, DOS ACONTECIMENTOS RECONHECIDOS NA SENTENÇA.

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM FACE DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE. LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO NÃO DECORRIDO. TEMPO TRANSCORRIDO ENTRE OS MARCOS INTERRUPTIVOS INFERIOR AO LIMITE LEGAL DE 4 (QUATRO) ANOS. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 109, V, 110, § 1.º E 117, TODOS DO CÓDIGO PENAL. PREFACIAIS AFASTADAS.

"Não transcorrido lapso temporal suficiente entre as causas interruptivas previstas no artigo 117 do Código Penal, inviável o reconhecimento da prescrição retroativa".

MÉRITO

PLEITO ABSOLUTÓRIO SOB O ARGUMENTO DE AUSÊNCIA DE PROVAS PARA EMBASAR UM ÉDITO CONDENATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PALAVRAS DA VÍTIMA E TESTEMUNHAS FIRMES E COERENTES EM AMBAS AS FASES PROCEDIMENTAIS. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE NÃO DEIXA DÚVIDAS DA CONDUTA ILÍCITA PERPETRADA PELO AGENTE. DECISÃO MANTIDA.

"Comete o delito de exposição a perigo a integridade física e psíquica do idoso, o agente que inflige maus tratos ao seu genitor, dentre ameaças, maus tratos, violência física e psicológica, a ponto de tornar insuportável a vida em comum".

DOSIMETRIA

REPRIMENDA MAJORADA NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA EM DESACORDO COM OS PARÂMETROS ADOTADOS POR ESTA CORTE. ADEQUAÇÃO. ACRÉSCIMO DE 1/6 (UM SEXTO). PLEITO DEFERIDO.

"[...] Na segunda fase da dosimetria, o aumento da pena-base em razão de agravante genérica, não deve ser superior a um sexto (RC n. 2008.072557-7, de Blumenau, rel. Des. Newton Varella Júnior, j. 29/6/09)".

PRETENDIDA A ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA, SOB O ARGUMENTO DE SER PORTADOR DE NEOPLASIA MALIGNA (CÂNCER). INVIABILIDADE. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE EXECUÇÃO, SENDO ESTE O COMPETENTE PARA DETERMINAR A PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2009.071028-7, da comarca de Blumenau, em que é apelante Elmo Nowasky e apelada A Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, afastar as preliminares arguidas e, na dosimetria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento em parte para minorar a pena irrogada ao apelante e adequar a condenação para 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de detenção, além do pagamento de 20 (vinte) dias-multa, por infração ao disposto no art. 99 da Lei n. 10.741/03. Custas legais.

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público da comarca de Blumenau/SC ofereceu denúncia contra Elmo Nowasky pela prática dos delitos definidos nos arts. 99 e 102 da Lei n. 10.741/03 (Estatuto do Idoso) e art. 147 do Código Penal, assim descritos na inicial acusatória (fls. II/IV):

> O denunciado, com 57 anos de idade, desempregado reside com o pai, Herbert Nowasky, com 91 anos de idade, na casa deste, localizada na rua Fritz Koegler, n. 273, Bairro Fortaleza.
>
> Ocorre que o denunciado, desempregado e alcoólatra, ao que consta, vem praticando uma série de atos graves contra seu pai, dentre ameaças, maus tratos, violência física e psicológica, a ponto de tornar insuportável a vida em comum.
>
> O Inquérito que instrui a presente peça de denúncia foi instaurado, já em 2003, para apurar fatos ocorridos naquela época, quando Elmo assim procedia em relação à mãe, Ella Nowasky, também idosa, a ponto de lhe ser determinado o afastamento do lar.
>
> Com o falecimento de Ella, a violência por parte do denunciado continuou, agora direcionada exclusivamente a seu pai.
>
> Consta do caderno indiciário que o denunciado, na data de 17 de dezembro de 2005, foi flagrado com uma faca contra o peito da vítima, completamente indefesa, então com 90 (noventa) anos de

> idade, ameaçando-o de morte, momento em que a Sra. Maria Clara Junkes, pessoa presente no momento dos fatos, chamou a Polícia Militar, que atendeu o caso, conforme relatório em anexo.
>
> Referida agressão não foi a única a ser cometida pelo denunciado.
>
> No dia 19 de março de 2007, Elmo novamente tentou agredir seu pai, que se defendeu com uma cadeira, conforme relato da filha do idoso, Sra. Ilze Kurtz.
>
> Além das agressões físicas, Elmo também ameaça seu pai das mais diversas formas, a ponto de o idoso não conseguir, sequer, externar sua vontade em ver o filho fora de casa. Vive em constante terror, a ponto de, ultimamente, ser obrigado a dormir fora de casa, tanto o pavor que sente do filho.
>
> Desempregado e voltado ao vício da bebida, o denunciado se faz sustentar pelo pai, utilizando-se do valor do benefício de aposentadoria recebido pelo Sr. Herbert em proveito próprio. Além disso, faz o idoso cuidar da casa e cuidar dele próprio, em detrimento da saúde do ancião, praticando maus tratos, deixando de cuidar do pai, o que seria seu dever ante as condições do mesmo. Proposto pela Assistente Social do Município que buscasse um emprego, Elmo teria dito que 'preferia ir para a cadeia'.
>
> As violências físicas e psicológicas ocorrem dentro de casa, fazendo com que a vítima, hoje com 91 anos de idade, seja obrigada a sofrer calada, ante o medo do filho, não sendo capaz, sequer de oferecer representação ou resistência.

Encerrada a instrução processual, o douto Magistrado *a quo* julgou parcialmente procedente a denúncia para condenar o réu Elmo Nowasky à pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, além do pagamento de 20 (vinte) dias-multa, a ser cumprida inicialmente em regime semi-aberto, por infração ao disposto no art. 99 da Lei n. 10.741/03.

Absolver o acusado do delito que dispõe o art. 102 do Estatuto do Idoso, com fundamento no art. 386, II, do Código de Processo Penal.

Reconhecer a ilegitimidade do Ministério Público para o oferecimento da denúncia em relação ao art. 147 do Código Penal (ameaça) (fls. 115/122).

Inconformado, o réu interpôs recurso de apelação criminal, pugnando, preliminarmente: a) a inaplicabilidade da Lei n. 10.741/03 em relação aos fatos ocorridos anteriormente à sua vigência; b) a prescrição em abstrato da pretensão punitiva do Estado.

No mérito, postula pela absolvição, ante a ausência de provas para embasar um édito condenatório. Alternativamente, requer a revisão da fração aplicada a título das agravantes, tendo em vista o seu excesso, bem como a alteração do regime inicial para cumprimento da pena, sob o argumento de ser portador de neoplasia maligna (câncer) em estado avançado, conforme declaração médica de fl. 131 (fls. 152/158).

Em contrarrazões, requereu o apelado o provimento parcial do recurso, para determinar-se a reforma da sentença: a) reduzindo-se a pena privativa de liberdade para um ano de detenção; b) alterando-se o regime inicial do cumprimento da pena para o regime aberto (fls. 162/166).

Ascenderam os autos e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Paulo Roberto Speck, pelo conhecimento e provimento do recurso em parte, a fim de revisar-se a dosimetria da pena aplicada ao apelante (fls. 172/178).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de apelação criminal interposta por Elmo Nowaski, contra sentença que julgou parcialmente procedente a denúncia para condená-lo à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, além do pagamento

de 20 (vinte) dias-multa, por infração ao disposto no art. 99 da Lei n. 10.741/03.

Pretende o réu, em preliminar, a inaplicabilidade da Lei n. 10.741/03 em relação aos fatos ocorridos anteriormente à sua vigência, bem como a prescrição em abstrato da pretensão punitiva do Estado. Quanto ao mérito, postula a absolvição, sob a tese da ausência de provas para embasar um édito condenatório. Por fim, requer a revisão da fração aplicada a título das agravantes e a alteração do regime inicial para cumprimento da pena.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se dos reclamos e passa-se à análise dos seus objetos.

1 PRELIMINAR

1.1 INAPLICABILIDADE DA LEI N. 10.741/03

Em seu recurso, o apelante suscita, a inaplicabilidade da Lei n. 10.741/03 em relação aos fatos ocorridos anteriormente à sua vigência. Veja-se:

> [...] a denúncia ofertada em 27/03/2007, não demonstra contundentemente a data dos fatos, tão somente alegando que "o inquérito que instrui a presente peça de denúncia foi instaurada já em 2003, para apurar fatos ocorridos naquela época" (fl. 03).
>
> Por sua vez a lei 10,741/2003, foi publicada no D.O.U em 1.º de outubro de 2003, restando mencionado em seu artigo 118 que a mesma somente entraria em vigor decorridos 90 (noventa) dias de sua publicação, ressalvando o disposto no caput do art. 36, que vigoraria a partir de 1.º janeiro de 2004 [...].
>
> Assim a referida lei somente poderia ser invocada para fatos ocorridos após o dia 02 de Janeiro de 2004, e nunca para fatos ocorridos anteriormente a esta data, como é o que ocorre no caso concreto.
>
> Desta forma requer-se a absolvição do apelante em relação ao tipo penal contido no art. 99 da lei n. 10.741/2003, uma vez que os fatos tidos como ilícitos ocorreram anteriormente a entrada em

> vigor da respectiva lei, devendo o fazer com superdâneo no art. 1.º, c/c inciso III do art. 368, ambos do Código Processual Penal Brasileiro (fl. 153/154).

Compulsando os autos, verifica-se que apesar do inquérito policial ter sido instaurado no ano de 2003 - com o intuíto de apurar fatos ocorridos naquela época -, antes da vigência do Estatuto do Idoso, o fato pelo qual o réu fora condenado, ocorreu no dia 17 de dezembro de 2005, período em que a referida norma já encontrava-se em vigor (fls. II/V).

Nesse sentido, não há falar na inaplicabilidade do Estatuto do Idoso aos fatos ocorridos anteriormente à sua vigência, haja vista que a Lei n. 10.741/03 entrou em vigor em janeiro de 2004, antes, portanto, dos fatos reconhecidos na sentença.

Sobre o assunto, bem salientou o representante ministerial (fls. 162/163):

> Constou da denúncia, na parte em que foi julgada procedente, que desde os idos de 2003 o apelante Elmo, desempregado e alcoólatra, infligia maus tratos a sua mãe Ella Nowasky. Com falecimento da progenitora, continuou a exercer violência, agora exclusivamente contra o pais, o nonagenário Herbert Nowasky. Suas atitudes incluíram ameaças, maus tratos, violência física e psicológica, tendo, em 17-12-2005, ameaçado de morte seu genitor, com uma faca contra seu peito.

Logo, a preliminar suscitada merecem ser, de plano, afastada.

1.2 PRESCRIÇÃO EM ABSTRATO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO

Sustenta o réu, a prescrição em abstrato da pretensão punitiva do Estado quando do julgamento de 1.º grau. A saber:

> [...] quando da prolação da r. sentença a pretensão punitiva do Estado se encontrava prescrita em abstrato, pois a denúncia somente foi recebida pelo julgador *a quo* em 18 de julho de 2007 (fl. 92), sendo

> que a exprdial ministerial se alicerçou **no inquérito instaurado já no ano de 2003, que apurou fatos ocorridos naquela época, ou seja,** o lapso temporal existente entre a data do fesfecho dos fatos e o recebimento da denúncia, **é de mais 5 (cinco) anos** (grifos no original) (fl. 154).

Do compulsar dos autos, verifica-se que o réu foi condenado à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção e, conforme preconiza o art. 109, V, do Código Penal, prescreve a pretensão punitiva do Estado "em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano, ou sendo superior, não excede a 2 (dois)".

A respeito, Guilherme de Souza Nucci leciona:

> Prescrição é a perda do direito de punir do Estado pelo não exercício em determinado lapso de tempo. Não há mais interesse estatal na repressão do crime, tendo em vista o decurso do tempo e porque o infrator não reincide, readaptando-se à vida social. Há duas maneiras de se computar a prescrição: *a) pela pena in abstracto*; *b) pela pena in concreto.* No primeiro caso, não tendo ainda havido condenação, inexiste pena para servir de base ao juiz para o cálculo da prescrição. No segundo caso, já tendo havido condenação com trânsito em julgado, ao menos para a acusação, a pena tornou-se concreta e passa a servir de base de cálculo para a prescrição (Código Penal Comentado. São Paulo: RT, 2008. p. 548).

Oportuno frisar, "transitada em julgado a sentença para a acusação, a prescrição passa a ser regulada pela pena imposta (AC n. 2007.011477-1, de Xaxim, rel. Des. Amaral e Silva, j. 22/11/2007), conforme estabelecido no art. 110, § 1º, do Código Penal.

Pois bem, analisando as causas interruptivas da prescrição dispostas no art. 117, I, do Código Penal, observa-se que entre a data do fato 17.12.2005 (fl. III) e a data do recebimento da denúncia 18.7.2007 (fl. 92), bem como a publicação da sentença em 30.7.2009 (fl. 123), não transcorreu o lapso temporal de 4 (quatro) anos. Sendo assim, não há falar em prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa.

A respeito, leciona Celso Delmanto:

> A chamada prescrição retroativa tem seu fundamento legal na remissão do art. 109, caput, combinada com os §§ 1° e 2° deste art. 110. É semelhante, em alguns pontos, à prescrição subseqüente do §1º, pois também concerne à pretensão punitiva ('da ação'), e se baseia na mesma pena fixada em concreto pela sentença condenatória. No entanto, a prescrição retroativa tem uma diferença fundamental: seu prazo não é contado para frente (como na prescrição subseqüente), mas é contado para trás, para o passado (regressivamente), razão pela qual se chama 'retroativa'. Com a ocorrência da prescrição retroativa, fica rescindida (desconstituída) a condenação, que servirá, tão-só, para marcar a quantidade da pena justa, pela qual será aferida a prescrição. Assim, a prescrição retroativa também se vale da pena concreta aplicada pela sentença, mas conta seu prazo para o passado, sujeitando-se às causas de interrupção previstas no art. 117, itens I a IV. (Código Penal Comentado, 6ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 226).

A jurisprudência desta Corte não destoa:

> [...] PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO, NA FORMA RETROATIVA. INOCORRÊNCIA DO LAPSO PRESCRICIONAL ENTRE OS MARCOS INTERRUPTIVOS. EXEGESE DOS ARTS. 107, IV E 109, IV, DO CÓDIGO PENAL. PRELIMINAR REJEITADA [...]. (AC n. 2008.030283-6, de Criciúma, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. 26/8/2008).

Desta feita, não se pode falar em extinção da punibilidade pelo reconhecimento da prescrição retroativa, porquanto não restou configurado o exaurimento do prazo de 4 (quatro) anos descrito no art. 109, V, do Código Penal.

Inexistindo mais preliminares a serem debatidas, nem mesmo de ofício, passa-se à análise do mérito.

2 MÉRITO

2.1 PLEITO ABSOLUTÓRIO

O pleito absolutório tem base na inexistência de provas da concorrência do apelante no delito em comento, visto que não houve conduta típica que se amolde ao tipo penal do art. 99 do Estatuto do Idoso. Sem razão.

Segundo se infere da denúncia e das informações coletadas no caderno processual, o réu desempregado e alcoólatra, vinha praticando uma série de atos graves contra o seu pai de 91 anos de idade, dentre ameaças, maus tratos, violência física e psicológica, a ponto de tornar insuportável a vida em comum.

In casu, diante dos elementos probatórios presentes nos autos, o crime praticado contra idoso está claramente demonstrado. O art. 99 está assim capitulado no Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03):

> Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado: Pena – detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano e multa.

Na definição de José Geraldo da Silva e outros:

> [...] Como em todo o Estatuto do Idoso, o sujeito passivo protegido por esta legislação especial é o idoso, com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos" logo, é "crime de perigo concreto, doloso, comum quanto ao sujeito, excepcionalmente próprio no tocante à figura em que há a responsabilidade do agente com a obrigação de cuidar e alimentar o idoso [...] (Leis Penais Especiais Anotadas. São Paulo: Millennium, 2008. p. 475).

Desta feita, a ação do agente neste crime contra idoso "é expor (colocar, arriscar) a perigo (que deve ser concreto e não abstrato) a integridade (inteireza, plenitude) tanto física quanto moral (dignidade) da vítima, e a

sua saúde (boa disposição, equilíbrio, bem-estar), física ou psíquica [...]" (Roberto Delmanto *et al*, Leis Penais Especiais, Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 607).

A materialidade do delito encontra-se demonstrada de forma indireta, pelo depoimento prestado pelas testemunhas e pela vítima (fls. 6, 37, 52, 53, 55, 93/99), certidão de fl. 23 e relatórios de fls. 57/58, 60/61 e 73/74, que também apontam a autoria, a qual pesa contra o acusado.

Nessa perspectiva, os depoimentos prestados pela vítima Herbert Nowasky, ganham especial relevo (fls. 93/94):

> Que mora com o réu; que o réu é uma pessoa boa, a não ser quando bebe; que o réu bebe diariamente; que quando está sob efeito de álcool o réu xinga o declarante com palavrões; que uma vez sofreu uma ameaça do réu; que o réu encostou uma faca no peito do declarante ameaçando-o de morte; que a polícia foi chamada; que é o réu que cozinha para o declarante; que atualmente é a filha Ilse que limpa a casa e lava a roupa; que o réu não trabalha faz seis anos; que o réu vive as custas do declarante; que ganha 380 reais por mês; que não gasta nada a toa; que tem um plano de saúde que é custeado pela filha Ilse; que estaria melhor sem a presença do réu, mas não quer deixá-lo 'na estrada'; [...] que não quer sair da casa onde mora; que o réu não quer sair da casa; que ele tem quatro filhas, sendo que duas são casadas e todas moram em Jaraguá do Sul; que o acusado não quer ir morar com as filhas; que o réu não veio ao fórum hoje dando como desculpa que não podia andar; que em março deste ano o réu estava tomado e ameaçou agredir o declarante; que se preveniu e pegou uma cadeira para se defender caso necessário; que sofreu uma cirurgia, ficou internado vinte dias e então precisou de alguém para assisti-lo em casa; que alguém chamou Elmo e Elmo veio para cuidar do declarante e se instalou na casa; que não convidou Elmo para morar consigo; que nessa ocasião foi feito uma procuração em cartório para Elmo cuidar do declarante; que essa procuração foi anulada; que dá alguns trocados para Elmo; que tem dinheiro em poupança [...] que doou três mil reais para Ilse e doou um terreno para Elio e outro para Elmo; que os filhos já venderam os terrenos que ganharam [...].

A exposição a perigo da integridade psicológica do idoso também foi confirmada pela testemunha Asta Zwestsch, na fase policial (fl. 6): "[...] que quando perguntaram para o marido da vítima, ele só balança a cabeça e diz que não sabe nada ou que nada viu, demonstrando medo de dizer alguma coisa, pois pode ser agredido fisicamente também [...]".

A informante Ilse Kurtz, filha da vítima e irmã do réu, narrou, quando ouvida pela autoridade policial, a situação desumana e degradante imposta pelo apelante à vítima (fl. 37):

> Que há dois anos sua mãe faleceu; que por orientação levou sua mãe para morar consigo, pois ela era cega e apanhava de seu irmão; que há vinte anos ele não trabalha, vive com parte do aposento de seu pai, que ganha um salário mínimo; que segundo comentário em 17 de dezembro de 2005, data de aniversário de seu pai, novamente ele foi agredido por seu irmão, tanto que a polícia chegou a ser chamada; que a declarante e seu outro irmão não mais visitam o pai, pois tem medo de agressões por parte de seu irmão [...] Que soube que sua vizinha informou seu outro irmão, Élio Nowaski, que Elmo havia agredido seu pai com uma faca, no dia do aniversário do idoso. Que seu pai não conversa com a mesma sobre seu irmão Élio, pois tem mágoas em relação à retirada de sua mãe do lar. Que no sábado retrasado seu pai lhe disse que quer que seu irmão Elmo saia de casa [...].

Foram no mesmo sentido as suas declarações na fase judicial (fls. 97/98):

> Que o réu está com 57 anos de idade e faz mais de 15 anos que ele não trabalha; que o réu vive as custas do pai, que ganha um salário mínimo de aposentadoria; que o réu e a vítima moram sozinhos numa casa de propriedade da vítima; que o réu é usuário de drogas e alcoólatra; que o réu vem agredindo moral e fisicamente o pai há muitos anos, a exemplo do que fez com a falecida mãe; que a vítima entrega o dinheiro da pensão para a sobrinha Joana Nowasky, pois se deixa o dinheiro em casa o réu se apodera dele; que a vítima tem medo do acusado; que a declarante e os vizinhos acham estranha a declaração da vítima fez à assistente social no sentido de que o filho não estava mais agredindo e que ele estava de acordo

> que o filho permanecesse morando com ele; que suspeita que essa declaração foi feita por causa de ameaças do filho; que o réu chinga (SIC) a vítima e dirige-lhe palavrões, dizendo inclusive que ele já devia 'ter ido', para deixá-lo em paz [...] que certa vez viu a vítima segurando uma cadeira como que para se proteger, dizendo que o réu o havia empurrado; que é Joana Nowasky que retira o valor da aposentadoria do banco.

A testemunha Lúcia Prim, em juízo, confirmou as agressões praticadas pelo réu contra a vítima Herbert Nowasky nos seguintes termos (fl. 99):

> Que é vizinha da vítima e do acusado; que certa feita, no ano de 2005 ou 2006, viu o acusado agredir a vítima com palavras, tais como: ' Pra cama, porca velha'; que o réu pronunciava essas palavras em alemão; que a declarante fala e entende essa língua; que no dia 17 de dezembro de 2005, a vítima foi ameaçada de morte pelo réu, tanto que esteve lá a polícia; que não presenciou os fatos mas ouviu comentários a respeito; que a ameaça de morte teria sido feita com uma faca [...] que o réu é uma pessoa normal enquanto sóbria, mas muda quando está sob efeito de álcool [...].

Por fim, a assistente social Esther Cláudia Siebert Zipf, que por diversas vezes visitou o acusado e a vítima, foi categórica quando do seu depoimento em juízo (fl. 95): "[...] que ouviu da vítima queixas de que o acusado gritava com ele, xingava e ameaçava de colocar fogo na casa, tanto que ela, a vítima, passou a dormir na casa de um parente [...]".

Nesse sentido, resta comprovado, portanto, que o apelante submeteu durante longo período, a perigo a integridade psíquica de seu pai, ora vítima, expondo-o a situação desumana e degradante.

Sobre o assunto, colhem-se julgados desta Corte de Justiça:

> APELAÇÕES CRIMINAIS. RECURSOS DA ACUSAÇÃO E DA DEFESA DE UM DOS ACUSADOS.
>
> RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. (1) INSURGÊNCIA CONTRA SENTENÇA QUE DESCLASSIFICOU DELITO DE TORTURA (ARTIGO 1º E INCISOS DA LEI N. 9.455/97)

> PARA O CRIME DE EXPOSIÇÃO AO PERIGO DE IDOSO (ARTIGO 99 DO ESTATUTO DO IDOSO: MAUS-TRATOS). IMPOSSIBILIDADE. PROVAS DOS AUTOS QUE DEMONSTRAM O DELITO DE MAUS-TRATOS (AC n. 2008.011754-3, de Urussanga, rel. Des. Hilton Cunha Júnior, j. 16/7/09).

Ainda:

> APELAÇÃO CRIMINAL. ESTATUTO DO IDOSO. EXPOR A PERIGO A INTEGRIDADE E A SAÚDE FÍSICA OU PSÍQUICA DE IDOSO, BEM COMO APROPRIAR-SE DE SEUS PROVENTOS, PENSÃO OU QUALQUER OUTRO RENDIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA AMPLAMENTE COMPROVADAS. PALAVRA DA VÍTIMA, SENHORA DE 77 ANOS, FIRME TANTO NA DELEGACIA DE POLÍCIA QUANTO EM JUÍZO. FARTA PROVA TESTEMUNHAL APONTANDO AS AGRESSÕES SOFRIDAS PELA VÍTIMA E A APROPRIAÇÃO, PELOS ACUSADOS, DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO QUE ELA PERCEBIA. NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE O BENEFÍCIO ERA REVERTIDO EM FAVOR DA IDOSA. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO (AC n. 2007.062465-0, de Ituporanga, rel. Des. Torres Marques, j. 25/4/08).

Logo, não há falar em insuficiência de provas quando presentes nos autos elementos aptos a demonstrar, de forma inequívoca, a materialidade e a autoria delitivas, logo, a condenação imposta pelo julgador *a quo* foi acertada.

3 DOSIMETRIA

3.1 AGRAVANTE GENÉRICA

Pleiteia o apelante a reforma da reprimenda imposta, tendo em vista o descompasso na análise da segunda fase da dosimetria.

Na sentença recorrida o magistrado de primeiro grau condenou o apelante a pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, além do pagamento de 20 (vinte) dias-multa e, ao aplicar a pena-

base, observou na primeira fase da dosimetria a existência de circunstância desfavorável ao agente, conforme fl. 120:

> Atento às circunstâncias judiciais (CP, art. 59), tenho que a culpabilidade no caso concreto é alta, afastando-se muito da censurabilidade comum ao delito praticado. Isso porque, o delito foi praticado de forma habitual, durante longos anos, contra um ancião. O réu registra antecedente criminal (fl. 100). Sua conduta social e personalidade pesam em seu desfavor, pois, além do delito praticado contra o acusado, há a notícia de que ele expôs a perigo a sua mãe, tanto que ela teve que ir morar com outra filha para dele se proteger. Além disso, o acusado, segundo informações dos autos faz-se sustentar pelo pai, ora vítima, que conta com mais de 91 anos de idade, dedicando-se, ainda, ao exercício do vício do álcool e de drogas. Os motivos do delito são próprios, não podendo conduzir ao aumento de pena. Quanto às circunstâncias, observo que o acusado, para praticar o delito, prevaleceu-se de relações domésticas, o que, no entanto, será considerado na segunda fase. As consequências não se destacam. Não há que se valorar o comportamento da vítima neste tipo de crime.

Assim, estabeleceu a pena-base em 4 (quatro) meses de detenção, além do pagamento de 20 (vinte) dias-multa, agindo de modo justificado na sua aplicação, tendo em vista, que o *quantum* a ser fixado nessa fase fica a critério do julgador, que é livre para avaliá-lo dentro do contexto probatório.

Nesses casos, é importante a interpretação doutrinária:

> Circunstâncias judiciais são também conhecidas como circunstancias inominadas, uma vez que não são elencadas exaustivamente pela lei, que apenas fornece parâmetros para sua identificação (CP, art. 59). Ficam a cargo da análise discricionária do juiz, diante de determinado agente e das características do caso concreto. Justamente pelo fato de a lei penal reservar ao juiz um considerável arbítrio na valorização das circunstâncias é que se faz necessário fundamentar a pena-base.
>
> [...] nos termos do art. 59, II, parte final, nessa primeira fase de fixação de pena, o juiz jamais poderá sair dos limites legais, não po-

> dendo reduzir aquém do mínimo, nem aumentar além do máximo (nesse sentido: Súmula 231 do STF). Do mesmo modo, a lei não diz o quanto o juiz deve aumentar ou diminuir em cada circunstância, sendo esse quantum de livre apreciação do juiz' (CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. parte geral, vol. 1. 6 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 397).

Pois bem, na segunda fase da dosimetria, o togado *a quo* constatou a não incidência de circunstâncias atenuantes, mais a presença de duas agravantes, tais como: praticar o crime contra ascendente (art. 61, 'e', do CP) e praticar o delito prevalecendo-se de relações domésticas (art. 61, 'f'. Do CP).

Nesse sentido, o julgador acrescentou para cada circunstância reconhecida 7 (sete) meses, totalizando 14 meses em face do reconhecimento das duas agravantes, sendo a pena privativa de liberdade, fixada em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de detenção, intocável, nesta fase, a pena pecuniária. Contudo, verifica-se desproporcional segundo a jurisprudência.

Sobre o assunto, já relatei acórdão assim ementado:

> AGRAVANTE GENÉRICA. MAJORAÇÃO NO PATAMAR ADEQUADO DE 1/6 (UM SEXTO). SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (AC n. 2008.013550-3, de São José, j. 26/11/09).

A jurisprudência desta Corte não destoa:

> [...] Na segunda fase da dosimetria, o aumento da pena-base em razão de agravante genérica , não deve ser superior a um sexto (RC n. 2008.072557-7, de Blumenau, rel. Des. Newton Varella Júnior, j. 29/6/09).

Ainda:

> [...] Embora a Lei não estabeleça o quantum do aumento pelas agravantes, a praxe judiciária tem consagrado a exacerbação de 1/6 para o agente que possui apenas uma condenação, e aumentos maiores para o multirreincidente, a serem graduados proporcionalmente ao número de condenações noticiadas nos autos (RJTACrim

> 30/452-3) (AC n. 2009.004172-8,de Itapema, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 12/5/09).

Logo, tomando por base o fixado na primeira fase da dosimetria - 4 (quatro) meses de detenção -, acrescento 1/6 (um sexto) em razão de cada circunstância agravante reconhecida, ou seja, 2 (duas), tornando a pena definitiva em 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de detenção.

Já na ulterior etapa, diante da ausência de causas de aumento ou de diminuição da reprimenda, a pena corporal irrogada ao apelante tornou-se definitiva em 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de detenção, além do pagamento de 20 (vinte)) dias-multa, fixado no mínimo legal previsto de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na época dos fatos.

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ou de suspender condicionalmente o seu cumprimento por não verificar a presença dos requisitos dos arts. 44 e 77 do Código Penal, bem como por não serem os benefícios suficientes para a repressão dos delitos praticados e para prevenção da prática de novos crimes.

3.2 REGIME INICIAL PARA CUMPRIMENTO DA PENA

Pleiteia o apelante a adequação do regime inicial de cumprimento da pena, sob o argumento de ser portador de neoplasia maligna (câncer), em estado avançado, conforme declaração médica à fl. 131 dos autos.

Contudo, o pleito deve ser analisado somente após perícia médica, haja vista não haver nos autos prova capaz de averiguar a real situação do apelante.

Assim, deve o juiz da vara de execuções penais, após avaliação do caso, adotar as medidas necessárias ao melhor cumprimento da sentença condenatória, pois é dele a prerrogativa de examinar os incidentes de exe-

cução, não sendo possível este órgão deliberar sem prévia decisão do juízo primeiro grau, sob pena de configurar supressão de instância.

Sobre o tema tenho decidido:

> [...] RECLAMO VISANDO A SUBSTITUIÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE POR PRISÃO DOMICILIAR - ALEGADO ACOMETIMENTO DE DOENÇA GRAVE (ART. 117, II, DA LEP) - MATÉRIA DE COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE EXECUÇÃO, SENDO ESTE O COMPETENTE PARA DETERMINAR A PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL A RESPEITO DA ALEGADA ENFERMIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO (AC n. 2009.037767-8, de Sombrio, j. 28/7/09).

No mesmo sentido este Tribunal Catarinense já se manifestou:

> [...] AGENTE CONDENADO EM REGIME ABERTO - PLEITO VISANDO A PRISÃO DOMICILIAR - MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. [...] O pedido de prisão domiciliar (art. 117 da LEP) é restrito à competência do juízo da execução, evitando supressão de instância. (Des. Solon d'Eça Neves). (AC n. 2008.012986-1, de São Carlos, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. 31/07/08).

Ainda:

> "Compete ao juiz da execução avaliar as reais possibilidades de alteração da pena restritiva de direitos" (AC n. 05.037944-3, de Dionísio Cerqueira, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 10/1/06).

Desse modo, maiores discussões sobre a adequação do regime de cumprimento da pena, deverão ser promovidas no juízo de execução, onde será possível determinar à realização da produção de prova pericial à respeito da alegada enfermidade do apelante.

Superadas as teses defensivas, dá-se provimento em parte ao recurso.

DECISÃO

Nos termos do voto da relatora, esta Primeira Câmara Criminal, por unanimidade afastar as preliminares arguidas e, na dosimetria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento em parte para minorar a pena irrogada ao apelante e adequar a condenação para 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de detenção, além do pagamento de 20 (vinte) dias-multa, por infração ao disposto no art. 99 da Lei n. 10.741/03.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Rui Fortes, com voto, e dele participaram a Exma. Sra. Desa. Marli Mosimann Vargas – relatora e o Exmo. Sr. Des. Newton Varella Júnior.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça participou o Exmo. Sr. Procurador Odil José Cota.

Florianópolis, 9 de março de 2010.

Marli Mosimann Vargas
RELATORA

Apelação/Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2009.024375-5, de Camboriú

Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas

APELAÇÃO / ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL. LATROCÍNIO (ART. 157, § 3º, SEGUNDA PARTE, DO CÓDIGO PENAL). REPRESENTAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO.

NULIDADE. INÉPCIA DA REPRESENTAÇÃO ANTE A NÃO INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA, EM TESE, PRATICADA PELO ADOLESCENTE. VÍCIO NÃO VERIFICADO. REQUISITOS DO ART. 182, § 1º, DO ECA PREENCHIDOS. DESNECESSIDADE DE DESCRIÇÃO MINUCIOSA DA ATIVIDADE DE TODOS OS ENVOLVIDOS EM CRIMES DE AUTORIA COLETIVA. PRESENÇA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA A CONFECÇÃO DA DEFESA TÉCNICA. PRELIMINAR AFASTADA.

ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS INCONTESTES. ADOLESCENTE QUE ADERIU VOLUNTÁRIA E CONSCIENTEMENTE À CONDUTA DOS COMPARSAS. CONFISSÃO PARCIAL DO INFRATOR ALIADA ÀS DECLARAÇÕES DOS DEMAIS ENVOLVIDOS NA PRÁTICA CRIMINOSA. CONDENAÇÃO MANTIDA.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2009.024375-5, da comarca de Camboriú, em que é apelante N. de O. N. e apelada A Justiça, por seu Promotor:

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

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público da Comarca de Camboriú/SC ofereceu denúncia contra N. de O. N. pela prática do delito definido no art. 157, §§ 1º, 2º, I, II, e V e 3º, *in fine*, do Código Penal c/c art. 103 do ECA, assim descrito na inicial acusatória (fls. I-III):

> Em 26 de janeiro de 2009, na cidade de Itajaí/SC, na Rua Sorocaba, s/n, bairro Limoeiro, foi encontrado e apreendido o adolescente Nilson de Oliveira Nascimento, pela prática de latrocínio contra a vítima Patrício José Silvano, ocorrido na madrugada ndo dia 22/1/2009, sendo que juntamente com o adolescente foram encontrados a arma utilizada (revólver marca Rossi, calibre 32, cromado, cabo na cor vermelha, numeração 102492) e as peças da aparelhagem de som do veículo VW/Saveiro, de propriedade da vítima.
>
> O representado e os coautores abaixo descritos, subtraíram coisa alheia móvel (VW/Saveiro). Logo depois de subtraída a coisa, empregaram violência contra a vítima Patrício José Silvano, a fim de assegurar a impunidade do ato e a detenção da coisa.
>
> A violência foi exercida com emprego de arma, que o representado portava irregularmente.
>
> O roubo foi cometido em concurso de pessoas.
>
> O representado e os coautores mantiveram a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.
>
> Da violência resultou a morte da vítima, conforme comprovado pelo laudo de fl. 27.
>
> Consta dos autos que no dia 21/1/2009, por volta de 23h, o menor estava reunido com mais cinco masculinos numa residência localizada no bairro Dom Nelson, no município de Brusque, sendo eles: Nilton de Oliveira Nascimento, vulgo "Foli", Amilton de Oliveira Nascimento, vulgo "Neguinho" (irmãos do adolescente representado), Jackson Felipe, vulgo "Banguela", Tiago César de

> Amaral e Alcionir de Oliveira. Momentos após, a vítima Patrício José Silvano passou pelo local para cumprimentar alguns rapazes, os quais estavam fora de casa. Surgiu entre o representado e os cinco masculinos, a idéia de roubar o veículo de propriedade da vítima e de matá-la em seguida, levando posteriormente o veículo para ser vendido no Paraguai.
>
> Deram início à execução da infração, dividindo-se em três veículos: uma motocicleta Honda CBX 200 Strada, azul, com placa LYC 0291, uma motocicleta Honda CG Titan, prata, e um automóvel VW/Gol, de cor branca. Saíram em sentido ao Morro do Poço Fundo, bairro Limeira, em Brusque e aguardaram a passagem da vítima, pois tinham o conhecimento de que a mesma passava diariamente pelo mesmo local. Para que a vítima parasse e saísse de seu veículo, os autores simularam que o carro em posse dos mesmos estava danificado. Sendo assim, o plano rendeu êxito, sendo a vítima abordada ao parar para ajudar os autores. A vítima foi rendida e colocada no interior de seu próprio veículo, sendo que nele entrou o representado e Jackson "Banguela", que conduziu o automóvel. Seguiram rumo ao bairro Braço, nesta cidade, juntamente com os demais nos outros veículos. Na Estrada Geral dos Caetés, efetuaram dois disparos da arma de fogo supracitada contra a vítima, resultando em sua morte, conforme Laudo Pericial de fl. 27.
>
> Após a execução da vítima, o cadáver foi abandonado e escondido numa mata, e o representado e os coautores seguiram no veículo roubado com destino a Foz do Iguaçu/PR, sendo que por problemas mecânicos cessaram a viagem na cidade de Rio do Sul/SC. O veículo foi abandonado no terminal rodoviário e então todos retornaram de ônibus até a cidade de Blumenau/SC e de lá, seguiram viagem de táxi até Brusque/SC.
>
> O veículo automotor só não foi transportado para outro Estado ou para o exterior, por circunstâncias alheias às vontades do representado e dos coautores.

Encerrada a instrução, o magistrado julgou procedente a representação, para reconhecer a responsabilidade do representado N. de O. N. pela prática do ato infracional equiparado ao crime previsto no art. 157, § 3º, segunda parte, do Código Penal e, em consequência, aplicar-lhe a

medida socioeducativa de internação, em Centro Educacional Regional, por prazo indeterminado, mas não superior a três anos, com reavaliações semestrais (fls. 99-115).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, arguindo, em preliminar, a nulidade da representação por não preencher os requisitos exigidos pelo art. 41 do Código de Processo Penal, porquanto a referida peça não descreve a participação pormenorizada do apelante no fato delituoso, o que dificultou o exercício de sua defesa. No mérito, busca a reforma da sentença, a fim de que a representação seja julgada improcedente ante a ausência de provas inequívocas do envolvimento do apelante no crime noticiado, ressaltando, nesse tocante, que a confissão feita pelo menor visou, tão somente, isentar seu irmão da responsabilidade penal (fls. 170-177).

Em contrarrazões, requereu o Ministério Público a manutenção da sentença combatida (fls. 179-190).

Ascenderam os autos e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Sérgio Antônio Rizelo, pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 201-210).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório necessário.

VOTO

Trata-se de apelação criminal interposta por N. de O. N. contra sentença que julgou procedente a representação e lhe impôs a medida socioeducativa de internação pela prática do ato infracional descrito como crime no art. 157, § 3º, segunda parte, do Código Penal.

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conhece-se do reclamo e passa-se à análise do seu objeto.

1 PRELIMINAR - INÉPCIA DA REPRESENTAÇÃO

De início, alegando que a representação contra si ofertada não descreveu sua participação pormenorizada no fato delituoso, dificultando, assim, o exercício de sua defesa, busca o apelante seja anulado o processo desde o início. Sem razão.

Nos termos do art. 182, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - semelhante à disposição inscrita no art. 41 do Código de Processo Penal que trata sobre os requisitos formais da denúncia -, a representação será oferecida por petição e conterá o breve resumo dos fatos e a classificação do ato infracional e, quando necessário, o rol de testemunhas, podendo ser deduzida oralmente, em sessão diária instalada pela autoridade judiciária.

A esse respeito, Paulo Afonso Garrido de Paula elucida: "exige o ordenamento jurídico que a representação contenha a exposição da conduta do adolescente, com todas as suas circunstâncias, de sorte a que o mesmo, conhecendo a atribuição infracional, possa produzir sua defesa" (Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 554).

No caso sob análise, ainda que a representação não tenha discriminado com exatidão quais os atos efetivamente realizados pelo apelante na prática do ato infracional pelo qual foi condenado, verifica-se na referida peça a presença de elementos suficientes para a confecção da defesa técnica.

Ademais, importante frisar que, "em crimes de autoria coletiva, convencido dos indícios de autoria e de materialidade, o Ministério Público muitas vezes não tem condições de proceder à total individualização das condutas dos agentes quando da elaboração da peça acusatória. É ao longo da instrução, com a produção das provas, que a certeza das condutas

pode se concretizar" (AC n. 2008.076664-5, de Mafra, rel. Des. Torres Marques, j. 13/3/2009).

Corroborando o entendimento aqui aplicado, destaca-se outros precedentes desta Corte:

> ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL - INÉPCIA DA REPRESENTAÇÃO - PEÇA INICIAL QUE, APESAR DOS DEFEITOS, DESCREVE SUFICIENTEMENTE O FATO QUE CONSTITUI EM TESE O ATO INFRACIONAL CUJA PRÁTICA É IMPUTADA AO ADOLESCENTE - SENTENÇA CASSADA - RECURSO PROVIDO (AC n. 2004.003473-3, de Joinville, rel. Des. Torres Marques, j. 13/4/2004).

> APELAÇÃO CRIMINAL - QUADRILHA ARMADA - RECEPTAÇÃO QUALIFICADA - ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR - CORRUPÇÃO ATIVA
>
> [...] ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA DIANTE DA FALTA DE DESCRIÇÃO INDIVIDUALIZADA DA CONDUTA DE CADA AGENTE - NÃO OCORRÊNCIA - EXORDIAL ACUSATÓRIA QUE INDICA A CONTRIBUIÇÃO DE CADA RÉU NO CONTEXTO CRIMINOSO E PERMITE O EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA - DESNECESSIDADE DE DESCRIÇÃO MINUCIOSA DA ATIVIDADE DOS ACUSADOS EM CRIMES DE AUTORIA COLETIVA [...] (AC n. 2005.001372-7, de Chapecó, rel. Des. Torres Marques, j. 11/10/2005).

Desta feita, outra medida não cabe senão afastar a preliminar arguida.

2 MÉRITO - ABSOLVIÇÃO

Quanto ao mérito, pretende o apelante a absolvição, sob o argumento de que inexistem provas inequívocas do seu envolvimento no fato delituoso descrito na representação, ressaltando, nesse tocante, que apenas

confessou o ato para isentar seu irmão, também envolvido, da responsabilidade penal.

Todavia, ao contrário do sustentado nas razões do recurso, o exame do conjunto probatório amealhado aos autos demonstra, de modo indiscutível, ter o apelante praticado o ato infracional equivalente ao crime de latrocínio. A saber:

Os autos noticiam que o adolescente N. de O. N., ora apelante, de posse de arma de fogo, acompanhado de cinco comparsas - Nilton de Oliveira Nascimento, vulgo "Foli", Amilton de Oliveira Nascimento, vulgo "Neguinho" (irmãos do adolescente representado), Jackson Felipe, vulgo "Banguela", Tiago César de Amaral e Alcionir de Oliveira - armaram uma emboscada para a vítima, imobilizando-a e, após roubar o seu veículo, efetuaram dois disparos com a arma de fogo supracitada, que foram causa eficiente da sua morte.

Nessa linha, a materialidade do delito em questão evidencia-se por meio do termo de entrega de adolescente (fl. 6); do termo de apreensão (fl. 8), o qual revela que na residência do apelante foram apreendidos o revólver da marca Rossi, calibre nominal .32, cromado com cabo na cor vermelha, numeração de série 102492, sete cartuchos calibre .32 aparentemente intactos e vários equipamentos de som automotivo subtraídos do carro da vítima; do laudo pericial cadavérico (fl. 27), que concluiu que a vítima veio a óbito em decorrência de "choque hipovolêmico/PAF/Rotura Visceral", causado por duas lesões praticadas mediante a utilização de arma de fogo; e, por fim, por meio da prova oral colhida no curso do processo.

De igual modo, a autoria revela-se inconteste.

Quando interrogado em juízo, o apelante N. de O. N, vulgo "De Menor", confessou a prática parcial do ato infracional, deixando claro que, embora a intenção inicial tenha partido de Jackson Felipe ("Banguela") e

que foi este quem efetuou os disparos, todos os envolvidos concordaram em matar a vítima, veja-se (fls. 31-32):

> Que a representação é parcialmente verdadeira [...]; que estava em casa em Brusque/SC; que Banguela chegou; que Amilton e Nilton estavam trabalhando; que foi de moto até o trabalho de Amilton e Nilton; que estava de fronte a casa de um amigo de Banguela; que a vítima passou de carro e disse para Banguela "tô indo para casa"; que Banguela falou para o representado; "vamos matar o Patrício para pegar a camionete"; que o representado disse que não ia matar pois não tinha nada contra Patrício; que Banguela falou "eu vou matar o Patrício, pois ele me deve uma moto"; que os irmãos do representado chegaram e Banguela falou sobre o seu intuito em matar Patrício; que todos concordaram em ajudar Banguela na morte; que todos sabiam que Banguela queria matar Patrício; que todos saíram e foram até uma rua em direção a casa do Patrício; que a casa do Patrício se situa em Brusque/SC; que fecharam o cerco contra a vítima; que Banguela mandou a vítima parar; que o representado colocou a arma na cabeça da vítima; que o representado e Banguela entraram no carro da vítima e vieram em direção à BR 101; que era um "quebrada" e não sabe dizer onde era; que depois de meia hora acabou a gasolina da camionete da vítima; que Banguela falou "vou matar aqui mesmo"; que Banguela subiu "em uma subida" com Alcionir; que o representado ficou em baixo; que ouviu três tiros; que acredita que foi Banguela que matou a vítima porque Banguela estava com a arma; que Amilton e Tiago foram embora antes da morte da vítima; que Banguela disse que era muita gente para assistir a morte e por isso mandou embora; que depois dos tiros Alcionir e Banguela desceram o morro sem o corpo da vítima; que pegaram gasolina da moto de Alcionir e foram embora para a casa do depoente em Brusque; que a camionete foi levada até a casa do depoente e depois abandonaram a camionete, mas o depoente não sabe onde; que a arma que matou a vítima é um .38 de Banguela; que o revólver .32 é do depoente; que tem a arma em casa para sua defesa; que Banguela vendeu a aparelhagem do som da vítima para o irmão do representado de nome Nilton; que Nilton pagou R$ 600,00 pelo som; que a camionete foi abandonada perto da rodoviária; que a primeira vez que pratica um ato infracional (grifo nosso).

Jackson Felipe ("Banguela"), buscando inocentar o adolescente, afirmou que "Amilton sacou de um revólver" e desferiu um tiro contra a vítima, momento em que somente ele e Amilton estavam presentes. Ademais, negou que qualquer bem da vítima tenha sido roubado (fl. 76).

Já Nilton de Oliveira Nascimento, irmão do recorrente, assim relatou (fl. 72):

> [...] que comprou o som da vítima na mesma noite [...] que nunca roubou o som [...] que a vítima devia uma dívida de uma moto para Banguela; que estão no mesmo pátio o depoente e Banguela; que conversam sobre o crime; que Amilton fala no presídio que foi ele quem atirou na vítima; que Amilton fala que matou a vítima por causa de uma briga anterior; que ninguém falou que matou para roubar alguma coisa; que não colaborou para a morte da vítima; que o menor tinha uma arma; que não sabe a razão de ter uma arma; que sabe que ter a arma é crime; que não viu o menor colocar uma arma na cabeça da vítima (grifo nosso).

Nessa linha, Amilton de Oliveira Nascimento, também irmão do menor, assumiu a autoria do delito e afirmou ter atirado contra a vítima três vezes. Ainda, mencionou que a arma utilizada no crime era do apelante N. de O. N., que a trouxe do Paraná e que "a arma estava na gaveta da casa" onde moram todos os irmãos (fl. 73).

Vale frisar aqui a contradição das declarações prestadas em juízo por Jakson Felipe e Nilton de Oliveira quando comparadas aos relatos feitos na fase investigativa. O primeiro havia afirmado anteriormente que ele, Tiago, Alcionir, o apelante e o primo deste colocaram o corpo da vítima no meio do mato e foram em direção a Foz do Iguaçu com o carro da mesma (fl. 13); ao passo que o segundo confirmou que, juntamente com Tiago, Alcionir, Jackson, Amilton e o apelante, seguiram a vítima e a abordaram, mas ressalvou que somente seus comparsas seguiram com a vítima até o local da execução e a mataram "para que não os delatasse" (fl. 14).

Por sua vez, Alcionir de Oliveira, perante a autoridade policial, disse que os verdadeiros autores da morte da vítima foram o apelante, Jackson ("Banguela") e Tiago (fl. 10).

O depoimento que merece especial relevo é o prestado pelo Delegado de Polícia Eliomar José Beber (fl. 74):

> [...] que um dos réus contou para a namorada sobre a morte; que na casa do menor foi encontrado uma arma .32 e equipamentos de som que pertenciam à vítima; que no local da morte foram encontrados pedaços de som; que uma parte da aparelhagem se encontrava no local pois os denunciados na ação penal e o menor disseram que faltou gasolina na camionete e utilizaram a aparelhagem para o transporte de combustível; que o adolescente e os réus falaram na delegacia que o intuito era furtar a camionete; que a vítima foi abordada por todos os réus e pelo adolescente com o intuito único de roubar a camionete; que o menor participou de todos os atos desde a festa até a morte; que a única coisa que não ficou esclarecida é quem teria puxado o gatilho; que o depoente não se recorda da conduta de cada um, mas todos participaram dos atos de execução; que a pessoa que teve menos participação foi o irmão do menor que o depoente não sabe o nome; que sabe que o irmão do menor trabalha em Brusque; que todos sabiam o que seria feito com a vítima quando saíram da festa (grifo nosso).

Para arrematar o exame do conjunto probatório, destaca-se a conclusão fornecida pelo julgador singular (fls. 110-111):

Ora, muito embora não se descarte que o latrocínio tenha sido motivado por suposta dívida da vítima em relação ao comparsa do representado, tal contexto pouco importa ao deslinde da questão, porquanto inquestionável que atuaram movidos pelo dolo de subtrair seus pertences, uma vez que, além de roubarem o aparelho de som automotivo, venderam-no para terceiro.

Ademais, verifica-se que o representado confessou parcialmente a sua participação na prática delituosa, pois afirmou que colocou a arma na

cabeça de Patrício e que, após a morte da vítima, ele e os outros empreenderam fuga em uma moto.

Portanto, verifica-se que o representado teve efetiva participação em todo crime, sendo, inclusive o proprietário da arma, não sendo possível falar em participação de menor importância, como quis fazer parecer a defesa.

À luz de tudo que foi exposto - e considerando que o Código Penal Brasileiro, subsidiário ao Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 103), adotou a teoria unitária, segundo a qual, havendo concurso de agentes, respondem pela violência todos aqueles que intencionalmente contribuíram para a morte, pouco importando qual tenha sido a atuação específica de cada um - não persiste sombra de fragilidade nas provas carreadas no presente caderno processual, devendo ser mantida a condenação do apelante pela prática do ato infracional descrito como crime no art. 157, § 3º, segunda parte, do Código Penal.

Outro não é o entendimento consolidado nesta Corte:

> ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL. LATROCÍNIO. NEGATIVA INCONSISTENTE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS, ENTRE OUTROS ELEMENTOS, PELA CONFISSÃO DO CO-AUTOR. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE NÃO CARACTERIZADA. ADOLESCENTE QUE ADERIU POR VONTADE PRÓPRIA À CONDUTA DOS COMPARSAS. PLEITEADO RECONHECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO QUE VISA À PENA E NÃO À MEDIDA. PRETENDIDA SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. APLICAÇÃO AMPARADA NA GRAVIDADE DA CONDUTA. INTELIGÊNCIA DO ART. 122, INC. I, DO ECA. RECURSO NÃO PROVIDO (AC n. 2008.070854-0, de São João Batista, rel. Des. Irineu João da Silva, j. 10/2/2009).

DIREITO PENAL JUVENIL – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ATO INFRACIONAL – ROUBO QUE RESULTOU MORTE (LATROCÍNIO) – EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – TESTEMUNHA QUE RELATA O CRIME COM PRECISÃO DE DETALHES – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO

Simples negativa da autoria, isolada e dissociada dos demais elementos de prova, não merece credibilidade.

Comprovada a pretensão de obter vantagem patrimonial ilícita, mediante subtração de dinheiro da vítima, valendo-se de violência física, sobrevindo o resultado morte, configurado resta o ato infracional correspondente ao latrocínio (AC n. 2006.003511-1, da Capital, rel. Des. Amaral e Silva, j. 27/11/2007).

Por fim:

'No concurso delinqüencial não se faz mister que todos os participantes consumem atos típicos de execução para ser alguém co-responsabilizado; basta que se constate haja colaborado para o evento, auxiliando (física ou moralmente), instigando, prestigiando ou encorajando (em certas ocasiões a simples presença voluntária) a atuação dos executores diretos'. (Rel. Des. Nilton Macedo Machado, JC 69/518). (AC n. 34.376, de Caçador, rel. Des. Álvaro Wandelli, j. 19/3/1996).

Logo, inalterada a decisão condenatória, o voto é pelo desprovimento do apelo.

DECISÃO

Nos termos do voto da relatora, esta Primeira Câmara Criminal, por unanimidade de votos, resolveu conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Rui Fortes, com voto, e dele participaram a Exma. Sra. Desa. Marli Mosimann Vargas – relatora e o Exmo. Sr. Des. Newton Varella Júnior.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça participou o Exmo. Sr. Procurador Paulo Roberto Speck.

Florianópolis, 16 de março de 2010.

Marli Mosimann Vargas
RELATORA

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

Apelação Criminal n. 2008.063535-7, de Joinville

Relator: Des. Sérgio Paladino

> APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE PERSEGUE A CONDENAÇÃO. DOLO NÃO EVIDENCIADO. FATO ATÍPICO.
>
> RECURSO DESPROVIDO.
>
> Inexistindo prova de que os agentes atuaram com o dolo de obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo terceiro em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento, não há crime a punir em razão da ausência do elemento subjetivo, que enseja a caracterização do fato típico.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2008.063535-7, da comarca de Joinville (2ª Vara Criminal), em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, apelados Nederson Faria e Ana Paula Saugo, e interessado Ari Monteiro:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Na comarca de Joinville, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Nederson Faria, imputando-lhe a prática da conduta incriminada no art. 171, caput, combinado com o art. 71, ambos do Código Penal, por oito vezes, em razão dos fatos assim descritos, *ipsis verbis*:

> Que o denunciado, nesta cidade de Joinville, abriu empresa sob o nome de Habitaville Construções Ltda, para fins de contratação, com particulares, da construção de casas. Contudo, a composição da empresa e os contratos por este firmados, nada mais eram que meios fraudulentos, visando a enganar diversas pessoas, com o que obteve vantagem indevida, eis que recebia parte do dinheiro contratado, mas não efetuava a contraprestação.
>
> Assim é que, nesta cidade de Joinville, em 06 de dezembro de 2001, o denunciado, via empresa Habitaville, contratou a construção de uma casa com a vítima Gilberto Manoel Serafim, a qual seria entregue no prazo de 60 (sessenta) dias, sendo que a vítima entregou para o denunciado a quantia de R$12.00,00 (doze mil reais), sendo cinco mil em espécie e sete mil em materiais para construção. Contudo, a empresa e o contrato não passavam de meios fraudulentos, para manutenção da vítima Gilberto em erro e obtenção da vantagem indevida, eis que a obra nunca foi concluída.
>
> Da mesma forma, nesta cidade de Joinville, em 16 de dezembro de 2002, o denunciado, via empresa Habitaville, contratou a construção de uma casa com a vítima Anézia da Cruz Lemos, a qual seria entregue no prazo de 60 (sessenta) dias úteis, sendo que a vítima entregou para o denunciado a quantia de R$9.900,00 (nove mil e novecentos reais), pagos parcelados entre a data da assinatura do contrato e outubro de 2003. Contudo, a empresa e o contrato não passavam de meios fraudulentos, para manutenção da vítima Anézia em erro e obtenção da vantagem indevida, eis que a obra nunca foi concluída.
>
> Em continuidade delitiva, nesta cidade de Joinville, em janeiro de 2003, o denunciado, via empresa Habitaville, contratou a construção de uma casa com a vítima Celma de Moraes Pregun, a qual seria entregue no prazo de 60 (sessenta) dias úteis, sendo que

a vítima entregou para o denunciado a quantia de R$11.400,00 (onze mil e quatrocentos reais). Contudo, a empresa e o contrato não passavam de meios fraudulentos, para manutenção da vítima Celma em erro e obtenção da vantagem indevida, eis que a obra nunca foi concluída.

Em continuidade delitiva, nesta cidade de Joinville, em 24 de janeiro de 2003, o denunciado, via empresa Habitaville, contratou a construção de uma casa com a vítima Elionor Maria Segata, a qual seria entregue no prazo de 75 (setenta e cinco) dias úteis, sendo que a vítima entregou para o denunciado a quantia de R$13.561,87 (treze mil, quinhentos e sessenta e um reais e oitenta e sete centavos). Contudo, a empresa e o contrato não passavam de meios fraudulentos, para manutenção da vítima Elionor em erro e obtenção da vantagem indevida, eis que a obra nunca foi concluída.

Em continuidade delitiva, nesta cidade de Joinville, em 10 de março de 2003, o denunciado, via empresa Habitaville, contratou a construção de uma casa com a vítima Juciane da Rocha Pereira, a qual seria entregue no prazo de 75 (setenta e cinco) dias úteis, sendo que a vítima entregou para o denunciado a quantia de R$ 500,00 (quinhentos reais). Contudo, a empresa e o contrato não passavam de meios fraudulentos, para manutenção da vítima Juciane em erro e obtenção de vantagem indevida, eis que a obra nunca foi sequer iniciada.

Da mesma forma, nesta cidade de Joinville, em 05 de novembro de 2003, o denunciado, via empresa Habitaville, contratou a construção de uma casa com a vítima Eugênio Eduardo Segata, a qual seria entregue no prazo de 90 (noventa) dias úteis, sendo que a vítima entregou para o denunciado a quantia de R$ 12.550,00 (doze mil, quinhentos e cinqüenta reais). Contudo, a empresa e o contrato não passavam de meios fraudulentos, para manutenção da vítima Eugênio em erro e obtenção da vantagem indevida, eis que a obra nunca foi concluída.

Em continuidade delitiva, nesta cidade de Joinville, em 13 de novembro de 2003, o denunciado, via empresa Habitaville, contratou a construção de uma casa com a vítima Sidney de Carvalho Brandão, a qual seria entregue no prazo de 60 (sessenta) dias úteis, sendo que a vítima entregou para o denunciado a quantia de R$ 8.200,00 (oito mil e duzentos reais). Contudo, a empresa e o con-

> trato não passavam de meios fraudulentos, para manutenção da vítima Sidney em erro e obtenção da vantagem indevida, eis que a obra nunca foi concluída.
>
> Em continuidade delitiva, nesta cidade de Joinville, em 17 de novembro de 2003, o denunciado, via empresa Habitaville, contratou a construção de uma casa com a vítima Ademir Hoeltgebaun, a qual seria entregue no prazo de 75 (setenta e cinco) dias úteis, sendo que a vítima entregou para o denunciado a quantia de R$16.000,00 (dezesseis mil reais). Contudo, a empresa e o contrato não passavam de meios fraudulentos, para manutenção da vítima Ademir em erro e obtenção da vantagem indevida, eis que a obra nunca foi concluída (fls. 06/09).

Ao receber a denúncia o magistrado decretou a prisão preventiva do réu (fls. 89/90), cuja revogação pleiteou (fls. 101/108), ato contínuo, sem sucesso (fl. 124).

Veio aos autos o pedido de informações (fl. 125), a cópia da petição inicial do habeas corpus impetrado em favor de Nederson (fls. 126/143) e do documento enviado pelo Dr. Juiz a *quo* (fls. 144/146).

Entendendo que se configurara a conexão entre o fato para cuja apuração instaurou-se esta ação penal e o de que cuida a de n. 038.05.023840-7, distribuída ao Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal, o titular da 1ª Vara Criminal declarou-se incompetente e determinou a remessa dos autos àquela unidade jurisdicional (fls. 161/163).

O Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal ordenou, então, o apensamento a estes dos autos do processo-crime n. 038.05.023840-7 (fl. 164).

O réu reiterou o pedido (fls. 177/178) e obteve a revogação da custódia cautelar (fls. 165/167).

O Dr. Promotor de Justiça aditou, então, a denúncia, incluindo no polo passivo da relação processual Ana Paula Saugo e Ari Monteiro, narrando, outrossim, outro delito de estelionato nestes termos:

> Os denunciados **Nederson Faria, Ana Paula Saugo** e **Ari Monteiro,** já qualificados, conscientes da ilicitude de seus atos, como vontade dirigida à realização de ilícito penal, agindo em comunhão de esforços e vontades, obtiveram para si vantagem patrimonial ilícita em prejuízo alheio, induzindo suas vítimas em erro mediante emprego de meio ardiloso.
>
> Os denunciados, nesta cidade de Joinville, abriram uma empresa sob o nome de Habitaville Construções Ltda, para fins de contratação, com particulares, da construção de casas. Contudo, a composição da empresa e os contratos por este firmados, nada mais eram que meios fraudulentos, visando a enganar diversas pessoas, com o que obtiveram vantagem patrimonial indevida, eis que recebiam parte do dinheiro contratado, mas não efetuavam a contraprestação.
>
> Assim é que, nesta cidade de Joinville, em 06 de dezembro de 2001, os denunciados, via empresa Habitaville, contrataram a construção de uma casa com a vítima Gilberto Manoel Serafim, a qual seria entregue no prazo de 60 (sessenta) dias, sendo que a vítima entregou para o denunciado a quantia de R$12.00,00 (doze mil reais), sendo cinco mil em espécie e sete mil em materiais para construção. Contudo, a empresa e o contrato não passavam de fraudes, para manutenção da vítima Gilberto em erro e obtenção da vantagem indevida, eis que a obra nunca foi concluída.
>
> Da mesma forma, nesta cidade de Joinville, em 16 de dezembro de 2002, os denunciados, via empresa Habitaville, contrataram a construção de uma casa com a vítima Anézia da Cruz Lemos, a qual seria entregue no prazo de 60 (sessenta) dias úteis, sendo que a vítima entregou para o denunciado a quantia de R$ 9.900,00 (nove mil e novencentos reais), pagos parcelados entre a data da assinatura do contrato e outubro de 2003, sendo que a obra jamais foi concluída.
>
> Em continuidade delitiva, ainda na cidade de Joinville, em janeiro de 2003, os denunciados contrataram a construção de uma casa com a vítima Celma de Moraes Pregun, a qual seria entregue no prazo de 60 (sessenta) dias úteis, sendo que a vítima entregou para

o denunciado a quantia de R$ 11.400,00 (onze mil e quatrocentos reais). Contudo, a empresa Habitaville e o contrato firmado não passavam de meios fraudulentos para manutenção da vítima Celma e erro e obtenção de vantagem patrimonial ilícita, eis que a obra nunca foi concluída.

Agindo com o mesmo *modus operandi* e em continuidade delitiva, em 24 de janeiro de 2003, nesta cidade, os denunciados, via empresa Habitaville, contrataram a construção de uma casa com a vítima Elionor Maria Segata, a qual seria entregue no prazo de 75 (setenta e cinco) dias úteis, sendo que a vítima entregou para os denunciados a quantia de R$ 13.561,87 (treze mil, quinhentos e sessenta e um reais e oitenta e sete centavos). Contudo, a empresa e o contrato não passavam de meios fraudulentos, sendo que os denunciados mais uma vez obtiveram para si vantagem indevida em prejuízo alheio.

Em 19 de fevereiro de 2003, os denunciados, via empresa Habitaville, contrataram a construção de uma casa residencial com as vítimas Osvaldo Axt e Waldívia Axt, sendo que as vítimas deveriam pagar o total do combinado em parcelas iguais e sucessivas de R$ 6.567,00 (seis mil, quinhentos e sessenta e sete reais). Contudo, após pagarem a primeira parcela e as referentes aos meses de março e abril de 2003, as vítimas se deram conta de que estavam sendo mantidas em erro e que a empresa e o contrato firmado não passavam de uma fraude arquitetada pelos denunciados para obterem vantagem ilícita.

Em continuidade delitiva, nesta Cidade de Joinville, em 10 de março de 2003, os denunciados Nederson Faria, Ana Paula Saugo e Ari Monteiro, contrataram a construção de uma casa com a vítima Juciane da Rocha Pereira, a qual seria entregue no prazo de 75 (setenta e cinco) dias úteis, sendo que a vítima entregou para os denunciados a quantia de R$ 500,00 (quinhentos reais). Contudo, a empresa Habitaville e o contrato firmado não passavam de meios fraudulentos, para manutenção da vítima Juciane em erro e obtenção de vantagem indevida, eis que a obra sequer foi iniciada.

Ainda agindo com nítido *animus fraudandi*, na cidade de Joinville, no dia 5 de novembro de 2003, os denunciados, via empresa Habitaville, contrataram a construção de uma casa com a vítima Eugênio Eduardo Segata, a qual seria entregue no prazo de 90 (noventa) dias úteis, sendo que a vítima entregou para os denunciados a

> quantia de R$ 12.550,00 (doze Mil, quinhentos e cinqüenta reais), verificando-se posteriormente que tratava-se de uma fraude, sendo que a obra jamais foi concluída.
>
> Em continuidade delitiva, nesta cidade, de Joinville, em 13 de novembro de 2003, os denunciados, via empresa Habitaville, contrataram a construção de uma casa com a vítima Sidney de Carvalho Brandão, a qual seria entregue no prazo de 60 (sessenta) dias úteis, sendo que a vítima, acreditando na boa fé dos denunciados, entregou aos mesmos a quantia de R$ 8.200,00 (oito mil e duzentos reais). Contudo, a empresa e o contrato não passavam de meios fraudulentos empregados pelos denunciados para manutenção da vítima Sidney em erro e obtenção da vantagem indevida, eis que a obra nunca foi finalizada.
>
> Da mesma forma, em 17 de novembro de 2003, os denunciados, via empresa Habitaville, contrataram a construção de uma casa com a vítima Ademir Hoeltgebaun, a qual seria entregue no prazo de 75 (setenta e cinco) dias úteis, sendo que a vítima entregou para os denunciados a quantia de R$ 16.000,00 (dezesseis mil reais). No entanto, agindo com vontade livre e dirigida, os denunciados novamente obtiveram para si vantagem patrimonial ilícita mediante o emprego de meio fraudulento em prejuízo da vítima Ademir, que jamais teve sua obra concluída (fls. 03/04).

Acolhido o aditamento (fls. 302/303), anexou-se cópia da decisão proferida no habeas corpus supra referido (fls. 345/348).

Citados (fls. 360 e 384), Nederson e Ana Paula foram interrogados (fls. 363/369 e 387/391) e apresentaram defesas prévias, postulando a produção de prova oral (fls. 370/373 e 392/395).

Citado por edital (fl. 399), Ari não compareceu à audiência designada para o seu interrogatório, motivo pelo qual o magistrado suspendeu o processo e o prazo prescricional no que se lhe concernia, *ex vi* do art. 366 do Código de Processo Penal (fl. 403).

Inquiridas seis vítimas (fls. 434/439 e 441/442) e uma testemunha arrolada na exordial (fl. 440), bem assim oito das indicadas nas peças de

resistência (fls. 507 e 589/596), as partes silenciaram na fase das diligências complementares (fls. 613 e 620).

Ofertadas as derradeiras alegações, na ordem legal (fls. 628/637 e 646/655), vieram ao caderno processual as cartas precatórias expedidas para a ouvida de parte das testemunhas indicadas por Nederson e Ana Paula, inquirindo-se, nos juízos deprecados, outras cinco (fls. 675/676, 697, 709 e 749).

Na sequência, o Dr. Promotor de Justiça ratificou suas derradeiras alegações (fl. 754), ao passo que os acusados complementaram as que haviam deduzido (fls. 768/778).

Sobreveio, então, a sentença, por meio da qual a Dra. Juíza Substituta julgou improcedente a denúncia, absolvendo Nederson e Ana Paula das imputações que lhes foram feitas, com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal (fls. 780/789).

Inconformado, o representante do Ministério Público apelou, objetivando a reforma do veredicto para que se condene os apelados em conformidade com a denúncia, asseverando que restaram plenamente demonstradas, tanto a materialidade, quanto a autoria dos delitos nela narrados, bem assim o dolo com que ambos agiram (fls. 794/812).

Com as contrarrazões (fls. 822/827), os autos ascenderam a esta Corte, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Robison Westphal, pelo provimento do recurso (fls. 850/863).

VOTO

Não procede a pretensão condenatória deduzida pelo representante do Ministério Público, visto que não há crime a punir.

Com efeito, a absolvição no concernente aos fatos de que foram vítimas Gilberto Manoel Serafim, Anézia da Cruz Lemos e Sidney de Car-

valho Brandão era imperativa em face da impossibilidade da condenação fundar-se unicamente na prova produzida no inquérito, sem arrimo dos elementos colhidos sob o crivo do contraditório.

Os ofendidos sequer foram ouvidos na fase judicial, não tendo ratificado, por conseguinte, as declarações prestadas anteriormente, inviabilizando-se que se as utilize para alicerçar a condenação dos recorridos, a teor do preceito inscrito no art. 155 do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe conferiu a Lei n. 11.690/08, *verbis*:

> O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Idêntico desfecho, ancorado, porém, em fundamento diverso, avia-se à pretensão condenatória atinente aos demais ofendidos, pois, no que lhes toca, as condutas perpetradas pelos apelados não constituem fato típico, ante a ausência do elemento subjetivo que ensejaria a sua caracterização.

Segundo a prova dos autos, os apelados, no período compreendido entre janeiro e novembro de 2003, contrataram com as vítimas a construção de casas, delas recebendo pagamento em dinheiro ou em materiais de construção ou nas duas formas, enquanto estes não cumpriram o acordado, deixando obras inacabadas ou não iniciadas, causando-lhes prejuízos.

A materialidade e a autoria dos delitos de estelionato restaram patenteadas no caderno processual. A primeira desponta dos boletins de ocorrência (fls. 20, 23/24, 31e 51), dos contratos particulares de compromisso de empreitada (fls. 25/28, 36/39 e 208/211) e dos recibos (fls. 29/30, 32/35, 40/41 e 212/215). A segunda emerge das declarações das vítimas (fls. 63/68, 264/265, 434/439 e 441/442) e da testemunha Edemar Alexandre Kowalski (fls. 71 e 440).

Entretanto, nos casos em apreço, não ficou evidenciado o elemento subjetivo do crime de estelionato, qual seja, o dolo, que consiste na vontade livre e consciente de apoderar-se de vantagem ilícita em prejuízo alheio, condição sem a qual não se configura.

No que tange à caracterização do delito de estelionato, assinala Damásio E. de Jesus:

> O estelionato só é punível a título de dolo, que consiste na vontade de enganar a vítima, dela obtendo vantagem ilícita, em prejuízo alheio, empregando artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento. É necessário que o sujeito tenha consciência da ilicitude da vantagem que obtém da vítima. O tipo requer um segundo elemento subjetivo, contido na expressão "para si ou para outrem". Não há fraude culposa. Em face disso, o estelionato só pode ser punido a título de dolo. A denominada fraude culposa constitui fato atípico (Direito Penal, Parte Especial, 2º Volume, 17ª ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 375).

A jurisprudência, por seu turno, proclamou:

> O que se pune no estelionato é a censurabilidade do ato, face à parte subjetiva do delito, vale dizer, o dolo do agente, que, ciente e consciente, visou à prática criminosa, contribuindo para o resultado doloso e enganoso da vítima (RT 527/381).

A ausência do dolo específico nos casos de que aqui se cuida aflora das declarações das testemunhas arroladas pelos apelados (fls. 507, 589/596, 675/676, 697, 709 e 749), que contrataram a construção de casas em condições semelhantes às que originaram esta ação penal, segundo as quais a avença foi devidamente cumprida, apesar da delonga na ultimação.

Em face disso, evidencia-se que os apelados não visavam a obter vantagem ilícita para si ou para outrem, espoliando o patrimônio das vítimas sem lhes entregar a contraprestação. Ao contrário do narrado na denúncia, não constituíram a empresa com a especial finalidade de aplicar golpes, nem firmaram contratos com o intuito de utilizá-los como meio

fraudulento para a induzir os ofendidos em erro, tanto que muitos deles foram efetivamente adimplidos.

Ademais, na espécie, poder-se-ia, no máximo, entender caracterizado ilícito civil, mas não penal, em razão da ausência de requisito para a configuração do estelionato.

Acerca da diferença entre fraude penal e civil, esclarece Júlio Fabbrini Mirabete, *verbis*:

> Questão tormentosa é a de se distinguir o estelionato do mero ilícito civil impunível. Vários critérios foram sugeridos para se fazer a distinção entre a fraude civil e a fraude penal. Afirma-se que existe esta apenas quando: há propósito *ab initio* do agente de não prestar o equivalente econômico; há um dano social e não puramente individual; há a violação do mínimo ético; há um perigo social, mediato ou indireto; há uma violação da ordem jurídica que, por sua intensidade ou gravidade, tem como única sanção adequada a pena; há fraude capaz de iludir o diligente pai de família; há evidente perversidade e impostura; há uma *mise-en-scène* para iludir; há uma impossibilidade de se reparar o dano; há o intuito de um lucro ilícito e não do lucro do negócio etc. Afirma Hungria que, "tirante a hipótese de ardil grosseiro, a que a vítima se tenha rendido por indesculpável inadvertência ou omissão de sua habitual prudência, o *inadimplemento preordenado* ou *preconcebido* é talvez o menos incerto dos sinais orientadores na fixação de uma linha divisória nesse terreno *contestado* da fraude". Na verdade, não há diferença de natureza, ontológica, entre a fraude civil e a penal. Não há fraude penal e fraude civil; a fraude é uma só. Pretendida distinção sobre o assunto é supérflua, arbitrária e fonte de danosíssimas confusões (*JTACrSP* 58/210; RT 423/401). O que importa verificar, pois, é se, em determinado fato, se configuram todos os requisitos do estelionato, caso em que o fato é sempre punível, sejam quais forem as relações, a modalidade e a contingência do mesmo (*RT* 543/347-348).
>
> Tem-se entendido que há fraude penal quando o escopo do agente é o lucro ilícito e não o do negócio (*RT* 423/344). Isso porque a fraude penal pode manifestar-se na simples operação civil, não passando esta, na realidade, de engodo fraudulento que envolve a

> espolia da vítima (*RT* 329/121) (Manual de Direito Penal, vol. 2, 25ª ed. rev. e atual., São Paulo, Atlas, 2008, p. 288).

A propósito, assentou a jurisprudência:

> O descumprimento de obrigação contratual não tipifica o delito de estelionato, sendo necessário para sua constituição haver o agente induzido a vítima a erro, mediante ardil ou qualquer outro meio fraudulento. Em assim não sendo, ocorre mero ilícito civil, caracterizando portanto fato atípico no âmbito penal (RT 760/671).

Diante disso, ausente o elemento subjetivo do tipo, delineando-se, na espécie, quiçá ilícito civil, a absolvição tornava-se inarredável.

DECISÃO

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Salete Silva Sommariva, emitindo parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 24 de novembro de 2009.

Sérgio Paladino
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Criminal n. 2009.029330-3, de Canoinhas

Relator: Des. Sérgio Paladino

AÇÃO PENAL. APELAÇÃO INTENTADA PELO PROMOTOR DE JUSTIÇA CONTRA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. AUSÊNCIA DO TESTE DE ALCOOLEMIA. ESTADO ETÍLICO QUE PODE SER DEMONSTRADO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. CONFISSÃO DO ACUSADO AMPARADA PELA PROVA TESTEMUNHAL. CONDUTA DELITUOSA PERFEITAMENTE EVIDENCIADA. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE.

RECURSO PROVIDO.

"O art. 158 do CPP assevera que quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. No caso, porém, como o condutor recusou-se a fazer o teste de alcoolemia, perfeitamente possível a aplicação do disposto no art. 167 do CPP, analogicamente, podendo a prova testemunhal suprir a falta da perícia. Ademais, se outros meios de prova podem ser usados para atestar a infração administrativa de embriaguez ao volante (art. 277, § 2º, do CTB), por qual razão não podem ser utilizados para o prova da mesma conduta na esfera criminal?

Temos, pois, que apesar de o tipo penal prever o limite matemático de concentração alcoólica, a prova deste fato não pode cingir-se aos testes de alcoolemia apenas. Se através de exames clínicos, da prova testemunhal ou de qualquer outro meio probatório lícito for possível concluir, com certeza, que a concentração alcoólica do condutor foi em muito superior ao limite mínimo, diante da sua recusa em submeter-se aos testes de alcoolemia, não vislumbramos óbice ao uso de outros instrumentos probatórios.

> O que importa é ter a certeza de que o condutor dirigiu o seu automóvel com uma concentração superior ao limite mínimo. E, no caso de embriaguez patente, escancarada, é perfeitamente possível aferir-se tal conclusão de outra forma, longe dos testes de alcoolemia" (Parecer n. 005/2008/CCR do Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, disponível em <www.mp.sc.gov.br/centros de apoio/criminal> acesso em 22 set. 2009).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2009.029330-3, da comarca de Canoinhas (Vara Criminal), em que é apelante a Justiça, por seu Promotor e apelado Jorge Metka:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, dar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Na comarca de Canoinhas, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Jorge Metka, dando-o como incurso nas sanções do art. 306 da Lei n. 9.503/97, descrevendo assim o fato, *ipsis verbis*:

> Em data de 28 de janeiro de 2006, por volta das 16h15m, o denunciado conduzia seu veículo VW Gol, placas ALA 5599, pela Rua Pedro Flores, município de Três Barras, nesta Comarca, sob a influência de álcool, oportunidade em que o fazia de forma anormal e perigosa, chegando a empreender fuga em alta velocidade, quase atropelando transeuntes que por ali caminhavam (fls. 01/02).

Antes mesmo da deflagração da ação penal, considerando que o acusado vinha, reiteradamente, dirigindo alcoolizado, o Dr. Juiz de Direito suspendeu a sua habilitação, circunstância que impediu, também, a concessão dos benefícios a que aludem a Lei n. 9.099/95.

Recebida a denúncia (fl. 25), citado (fl. 29) e interrogado (fl. 31), o réu apresentou a defesa prévia, indicando a prova oral arrolada na peça acusatória (fls. 34/35).

Inquiridas as testemunhas (fls. 43/44), na fase das diligências complementares, nada foi requerido pelas partes, que ofertaram, em seguida, as derradeiras alegações, na ordem legal (fls. 54/61).

Sobreveio a sentença, por meio da qual o Dr. Juiz Substituto julgou improcedente a denúncia e absolveu Jorge, com fundamento no art. 386, incisos III e VII, do Código de Processo Penal (fls. 62/69).

Inconformado, o Dr. Promotor de Justiça apelou, objetivando a reforma da decisão ao argumento de que a confissão do acusado e a prova testemunhal são suficientes para a condenação, haja vista que o exame pericial não foi realizado devido à sua elevada embriaguez (fls. 73/83).

Com as contrarrazões (fls. 92/99), o autos ascenderam a esta Corte, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Paulo Roberto Speck, pelo desprovimento do recurso (fls. 104/107).

VOTO

Procede a insurreição, porquanto há no processo provas seguras, tanto da materialidade quanto da autoria do delito.

Segundo o processado, no dia 28 de janeiro de 2006, no período da tarde, o apelado trafegava com o seu VW/Gol, pela rua Pedro Flores, em Três Barras, em visível estado de embriaguez, fazendo ziguezague pela via, expondo a dano potencial os pedestres que por ali transitavam. Diante disso, acionada por populares, uma viatura policial pôs-se ao seu encalço, conseguindo detê-lo após prévia perseguição, frustrando a sua fuga.

Embora a Lei n. 11.705, de 19 de junho de 2008, haja alterado a redação do art. 306 da Lei n. 9.503/97, condicionando a caracterização

do delito à comprovação, por meio de exames físicos-químicos, de que o agente esteja conduzindo o veículo com seis ou mais decigramas de álcool por litro de sangue no seu organismo, a sua não realização, por si só, não desconstitui o crime, porquanto a embriaguez, naquele patamar, pode ser comprovada, no entedimento do relator por outros meios lícitos.

Na espécie, o apelado confessou, nas duas fases procedimentais, que havia ingerido bebida alcoólica, tendo dito na Delegacia de Polícia que "foi submetido ao bafômetro, mas devido ao seu estado não conseguiu soprá-lo" o suficiente, circunstância que vem demonstrada, também, por meio do boletim de ocorrência de fl. 05, onde consta observação de que "o autor não conseguiu realizar o teste do bafômetro por estar altamente em visível estado de embriaguez".

A confissão é amparada pelas declarações dos policiais militares que atenderam a ocorrência, Jorge Vanderlei Martins (fls. 06 e 44) e Gilberto Alves Machado (fls. 07 e 43), tendo este dito em juízo que "o acusado estava bastante alcoolizado", enquanto o outro miliciano declarou "que o estado de embriaguez do acusado era crítico; que não teve reação por parte do acusado o qual estava até sonolento em razão da embriaguez".

É induvidoso que Jorge ingeriu quantidade de bebida alcoólica suficiente para deixá-lo sem condições de dirigir o seu veículo, situação admitida por ele, e confirmada pelas testemunhas, e que não pode ser ignorada apesar da restrição contida no dispositivo legal.

No particular, concluiu o Dr. Promotor de Justiça:

> *Omissis*.
>
> Como cediço, no sistema processual penal brasileiro vige o sistema da livre persuasão racional do juiz, em que se admitem todos os tipos de prova (desde que lícitas evidentemente) a fim de comprovar um fato determinado.
>
> Nesse sentido é a lição de Fernando Capez:

[...] o juiz tem liberdade para formar a sua convicção, não estando preso a qualquer critério legal de prefixação de valores probatórios. Trata-se, na realidade, de sistema que conduz ao princípio da sociabilidade do convencimento, pois a convicção do juiz em relação aos fatos e às provas não pode ser diferente de qualquer pessoa que, desinteressadamente, examine e analise tais elementos. Vale dizer, o convencimento do juiz deve ser tal que produza o mesmo resultado na maior parte das pessoas que, porventura examinem o conteúdo probatório. (CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal, 1999, p. 248).

No mesmo caminho é a valiosa doutrina de Paulo Rangel, afirmando que a prova tarifada não se coaduna com o sistema vigente da persuasão racional. Logo, não há que se exigir provas determinadas.

O sistema da prova tarifada que estamos analisando tem resquícios no atual Código de Processo Penal, pois, em seu art. 158 c/c art. 564, III, 'b', a lei exige exame de corpo de delito nas infrações penais que deixam vestígios, sob pena de nulidade. Ou seja, para a lei, somente poderá ser provado o fato se houver exame de corpo de delito, pois, do contrário, haverá nulidade do processo. Pensamos que, se não há provas, a hipótese é de absolvição e não de nulidade. Porém, entendemos, como vamos mostrar no próximo sistema, que há que se admitir outros elementos de prova além do exame de corpo de delito. Só o exame de corpo de delito pode não ser necessário para condenação, bem como sua ausência não impedirá a condenação se outros elementos de prova existirem. (Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 424). (Grifo nosso).

(...).

Nessa premissa, pois, ainda que o tipo penal exija a quantificação das decigramas de álcool por litro de sangue, não deve o Magistrado, ao analisar as provas trazidas aos autos, olvidar de todas as outras e sopesar exclusivamente uma única prova, justamente àquela que não foi angariada oportunamente. E não o foi por única culpa do acusado, que, conforme ele próprio reconheceu (fl. 9), devido seu estado de embriaguez sequer conseguiu soprar corretamente o aparelho (fls. 75/77).

Elucidativo, também, o parecer n. 005/2008/CCR, lançado pelo Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público catarinense que, por ser pertinente, é transcrito excerto, *verbis*:

> (...).
>
> De fato, certo é que o critério matemático imposto pela nova redação do art. 306, no caso de uma embriaguez de grau médio para baixo, em que o condutor apresenta parcos sinais de ingestão de álcool, com pouco odor, falando adequadamente, andando com equilíbrio, dificilmente poderá ser atestada senão pelo uso dos testes de alcoolemia. Se o condutor tomou uma taça de vinho, por exemplo, caso se recuse a fazer o bafômetro, não há forma de saber se alcançou a concentração mínima exigida para a caracterização do delito. Só o exame de alcoolemia poderá atestar com precisão o grau mínimo de embriaguez.
>
> No entanto, na situação de uma embriaguez patente, em que o condutor ingeriu não uma taça de vinho, mas uma dúzia de garrafas, por exemplo, apresentando-se cambaleando, não se agüentando em pé, quase em coma alcoólico, com forte odor, voz completamente embargada, é evidente que o seu grau de embriaguez excedeu, em muito, o limite de seis decigramas de álcool por litro de sangue. Por que, então, este motorista não pode ser submetido a um exame clínico, a fim de que os médicos atestem aproximadamente o seu grau de embriaguez, o qual evidentemente é bem superior ao limite mínimo? Isso é perfeitamente possível do ponto de vista médico, acreditamos (prova pericial). Por que não pode o magistrado, por meio do seu livre convencimento, valer-se da prova testemunhal, para atestar se de fato o réu ingeriu as dez garrafas de vinho, pouco antes de dirigir?
>
> Vamos além nos exemplos.
>
> Suponhamos que, em regra, dois copos de cerveja sejam suficientes para alcançar o limite de seis decigramas de álcool por litro de sangue. Se ficar comprovado, por meio de testemunhas, que o condutor ingeriu não dois copos, mas duas dúzias de cerveja pouco antes de dirigir, estando quase que em coma alcoólico, não é certo que a sua concentração alcoólica ultrapassou, em muito, o limite legal estabelecido no art. 306? Há alguma dúvida da caracterização do delito?

Encontradas, outro exemplo, dentro do carro, várias garrafas de cachaça, com o condutor confessando que acabou de consumi-las, completamente embriagado, mas recusando-se ao bafômetro, há alguma dúvida de que o limite de seis decigramas foi alcançado? É evidente que não.

O art. 158 do CPP assevera que quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. No caso, porém, como o condutor recusou-se a fazer o teste de alcoolemia, perfeitamente possível a aplicação do disposto no art. 167 do CPP, analogicamente, podendo a prova testemunhal suprir a falta da perícia. Ademais, se outros meios de prova podem ser usados para atestar a infração administrativa de embriaguez ao volante (art. 277, § 2º, do CTB), por qual razão não podem ser utilizados para o prova da mesma conduta na esfera criminal?

Temos, pois, que apesar de o tipo penal prever o limite matemático de concentração alcoólica, a prova deste fato não pode cingir-se aos testes de alcoolemia apenas. Se através de exames clínicos, da prova testemunhal ou de qualquer outro meio probatório lícito for possível concluir, com certeza, que a concentração alcoólica do condutor foi em muito superior ao limite mínimo, diante da sua recusa em submeter-se aos testes de alcoolemia, não vislumbramos óbice ao uso de outros instrumentos probatórios. O que importa é ter a certeza de que o condutor dirigiu o seu automóvel com uma concentração superior ao limite mínimo. E, no caso de embriaguez patente, escancarada, é perfeitamente possível aferir-se tal conclusão de outra forma, longe dos testes de alcoolemia.

Até porque, diga-se de passagem, só para argumentar, os testes de alcoolemia não podem ser tidos como incontroversos. É possível que o bafômetro acuse a concentração mínima de álcool exigida, porém ainda assim o delito não esteja presente. Por exemplo, alguém que, antes de dirigir, efetuou um gargarejo com um líquido anti-séptico bucal, cuja fórmula contém certa quantidade de álcool, sem ingerilo e, minutos depois, numa *blitz*, guiando seu carro, submeteu-se ao teste do bafômetro, cujo resultado foi positivo. Não pode esse alguém, por meio da prova testemunhal, buscar a atipicidade da sua conduta? Claro que sim. Mas então se a prova testemunhal serve para desconstituir a conclusão do bafômetro, não pode, na

sua ausência, diante da certeza do caso e da recusa do condutor, substituí-la? Não vislumbramos óbice algum.

Por fim, impende esclarecer que a negativa do bafômetro ou qualquer outro teste de alcoolemia não pode sujeitar o motorista à prisão em flagrante. O condutor tem esse direito, como já vimos. Pode optar entre fazer o bafômetro e arriscar-se à caracterização imediata do delito ou pode negar-se e, conseqüentemente, optar pela sanção administrativa prevista no art. 277, § 3º, do CTB. O que não pode é ser preso em razão dessa negativa, simplesmente. Essa é uma infração administrativa, apenas. A não ser no caso de embriaguez patente, facilmente comprovada por outros meios de prova, como já falamos, quando o crime está configurado. Nesses casos, apenas nesses casos, possível é a prisão em flagrante do condutor, mesmo diante da recusa do bafômetro, pela prática do delito previsto no art. 306.

Omissis.

ANTE O EXPOSTO, concluímos, em suma:

(...).

2 – com relação aos aspectos penais e processuais penais

(...);

d) o crime de embriaguez ao volante (art. 306 do CTB) passou a ser de perigo abstrato, não se exigindo mais a exposição a dano potencial;

e) ao contrário da infração administrativa, porém, impõe-se uma concentração igual ou superior a 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue, para a caracterização do delito de embriaguez ao volante;

f) quando o delito previsto no art. 306, do CTB, for praticado não sob a influência de álcool, mas de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência, não se exige concentração mínima, estando o delito caracterizado qualquer que seja o grau da influência;

g) em regra, a constatação da concentração de álcool do condutor deve ser verificada por meio de exame de alcoolemia (sangue ou bafômetro). Quando o exame for de sangue, será preciso a concen-

> tração mínima de seis decigramas. Quando se tratar do bafômetro, essas seis decigramas equivalem a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões, nos termos do Decreto n. 6.488, de 19 de junho de 2008;
>
> h) o motorista pode se recusar a submeter-se aos testes de alcoolemia. Tem a opção de não querer fazer o teste e arcar com as penas da infração administrativa (art. 277, § 3º, do CTB) ou submeter-se ao teste e arriscar-se na incidência da conduta criminosa, caso seja detectada uma concentração superior a seis decigramas por litro de sangue;
>
> i) se o motorista se recusar a submeter-se ao teste de alcoolemia, para a configuração do crime de embriaguez ao volante, é possível valer-se de outros meios de prova em direito admitido (exame clínico, prova testemunhal, etc..), apenas quando o caso tratar-se de embriaguez patente, ou seja, com acentuado grau de concentração alcoólica (em muito superior ao limite estabelecido), de fácil percepção, sem necessidade do exame matemático, mas possível de ser atestada por meio de exame clínico ou de prova testemunhal;
>
> k) nos casos de embriaguez patente, mesmo não se submetendo ao teste de alcoolemia, possível é a prisão em flagrante do condutor. Nos demais casos, a recusa do motorista ao teste de alcoolemia caracteriza apenas infração administrativa e não autoriza a sua prisão em flagrante;
>
> (...) (disponível em <www.mp.sc.gov.br/centros de apoio/criminal> acesso em 22 set. 2009. Sem grifos no original).

O apelante confessou, em juízo, haver tomado, sozinho, seis (6) cervejas, não se podendo, diante disso, salvo por excesso de formalismo, negar que tivesse superado, ao apogeu, a medida indicada no mandamento legal.

Portanto, diante de elementos tão seguros de que o apelado trafegava com seu veículo, por via pública, em evidente estado de embriaguez, a condenação é medida que se impõe, bastando, unicamente, aplicar a pena.

Analisadas as operadoras alinhadas no art. 59 do Código Penal, vislumbra-se que a culpabilidade foi intensa, porquanto sabia que não devia

dirigir seu veículo sob o efeito de álcool, máxime quando já havia sido flagrado meses antes na mesma condição. Não registra antecedentes, revelando os elementos existentes nos autos que a sua conduta social é desvirtuada, pois consoante demonstrado é ébrio habitual, já tendo sido surpreendido, em outras oportunidades, dirigindo embriagado, sendo beneficiado com as benesses da Lei n. 9.099/95 (autos em apenso), inclusive com a carteira nacional de habilitação suspensa previamente pelo magistrado. Não há nada no processo para se aferir, com segurança, acerca da personalidade. Os motivos são inerentes ao tipo penal violado. As circunstâncias do crime são graves, diante do fato de que a embriaguez ao volante é uma das sérias causas de mortes e lesões no trânsito. As consequências do ilícito, por sua vez, foram normais à espécie, enquanto que não existiu a contribuição da vítima.

Diante disso, considerando-se três circunstâncias judiciais desfavoráveis ao apelado, bem assim o mínimo (6 meses de detenção) e o máximo (3 anos de detenção) de pena para a conduta incriminada, e, ainda, atendendo à finalidade da sanção, reprovar a ação e prevenir a reincidência, fixa-se a pena-base em 1 (um) ano e 3 (três) meses de detenção.

Na segunda etapa da dosimetria, não há agravantes, mas incide, na espécie, a atenuante da confissão espontânea, diminuindo a sanção, por isso, em 3 (três) meses, resultando em 1 (um) ano de detenção, que se torna definitiva, à míngua de causas de especial aumento ou diminuição. O regime para o cumprimento da reclusiva é o aberto, *ex vi* do art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal.

No concernente à pena pecuniária, utilizando-se do critério da proporcionalidade, estipula-se em 41 (quarenta e um) dias-multa, que se tornam definitivos, ante a ausência de causas que a modifiquem, registrando-se que nesta fase não tem incidência a atenuante. O valor da unidade, ante a

ausência de maiores elementos sobre as condições econômicas do apelado, é fixado em um trigésimo do salário mínimo vigente à época do evento.

Referente à penalidade de suspensão da habilitação, nos termos do art. 293, caput, do Código de Trânsito Brasileiro, que dispõe a pena mínima de 2 (dois) meses e a máxima de 5 (cinco) anos, e atendendo às circunstâncias judiciais analisadas acima, bem assim ao referido cálculo, reconhecendo-se, também, a atenuante da confissão espontânea, fixa-se a reprimenda em 1 (um) ano e (8) meses.

No pertinente à pena privativa de liberdade, ante as circunstâncias judiciais adversas, deixa-se de substituí-la por restritivas de direitos (art. 44, inciso III, do Código Penal), bem assim de conceder o sursis (art. 77, inciso II, do estatuto repressivo).

Diante do exposto, o apelado é condenado por infração ao art. 306 do Lei n. 9.503/97, nas sanções supra mencionadas.

DECISÃO

Ante o exposto, deu-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Salete Silva Sommariva, emitindo parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Paulo Roberto Speck.

Florianópolis, 22 de setembro de 2009.

Sérgio Paladino
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Criminal n. 2009.053020-1, de Curitibanos

Relator: Des. Irineu João da Silva

> POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ESPINGARDA APREENDIDA EM PROPRIEDADE RURAL, EM ÁREA OU ARRENDADA PELO RÉU, OU EM LOCAL DE TRABALHO. HIPÓTESES, TODAVIA, QUE CARACTERIZAM O CRIME DO ART. 12 DA LEI N. 10.826/2003 E NÃO O PORTE, PREVISTO NO ART. 14 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. "ABOLITIO CRIMINIS" EVIDENCIADA. RECURSO MINISTERIAL NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2009.053020-1, da comarca de Curitibanos (Vara Criminal, Infância e Juventude), em que é apelante A Justiça Pública, por seu Promotor, e apelado João Maria de Liz e Souza:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

Na Comarca de Curitibanos, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra João Maria de Liz e Souza, como incurso nas sanções do art. 14 da Lei n. 10.826/2003, porque, segundo a exordial acusatória, em síntese, no dia 26 de fevereiro de 2009, na localidade de Guardamor, foi flagrado quando portava, em via pública, a espingarda calibre 16, marca FS Dumoulin & Cie Liége, n. 51643, municiada com 2 (dois) cartuchos intactos e uma cartucheira contendo mais 13 (treze) intactos e 7 deflagrados, sem autorização da autoridade competente e em desacordo com a determinação legal.

Concluída a instrução, o acusado restou absolvido, com fundamento no art. 107, inc. III, do CP, com o que, inconformado, recorreu o Dr. Promotor de Justiça.

Com as contra-razões, nesta Instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Jorge Orofino da Luz Fontes, manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do recurso.

VOTO

A solução dada pelo magistrado, de fato, é a mais consentânea com a doutrina, a jurisprudência e o bom senso que deve nortear o ofício do operador do direito, especialmente, porque, desde a denúncia, o ilustre representante do "parquet" "a quo" incidiu em equívoco ao identificar o local em que o acusado foi surpreendido na posse ilegal de arma de fogo.

Isso porque, jamais poderia considerar a área arrendada pelo réu, onde possuía sua casa, sua lavoura, seus animais, dos quais retirava seu sustento, como "via pública". De qualquer forma, mesmo que se considerasse que estava em área da propriedade de Getúlio Pereira Carmargo, para o qual ele trabalhava, a Lei n. 10.826/2003 também considera estar na posse e não portar arma de fogo aquele que a carrega consigo, em seu local de trabalho, sendo responsável por sua manutenção.

E, realmente, no caderno processual, verifica-se que a arma apreendida com o réu foi encontrada quando ele estava no interior da propriedade.

Segundo o Policial Militar Ambiental Daniel Ricardo Meneghetti, "estavam em fiscalização, quando visualizaram um facho de luz no campo, foram até o local e a abordaram o acusado no interior da propriedade, na posse de uma espingarda de fogo, em cima do trator" (fl. 62).

De acordo com Getúlio Pereira Camargo, o acusado era empregado e, depois, passou a arrendar uma parte do imóvel, cuidando, também, do gado e, naquele dia, estava saindo para espantar as lebres que estavam atacando as lavouras de feijão e soja, sabendo que ele tinha uma espingarda. Esclareceu que a polícia prendeu o acusado a uns 50m (cinqüenta metros) de sua casa, dentro de sua propriedade (fl. 64).

Acerca do tema, pertinente a lição de Valdir Sznick:

> "'As dependências são construções – quaisquer – anexas à habitação: edículas, quintal, jardim, pérgolas, garagem; no campo, pomar, pátio, curral, estrebaria...'. (...) A lei fala em dependência e não adjacências (proximidades) o que implica, como bem observa Angeloni (op. Cit., pág. 199) em uma noção de contigüidade e acessoriedade da própria habitação, contendo referência a lugares que, fazendo materialmente parte do imóvel destinado à casa de habitação, são destinados ao serviço direto de uma habitação, constituindo um complemento da funcionalidade" (Crimes de Porte de Arma, Leud, 1997, p. 88).

Ora, no caso, impossível desvincular o local em que o acusado foi surpreendido daquele em que reside, ao qual está materialmente ligado, devendo considerá-lo como dependência dela, porque, para que assim o seja, apenas exige-se que o local esteja "em conexidade com a moradia, numa 'certa relação de necessidade com a vida doméstica ou atividade privada'" (Julio Fabbrini Mirabete, Manual de Direito Penal, 21ª ed., Atlas, 2003, p. 197).

Na mesma alheta, extrai-se da jurisprudência:

> TACRSP: "O conceito de 'dependência' da casa, além de cada uma de suas peças ou cômodos, compreende os locais e construções que a ela funcionalmente se incorporam, como garagens, pátios, jardins e quintais devidamente separados do exterior' (JTACRIM 57/316)" (Julio Fabbrini Mirabete, Código Penal Interpretado, 5ª ed., Atlas, 2005, p. 1199).

Desta feita, verificando-se que a apreensão da arma de fogo ocorreu em 26.2.2009, conclui-se que o delito foi praticado durante a vigência da MP 417/2008, transformada na Lei n. 11.922/2009 (art. 20), não merecendo guarida a pretensão ministerial, ante a atipicidade da conduta descrita na exordial.

DECISÃO

Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, com votos vencedores, a Exma. Sra. Des. Salete Silva Sommariva e o Exmo. Sr. Des. Tulio José Moura Pinheiro, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Jorge Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 24 de novembro de 2009.

Irineu João da Silva
PRESIDENTE E RELATOR

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL

Apelação Criminal n. 2009.046877-3, de Bom Retiro

Relator: Des. Torres Marques

APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA POR AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO. ACUSADO CITADO PESSOALMENTE. NÃO COMPARECIMENTO AO ATO. PEDIDO DE DISPENSA FORMULADO PELO DEFENSOR CONSTITUÍDO. IMPOSSIBILIDADE DE PROVEITO DE NULIDADE CAUSADA PELA PRÓPRIA PARTE. DICÇÃO DO ART. 565 DO CPP. EIVA INEXISTENTE. PREFACIAL AFASTADA.

MÉRITO. ESTATUTO DO DESARMAMENTO (ART. 14 DA LEI N. 10.826/03). FALTA DE APREENSÃO DA ARMA. CONDENAÇÃO FULCRADA EXCLUSIVAMENTE NA PERCEPÇÃO QUE DUAS TESTEMUNHAS TIVERAM SOBRE AS CARACTERÍSTICAS DO ARTEFATO EM PODER DO AGENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DE APREENSÃO DO OBJETO MATERIAL SOBRE O QUAL RECAIU A CONDUTA PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO AUTÔNOMO DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2009.046877-3, da comarca de Bom Retiro (Vara Única), em que é apelante Antonio Cesar May, e apelada A Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Terceira Câmara Criminal, por votação unânime, afastar a preliminar e, por maioria de votos, dar provimento ao recurso para absolver o apelante das imputações contidas na denúncia, nos termos do art. 386, VII, do CPP. Vencido o Exmo. Des. Alexandre d'Ivanenko que se manifestava no sentido de dar parcial provimento ao recurso para adequar a pena de multa e pecuniária. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Na comarca de Bom Retiro (Vara Única), o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Antônio Cesar May, dando-o como incurso nas penas do art. 14, *caput,* da Lei n. 10.826/03, consoante narra a exordial acusatória:

> Consta dos autos que, na data de 26 de outubro de 2006, por volta das 14h30, no interior da Lanchonete Kretzer, centro de Alfredo Wagner, o denunciado, após se desentender com alguns clientes do estabelecimento, foi até seu carro e retornou ao bar portando uma espingarda, exibindo às pessoas que ali estavam de forma intimidatória, não chegando a fazer uso porque a polícia havia sido acionada, saindo do local em seguida.
>
> Ocorre que o denunciado possuía uma espingarda registrada em seu nome, mas portava aquela arma sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, ou seja, não possuía autorização de porte (fls. II/III).

Concluída a instrução criminal, a denúncia foi julgada procedente para condenar Antônio Cesar May à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 15 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, por infração ao disposto no art. 14, *caput,* da Lei

n. 10.826/03, substituída a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

Irresignado, o réu interpôs recurso de apelação (fl. 71).

Em suas razões (fls. 72/75), alegou, preliminarmente, a nulidade do processo em face da realização de audiência de instrução e julgamento sem a sua presença, o que resultou na ausência de interrogatório, muito embora tivesse justificado que não poderia comparecer por estar em tratamento médico.

No mérito, alegou inexistir comprovação de que o objeto que foi ostentado se tratava de uma arma de fogo, sustentado que "não passava de um guarda chuvas de cabo de madeira".

Por fim, requereu a diminuição do valor da pena substitutiva de prestação pecuniária, ao argumento de que não dispõe de condições financeiras tão boas para arcar com o montante de 20 salários mínimos, arbitrados na sentença.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 79/83), ascenderam os autos a esta Superior Instância, manifestando-se a Procuradoria Geral de Justiça, em parecer do Dr. Paulo Roberto Speck, pelo conhecimento e provimento parcial do recurso (fls. 105/110).

VOTO

Trata-se de irresignação interposta por Antônio Cesar May contra a sentença que o condenou pela prática do delito de porte de arma de fogo de uso permitido.

Preliminarmente, aduz a defesa a ocorrência de nulidade pelo fato de não ter sido realizado o interrogatório do apelante. Na mesma esteira sustenta que a realização de audiência de instrução e julgamento sem a

presença do réu violou o direito de ampla defesa. Em que pesem os argumentos expendidos, não há que se falar em nulidade.

Consta dos autos que Antônio Cesar May foi citado pessoalmente da imputação em 29.09.2008 (fl. 32), deixando transcorrer *in albis* o prazo para apresentar resposta à acusação. Na sequência, o Magistrado nomeou o subscritor da apelação para patrocinar a defesa do réu, às expensas deste, por não se tratar de beneficiário de assistência judiciária (fl. 34).

Ofertada a defesa prévia, designou-se audiência de instrução e julgamento, tendo o réu sido devidamente intimado a respeito (fl. 42). Na sequência, o defensor postulou a regularização da representação para constar a sua condição de defensor constituído, o que restou deferido (fl 46).

Na audiência designada, Antônio Cesar May não compareceu, tendo o defensor requerido a dispensa do acusado, pleito acolhido na mesma oportunidade, prosseguindo-se na realização do ato com a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação, o encerramento da instrução, as alegações finas e a prolação imediata de sentença, haja vista a falta de oferta de rol pela defesa.

Frente a essa dinâmica processual, não há porque acolher o vício apontado. O recorrente juntou uma cópia de declaração do CPR – Grupo Viva, de que estaria em tratamento patológico de cirrose hepática na ocasião da audiência (28.04.2009 – fl. 51), sendo que o tratamento ocorria desde 27.03.2009 (fl. 58).

Não bastasse, a própria defesa requereu a dispensa do apelante da audiência de instrução e julgamento, o que foi deferido, não sendo admitido que agora venha suscitar a nulidade do ato em razão de uma situação que ela própria deu causa, conforme bem anotou o Procurador de Justiça Paulo Roberto Speck, *verbis*:

> Com é visto, além do apelante não ter cientificado o juízo acerca da sua internação por tão longo prazo (cento e vinte dias conforme a

> cópia da declaração de fl. 58), quando da realização do interrogatório o defensor nomeado requereu sua dispensa por encontrar-se em tratamento de saúde, o que foi prontamente deferido conforme o termo de audiência (fl. 51).

Destarte, não há que se falar em nulidade conforme retira-se de precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> CRIMINAL. HC. ROUBO QUALIFICADO. RÉU REVEL. INEXISTÊNCIA DE INTERROGATÓRIO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. CONHECIMENTO DAS ACUSAÇÕES. ACUSADO QUE SE FURTOU À APLICAÇÃO DA LEI PENAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.
>
> [...] Paciente que tinha pleno conhecimento das acusações contra ele irrogadas, assim como da existência de processo-crime.
>
> Não se verifica ilegalidade na falta de realização de interrogatório do paciente, pois, entender o contrário, nas hipóteses como a do presente *writ*, seria privilegiar o descaso dos réus quanto à aplicação da lei penal, em detrimento do interesse público relativo ao *jus puniendi*. (HC 23.846/DF, rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 24.08.2004, p. 330).

Assim, afasta-se a prefacial invocada.

No mérito, a defesa sustenta a ausência de materialidade, aduzindo que o objeto que Antônio portava por ocasião da confusão havida na Lanchonete Kretzer, em Alfredo Wagner/SC, não era uma arma de fogo.

Na sentença, o Magistrado asseverou que a existência do armamento ficou demonstrada pelas declarações das testemunhas de acusação, especialmente Jaqueline e Eusébio, que em ambas as fases processuais sustentaram que o artefato que o réu portava era sem dúvida uma arma. Retira-se do *decisum*:

> Apesar de que a arma em questão não foi apreendida, entendo que isto não é por si só um motivo para a improcedência da denuncia. O depoimento das testemunhas Jaqueline e Eusébio tanto na fase poli-

> cial quanto na fase judicial foram bem claros e firmes no sentido de que o réu efetivamente portava uma arma de fogo naquela ocasião, desfazendo expressamente qualquer possibilidade de engano quanto ao réu estar portando um guarda-chuva ao invés de uma arma de fogo. Ainda que não pudessem estas testemunhas especificar com exatidão o tipo de arma, posto que não é necessário que se entenda de armas para reconhecer uma, ambas disseram que se tratava de uma arma de tamanho médio (fl. 54).

Em que pese a versão sustentada pelas referidas testemunhas, não é possível somente com base nelas afirmar, extreme de dúvidas, que o objeto em poder do apelante era uma arma de fogo, não sendo esta percepção visual e leiga suficiente para atestar a materialidade do delito autônomo de porte ilegal de arma de fogo.

Veja-se que não houve a apreensão do revólver, o que é indispensável para a demonstração da existência do delito do art. 14 do Estatuto do Desarmamento, pois na hipótese a arma é o próprio objeto do crime, não funcionando como mero instrumento nem servindo como fonte de vestígios, como ocorre nos crimes contra a vida.

E, como tal, é indispensável a sua apreensão para a demonstração da presença do elemento material do ilícito sobre o qual recai a conduta humana que, por sua vez, não se confunde com o objeto jurídico protegido pela norma. Quanto a esta diferenciação, Luiz Régis Prado elucida:

> objeto da ação vem a ser o elemento típico sobre o qual incide o comportamento punível do sujeito ativo da infração penal. Trata-se do objeto real (da experiência) atingido diretamente pelo atuar do agente. É a concreta realidade empírica a que se refere a conduta típica. Essa realidade – passível de apreensão sensorial – pode ser corpórea (*v.g.*, pessoa ou coisa) ou incorpórea (*v.g.*, honra). Em outros termos, o objeto material ou da ação é formado "pelo ser animado ou inanimado – pessoa ou coisa (animal) – sobre o qual se realiza o movimento corporal do autor que pratica uma conduta típica no círculo dos delitos a cuja descrição pertence um resultado tangível. Tem sido afirmado, com acerto, que, enquanto o conceito de objeto da ação pertence substancialmente à consideração natura-

> lista da realidade, o de bem jurídico, ao contrário, corresponde, em essência, à consideração valorativa sintética" (*in* Curso de direito penal brasileiro, v. 1: parte geral, arts. 1º a 120, 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2006, p. 247).

Frente aos ensinamentos apontados pelo doutrinador e diante do verificado no presente recurso, não é possível dizer que o apelante realizou movimento corporal para mudar ou alterar uma realidade existente no mundo naturalístico, se a presença do objeto (arma) sobre o qual incidiu a sua conduta não restou comprovada.

Em situação análoga envolvendo disparo de arma de fogo, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, frente à ausência de apreensão da arma de fogo e amparado nos ensinamentos de Gilberto Thums concluiu pela inocorrência do crime descrito no art. 15 do Estatuto do Desarmamento. Extrai-se de excerto do acórdão:

> "Disparar a arma de fogo significa acionar o gatilho, e o sistema de percussão da arma atingirá a espoleta do cartucho, o que provoca o acionamento da pólvora com a expansão violenta o acionamento da pólvora com a expansão violenta dos gases, que vão expelir o projétil. Ora, o acionamento da munição é parte integrante do processo de disparo da arma. Não se consegue imaginar que alguém seja capaz de acionar munição sem ter arma, exceto no caso de acidente.
>
> "Talvez a justificativa seja resultado da pretensão do legislador de punir o agente que tenha feito disparo de arma e esta não localizada. É impossível responsabilizar alguém por acionar munição se com ele não for encontrada a arma com apreensão do estojo do cartucho. Embora seja crime de perigo, o disparo da arma de fogo ou o acionamento de munição deixam vestígios, que devem ser constatados por perícia. Não sendo assim, qualquer estampido que for ouvido por alguém, poderá dar origem a uma ação penal, ainda que tenha sido fogo de artifício ou qualquer outro som produzido, o que se mostra completamente absurdo" (THUMS, Gilberto. Estatuto do Desarmamento, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2005, p. 115/116) (Apelação criminal n. 1.0558.06.999969-3/001, rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, DJ de 7/3/2007).

Ainda:

> APELAÇÃO CRIME. PORTE DE ARMA DE FOGO. ART. 10, DA LEI Nº 9437-97. INDISPENSÁVEL A PROVA DA MATERIALIDADE. AUSÊNCIA DE AUTO DE APREENSÃO.
>
> Prejudicado o exame da materialidade ante a ausência do auto que comprova a apreensão do objeto [...] (Turma Recursal Criminal/RS – Recurso crime 71000952697, rel. Juíza Ângela Maria Silveira).

Em situação similar, só que envolvendo a apreensão de material entorpecente, decidiu esta Corte de Justiça em precedente deste relator:

> CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA – COMÉRCIO ILÍCITO DE MEDICAMENTOS PSICOTRÓPICOS (ART. 12, *CAPUT*, DA LEI N. 6.368/76) - AUSÊNCIA DE APREENSÃO DA SUBSTÂNCIA TÓXICA – IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE LAUDO DE CONSTATAÇÃO PROVISÓRIO E DEFINITIVO – FALTA DE PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO - ORDEM CONCEDIDA PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL" (Recurso Criminal n. 06.018503-8, de Criciúma).

Ausente prova inequívoca da materialidade delitiva, imperiosa a absolvição do apelante com fundamento no art. 386, VIII, do Código de Processo Penal.

DECISÃO

Ante o exposto, afasta-se a preliminar e dá-se provimento ao recurso para absolver o apelante das imputações contidas da denúncia, nos termos do art. 386, VII, do CPP.

Participaram do julgamento, realizado no dia 6 de outubro de 2009, os Exmos. Des. Alexandre d'Ivanenko, com voto vencido em parte, e Moacyr de Moraes Lima Filho, com voto vencedor. Funcionou na sessão, pela Procuradoria Geral de Justiça, o Exmo. Dr. Gilberto Callado de Oliveira.

Florianópolis, 12 de fevereiro de 2010.

Torres Marques
PRESIDENTE E RELATOR

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Alexandre d'Ivanenko

Ementa Aditiva do Exmo. Sr. Des. Alexandre d'Ivanenko

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ALMEJADA ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DO INSTRUMENTO BÉLICO. DESNECESSIDADE. DECLARAÇÕES UNÍSSONAS E HARMÔNICAS DAS TESTEMUNHAS QUE DÃO CONTA DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DO DELITO. CONDENAÇÃO MANTIDA.

O fato de a arma de fogo não ter sido apreendida não tem o condão de desconstituir a materialidade e a autoria da imputação, porquanto as provas testemunhais são plenamente aptas a amparar o decreto condenatório.

DOSIMETRIA. PRETENDIDA MINORAÇÃO NA REPRIMENDA. IMPOSSIBILIDADE. PENA CORRETAMENTE ANALISADA PELO TOGADO SENTENCIANTE.

ALMEJADA EXCLUSÃO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA, SOB ALEGAÇÃO DE *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. SANÇÃO CORPORAL SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

Não há que se falar em *bis in idem* quando o magistrado, ao aplicar o benefício previsto no art. 44 do Códex Punitivo, substitui a sanção corporal por restritivas de direitos.

VALORES DAS PENAS DE MULTA E DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIAS EXACERBADAS. NÃO COMPROVAÇÃO DA SITUAÇÃO SÓCIO-ECONÔMICA DO ACUSADO. ADEQUAÇÃO QUE SE IMPÕE.

RECURSO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO.

Ousei dissentir da douta maioria, não obstante o respeito que devoto aos demais membros desta Câmara, votando pelo parcial provimento do recurso, pelos motivos a seguir delineados.

Trata-se de recurso interposto por Antonio Cesar May contra a sentença que o condenou pelo crime de porte ilegal de arma de fogo, previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/03.

O douto causídico almeja a absolvição, alegando, para tanto, que o recorrente não estava portando uma arma, e sim um guarda-chuva com cabo de madeira.

Ocorre que da prova oral amealhada aos autos, percebe-se claramente que esta versão se encontra isolada, prestando unicamente a tentar eximir o acusado de culpa.

Inicialmente, no boletim de ocorrência de fl. 4, há o registro de que "Antonio Cesar May, após desentendimento com três motoqueiros, pegou de dentro do carro uma arma de fogo, tipo espingarda e entrou para dentro [*sic*] da Lanchonete".

Não obstante, o testigo Eusébio Augustinho da Silva, cliente da lanchonete onde ocorreram os fatos, em juízo, afirmou que o apelante "abriu o porta-malas traseiro e pegou uma arma, que esta arma tinha uns 40 ou 50 cms e dois canos", ressaltando que "sabe muito bem diferenciar uma arma e não era um guarda-chuva que o réu portava" (fl. 57).

No mesmo sentido são as palavras da testemunha Jaqueline de Farias Cardoso, que asseverou que "sabe a diferença entre um guarda-chuva e uma arma; que aquilo não era um guarda-chuva", acrescentando, inclusive, que o acusado teria ligado "antes da depoente dar depoimento na delegacia para pedir [...] que dissesse que era um guarda-chuva", mas que respondeu que iria falar a verdade (fl. 56).

Insta ressaltar que as declarações supracitadas corroboram àquelas prestadas na fase indiciária, às fls. 8 e 9, respectivamente.

Ora, o fato de a arma de fogo não ter sido apreendida não tem o condão de desconstituir a materialidade e a autoria da imputação, uma vez que as provas testemunhais, como dito anteriormente, são plenamente aptas a amparar o decreto condenatório.

Nesse sentido, já se manifestou este Tribunal de Justiça:

> APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL GRAVE EM CONCURSO MATERIAL COM PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. APREENSÃO DO INSTRUMENTO BÉLICO. DESNECESSIDADE. PROVA ORAL SUFICIENTE A AMPARAR O DECRETO CONDENATÓRIO. RECURSO NÃO PROVIDO (Ap. Crim. n. 2006.047502-3, de Lages, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 3.6.2008 – grifo nosso)
>
> [...] AGENTE QUE, APÓS ENVOLVER-SE EM CONTENDA NUMA FESTA, ONDE FOI VISTO PORTANDO UMA ARMA NA CINTURA, A BORDO DE AUTOMÓVEL, SAI EM PERSEGUIÇÃO AO VEÍCULO DA VÍTIMA E NELE ALVEJA INÚMEROS DISPAROS DE REVÓLVER. PLEITO ABSOLUTÓRIO EMBASADO NA AUSÊNCIA DE APREENSÃO DA ARMA DE FOGO E NA EXISTÊNCIA DE SUPOSTAS CONTRADIÇÕES NAS DECLARAÇÕES ANGARIADAS DURANTE A INSTRUÇÃO. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA EVIDENTES E FULCRADAS NAS PROVAS PERICIAIS, INFORMADORAS DA PRESENÇA DE PROJÉTEIS E DE VÁRIAS PERFURAÇÕES CAUSADAS POR

> ARMA DE FOGO NO AUTOMOTOR, E TESTEMUNHAL, QUE DESCREVE A CONSECUÇÃO DOS FATOS COM NATURALIDADE E RIQUEZA DE DETALHES. CONDENAÇÃO IRRETOCÁVEL [...] (Ap. Crim. n. 2007.045842-2, de Ituporanga, rel. Des. Tulio Pinheiro, j. em 4/3/2008 – grifo nosso).
>
> DISPARO DE ARMA DE FOGO EM VIA PÚBLICA (ART. 10, § 1º, III, DA LEI N. 9.437/97). FALTA DE APREENSÃO DA ARMA E DE LAUDO PERICIAL. DESNECESSIDADE. CONFISSÃO, EM JUÍZO, CONFORTADA PELAS DECLARAÇÕES DA VÍTIMA E DE TESTEMUNHAS. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE NÃO DEMONSTRA A EXISTÊNCIA DA MODALIDADE CULPOSA E, TAMPOUCO, DA EXCLUDENTE DA LEGÍTIMA DEFESA - CRIME DE MERA CONDUTA. PERIGO PRESUMIDO. DOLO CARACTERIZADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. [...] (Ap. Crim. n. 2005.000861-6, da Capital, rel. Des. Irineu João da Silva – grifo nosso).
>
> APELAÇÃO CRIMINAL. DISPARO DE ARMA DE FOGO EM LOCAL PÚBLICO. ART. 10, § 1º, III, DA LEI N. 9.437/97. PERIGO PRESUMIDO. CONFISSÃO E ROBUSTA PROVA TESTEMUNHAL. ARMA NÃO APREENDIDA. DESNECESSIDADE. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. [...] (Ap. Crim. n. 2003.001990-1, de Navegantes, rel. Juiz José Carlos Carstens Köhler).

Destarte, sendo os depoimentos testemunhais uníssonos e precisos ao descrever os fatos, dos quais se infere que, deveras, o acusado estava portando arma de fogo, entendo que não deveria ser acolhido o pleito absolutório postulado pela defesa.

Prosseguindo com as demais teses defensivas, no que tange à pena aplicada ao recorrente, tenho que esta não carecia reparos, uma vez que o togado singular analisou, detidamente e corretamente, todas as fases da dosimetria, exacerbando em 6 (seis) meses e 5 (cinco dias) multa, na primeira fase, por entender como desfavoráveis os antecedente, motivos e circunstâncias.

Entretanto, ao fixar o valor da pena de multa, o togado singular estabeleceu cada qual em 30% (trinta por cento) do salário mínimo vigente à época dos fatos, dada a situação econômica do acusado.

Porém, como bem notou o nobre Procurador de Justiça, o único elemento presente nos autos que dê conta de que o réu possui boa situação financeira é o termo de qualificação extrajudicial (fl. 5).

Desta forma, ante a inexistência de qualquer outra prova que venha a demonstrar que o apelante possui situação econômica-financeira boa, deve ser reduzido o valor do dia-multa ao mínimo legal, ou seja, 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Concernente ao pleito alternativo de exclusão da prestação pecuniária, melhor sorte não socorre ao apelante, porquanto se verifica que o douto causídico equivocou-se na interpretação do dispositivo da sentença.

Isso porque, reconhecendo que o acusado fazia jus ao benefício previsto no art. 44 do Código Penal, o magistrado *a quo* substituiu a sanção corporal por restritivas de direitos, quais sejam, prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade. Assim, ao contrário do que alega a defesa, não há que se falar em *bis in idem.*

Neste sentido:

> ALMEJADA EXCLUSÃO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA, SOB ALEGAÇÃO DE *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. SANÇÃO CORPORAL SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.
>
> Não há que se falar em *bis in idem* quando o magistrado, ao aplicar o benefício previsto no art. 44 do Códex Punitivo, substitui a sanção corporal por restritivas de direitos (Ap. Crim. n. 2008.061147-4, de Chapecó, deste Relator, j. 3.3.2009).

Entretanto, assim como ocorre com a pena de multa inerente ao tipo, a prestação pecuniária deve ser proporcional à situação financeira

do acusado. Portanto, ante a ausência de comprovação de que este tenha boa condição econômica, deve a pena privativa de liberdade consistente na prestação pecuniária ser adequada para o mínimo legal, ou seja, 1 (um) salário mínimo.

Por essas razões, votei no sentido de dar parcial provimento ao recurso, tão-somente para adequar a pena de multa e a prestação pecuniária.

Florianópolis, 25 de fevereiro de 2010.

Alexandre d'Ivanenko
DESEMBARGADOR

HABEAS CORPUS

Habeas Corpus n. 2009.063104-6, de Canoinhas

Relator Designado: Des. Torres Marques

> HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR (ART. 214, *CAPUT*, DO CP). INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO QUE JULGOU PROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO E DETERMINOU A IMEDIATA INTERNAÇÃO DOS PACIENTES. PLEITO RELACIONADO AOS EFEITOS DO RECEBIMENTO DO RECURSO. APELO QUE, VIA DE REGRA, ERA RECEBIDO APENAS NO EFEITO DEVOLUTIVO, A TEOR DO ART. 198, VI, DO ECA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 12.010/09 QUE REVOGOU CITADO DISPOSITIVO SEM DISPOR SOBRE A MATÉRIA. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA ENTRE O ECA E O CPC. INTELIGÊNCIA DO ART. 198, *CAPUT*, DO ECA QUE ADOTA O SISTEMA RECURSAL PROCESSUAL CIVIL.
>
> APLICAÇÃO DO ART. 520, VII, DO CPC. RECURSO QUE DEVE SER RECEBIDO SOMENTE NO EFEITO DEVOLUTIVO QUANDO SE TRATAR DE DECISÃO QUE CONFIRMA A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA (ART. 108 DO ECA) DURANTE O PROCESSO QUE SE ENQUADRA NESTA ESPECIFICIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA NORMA PROCESSUAL PENAL DIANTE DA ADOÇÃO, PELO ESTATUTO, DO SISTEMA RECURSAL CIVIL. ORDEM DENEGADA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2009.063104-6, da comarca de Canoinhas (1ª Vara Cível), em que é impetrante Antônio Weinfurter, e paciente F. J. C., F. O. T. dos S. e F. O.:

ACORDAM, em Terceira Câmara Criminal, por maioria de votos, denegar a ordem. Vencido o Exmo. Des. Relator que se manifestava no sentido de conceder a ordem. Custas de lei.

RELATÓRIO

Trata-se de habeas corpus impetrado pelo advogado Antônio Weinfurter em favor dos adolescentes F. J. C., F. O. T. dos S. e F. O., contra ato tido como ilegal do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Canoinhas, que lhes aplicou a medida socioeducativa de internação pela prática do ato infracional descrito no art. 214 do CP.

Aduziu o impetrante (fls. 2/5) que os adolescentes possuem bons predicados e que não há informação de que frustrarão o cumprimento da medida, caso confirmada a decisão de primeiro grau. Aludiu que a imediata internação após a prolação da decisão foi arbitrária. Pugnou, assim, pela concessão da ordem, em caráter liminar, e sua posterior confirmação pelo Colegiado.

Indeferido o pleito liminar (fls. 42/43), foram solicitadas e prestadas informações (fls. 46/48).

Após, foram os autos à Procuradoria Geral de Justiça, que opinou pelo não conhecimento do *writ*.

VOTO

De plano, mister esclarecer que a pretensão do impetrante está relacionada aos efeitos do recebimento do recurso – suspensivo e devolutivo –, pois intenta obstaculizar a imediata internação dos pacientes, ou seja, requer que esta seja perfectibilizada somente após o trânsito em julgado da decisão.

Preliminarmente, algumas considerações devem ser efetuadas quanto à manifestação do Procurador de Justiça Robison Westphal. O parecer de fls. 51/52 foi no sentido de que a via eleita não comporta discussão de provas e, como a decisão combatida foi aquela que examinou o contexto probatório e aplicou a medida de internação pela prática do ato infracional descrito no art. 214 do CP, o *writ* não comporta conhecimento.

Todavia, ouso discordar de Sua Excelência, uma vez que, como mencionado anteriormente, o cerne da questão diz respeito ao efeito do recebimento do recurso e à imediata internação dos pacientes, situações que são passíveis de exame por meio de habeas corpus. *Vide* deste relator: Habeas Corpus n. 2008.038230-8, de Blumenau, j. 25/7/2008.

Quanto ao mérito, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao dispor sobre os efeitos do recebimento do recurso, estipulou que, via de regra, a insurgência deve ser recebida apenas no efeito devolutivo, a teor do art. 198, VI, da Lei n. 8.069/90. O Estatuto ainda adotou o sistema recursal do Código de Processo Civil, ressalvadas as adaptações nele previstas (art. 198, *caput*, do ECA).

Adveio então a Lei n. 12.010/09, que dispôs em geral sobre a adoção, alterando e acrescentando diversos dispositivos no Estatuto da Criança e do Adolescente. O art. 8º da lei em comento revogou os incisos IV, V e VI do art. 198 do ECA, sem estipular qualquer outra forma de tratar a matéria revogada. De acordo com a novel legislação, não há mais regramento, no próprio estatuto, relativamente aos efeitos nos quais o recurso deve ser recebido. Porém, a lacuna em evidência é de simples preenchimento, sendo suficiente uma interpretação sistemática do ECA e do Código de Processo Civil para dirimi-la.

Por se tratar de matéria recursal deve ser adotado o sistema próprio do Código de Processo Civil e, de acordo com o art. 520 desta norma a apelação deve ser recebida, regra geral, no duplo efeito. O mesmo artigo,

entretanto, elenca algumas situações em que o apelo deverá ser recebido apenas no efeito devolutivo e dentre elas se enquadra a hipótese em que o recurso é interposto contra sentença que "confirmar a antecipação dos efeitos da tutela" (art. 520, VII, do CPC).

Diante dessa dicção legal e seguindo o art. 198, *caput*, do ECA, poder-se-ia sustentar a possibilidade de aplicação do art. 520, VII, do CPC, haja vista que a internação provisória no curso da instrução, admitida pelo art. 108 do ECA, de certa forma apresenta-se como uma antecipação da medida socioeducativa, que é a tutela perseguida na ação destinada à apuração de ato infracional.

É notório que no casos afetos à Infância e Juventude a internação pode ser decretada desde o início do processo (art. 108 do ECA), ou seja, quando ainda não há instrução probatória nem sentença. Todavia, a internação aplicada como medida socioeducativa necessita de prova cabal quando à materialidade e à autoria do ato infracional, bem como do cumprimento dos requisitos do art. 122 do ECA.

Dessa feita, entender que a internação aplicada como medida socioeducativa apenas poderia ser irrogada após o trânsito em julgado e que a internação provisória poderia ocorrer a qualquer tempo, não seria lógico.

Se a legislação admite que o magistrado realize o menos (conter provisoriamente o adolescente, sem a análise probatória), não seria razoável que o mesmo legislador vedasse o mais (manter a contenção após a análise de todas as provas e conclusão sobre a responsabilidade do adolescente). *Mutatis mutandis*:

> HABEAS CORPUS. ECA. INTERNAÇÃO. PRESCRIÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. RECEBIMENTO DA APELAÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO. DESCABIMENTO. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA ANTERIOR. MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO. Da prescrição.

> Inocorrência da prescrição em concreto, porquanto o prazo prescricional da medida sócio-educativa de internação é de quatro anos. Dos efeitos da apelação. Em tese, é cabível o recebimento da apelação no efeito suspensivo, contra sentença que aplica a medida sócio-educativa de internação à adolescente, sob pena de dano irreparável ou de difícil reparação. Inteligência do art. 198, inciso VI, do ECA. No peculiar do presente caso, contudo, tendo em vista que contra o adolescente já havia sido determinada a internação provisória anterior a sentença, não se constitui em ato ilegal ou abusivo a decisão que recebeu o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo. DENEGARAM A ORDEM. (Habeas Corpus n. 70025735556, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, j. em 02/10/2008).

Essas considerações se mostram necessárias para a compreensão do caso concreto, haja vista que, consoante melhor explanado acima, pretende o impetrante que os pacientes possam recorrer em liberdade da decisão que lhes aplicou a medida socioeducativa de internação pela prática do ato infracional descrito no art. 214 do CP.

Ocorre que nessa hipótese não pode ser aplicada subsidiariamente a inteligência da norma processual penal, recentemente alterada, no sentido de ser exigida a fundamentação para a prisão do réu após a prolação do édito condenatório (art. 387, parágrafo único, do CPP).

Sob esse viés, inexorável assinalar que o art. 152 do ECA autoriza, em relação aos procedimentos nele afetos, a aplicação subsidiária da norma processual pertinente. Ocorre que no caso em comento a questão envolve disciplina recursal, matéria em que o legislador foi explícito ao adotar a regra processual civil. Por isso, não podem ser invocados para a solução do conflito o Código de Processo Penal ou as diretrizes que norteiam o sistema jurídico processual penal. Até porque as medidas socioeducativas não possuem caráter de pena/sanção, mas função pedagógica.

Nem se diga que quando se tratar de internação-sanção outra solução deva ser tomada, haja vista que essa espécie de medida, definida pelo

art. 122, III, do ECA, tem cabimento quando o adolescente descumprir reiterada e injustificadamente outra anteriormente interposta.

Não é pelo fato de receber a denominação de "sanção" que ela se reveste desse caráter e autoriza a aplicação da norma processual penal, uma vez que essa modalidade representa apenas "o meio extremo legalmente previsto para a hipótese em que se faça necessária a regressão de uma medida anteriormente aplicada." (MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 818).

Posto isso, denega-se a ordem.

DECISÃO

Ante o exposto, denega-se a ordem.

Participaram do julgamento, realizado no dia 17 de novembro de 2009, o Exmo. Des. Alexandre d'Ivanenko, com voto vencedor, e o Exmo. Des. Roberto Lucas Pacheco, com voto vencido. Lavrou parecer, pela Procuradoria Geral de Justiça, o Exmo. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 15 de dezembro de 2009.

Torres Marques
PRESIDENTE E RELATOR DESIGNADO

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Substituto Roberto Lucas Pacheco:

Ementa Aditiva do Exmo. Sr. Des. Substituto Roberto Lucas Pacheco:

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU QUE IMPÕE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO IMEDIATA DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO.

APELAÇÃO. RECURSO RECEBIDO NO EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO, A TEOR DO ART. 198, INCISO VI, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ADOLESCENTES QUE RESPONDERAM AO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL EM LIBERDADE. IMPOSIÇÃO CAUTELAR DA MEDIDA POR "NECESSIDADE IMPERIOSA" NÃO DEMONSTRADA. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA NOVA QUE FUNDAMENTE A IMPRESCINDIBILIDADE DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR, COM BASE EM ELEMENTOS CONCRETOS CONSTANTES NOS AUTOS.

INTERNAÇÃO QUE SOMENTE PODERÁ SER IMPOSTA APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO, POR FORÇA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DO ESTADO DE INOCÊNCIA, DA AMPLA DEFESA E DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.

LEGISLADOR QUE, DENTRO DO MESMO ESPÍRITO REFORMADOR DAS NORMAS PROCESSUAIS EM VIGOR EM FACE DA CONSTITUIÇÃO, EDITA A LEI N. 12.010/09, SINALIZANDO NOVO RUMO AO INTÉRPRETE.

PRETENSÃO DE RECORRER EM LIBERDADE QUE ENCONTRA AMPARO NO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO.

Ousei divergir da douta maioria porque, com o devido respeito, entendi que a ordem deveria ter sido concedida.

Com efeito, não se olvida que a jurisprudência pátria (Recurso em *Habeas Corpus* n. 20.530/SP, rel. Min. Gilson Dipp, da Quinta Turma, julgado em 6.2.2007), em sua maior parte, inclusive deste Órgão (*Habeas Corpus* n. 2008.038230-8, de Blumenau, rel. Des. Torres Marques, julgado em 26.8.2008), mantinha entendimento de que, em regra, a apelação interposta em face de sentença que impunha medida socioeducativa de internação seria recebida apenas em seu efeito devolutivo, a teor do disposto no art. 198, inciso VI, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

É importante registrar, contudo, que este Tribunal de Justiça, em algumas oportunidades, já se havia inclinado pela necessidade de o juiz fundamentar a segregação provisória do adolescente (antes do trânsito em julgado da sentença que aplicou a medida de internação), conforme se apanha de julgado unânime da Segunda Câmara Criminal:

> *HABEAS CORPUS* – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – RECURSO DE APELAÇÃO – EFEITO DEVOLUTIVO EM REGRA – PACIENTE QUE RESPONDEU SOLTO A REPRESENTAÇÃO – JUÍZO *A QUO* QUE DETERMINA A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA INTERNAÇÃO – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO PARA A MEDIDA EXTREMA (ART. 108 DA LEI 8.069/90) – PRETENSÃO DE RESPONDER EM LIBERDADE O RECURSO – VIABILIDADE – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO.
>
> ORDEM CONCEDIDA (*Habeas corpus* n. 2007.008662-3, de Chapecó, rel. Des. Substituto José Carlos Carstens Köhler, julgado em 27.3.2007).

E, do corpo do acórdão, extrai-se:

> A ordem deve ser concedida.
>
> Segundo a dicção do inciso VI do art. 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a regra geral para o recebimento do Recurso de Apelação é o devolutivo, o que permitiria a execução imediata da sentença condenatória antes mesmo do trânsito em julgado.
>
> O mesmo dispositivo legal elenca duas hipóteses de exceção para a regra supracitada, traduzindo que o recurso será recebido no efeito suspensivo quando a apelação for interposta contra sentença que deferir a adoção por estrangeiro e, a juízo da autoridade judiciária, sempre que houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.
>
> Consoante se pode aferir das informações da Autoridade coatora, nenhum dos casos mencionados subsistiu, tanto que o Juízo *a quo* determinou a execução imediata da medida restritiva de liberdade, respaldado na primeira parte do inciso VI do art. 198 da Lei 8.069/90.
>
> Ocorre que o Paciente – conforme se conclui da cópia da sentença (fls. 22/27) – respondeu solto a representação que lhe foi imputada e, embora de sabença geral que até mesmo a internação provisória é possível em sendo a medida necessária – art. 108 e seu parágrafo único, do ECA – tal situação inocorreu.
>
> Nessa senda, a não ser que na oportunidade da entrega da tutela jurisdicional, por haver se alterado o quadro fático que autorizava ao Infante responder a apuração do ato infracional em liberdade, o Magistrado fundamentasse a necessidade do recolhimento imediato do Menor para garantir a ordem pública ou a aplicação da lei, exsurge como verdadeiro contrasenso a impossibilidade de o Paciente aguardar solto o julgamento de seu Apelo.
>
> Note-se que restou ausente no *decisum* essa motivação (fls. 26/27).
>
> Por esta alheta já caminhou o Superior Tribunal de Justiça:
>
> "ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ROUBO. CONDENA-

> ÇÃO. INTERNAÇÃO. APELAÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA.
>
> O ato infracional análogo ao delito de roubo, em tese, comporta a aplicação da internação, pois amolda-se ao enunciado do inciso I do artigo 122 do ECA (ato cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa).
>
> É insuficiente a simples alusão ao dispositivo legal para conceder ou não o efeito suspensivo na apelação (art. 198, inciso VI do ECA.
>
> A referência à letra da lei é motivação genérica, e não atende ao preceito constitucional do artigo 93, inciso, IX, da Constituição Federal.
>
> A ausência de fatos concretos e fundamentação objetiva obsta a internação provisória, sobretudo quando o paciente permaneceu solto durante a instrução processual.
>
> ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE para que o paciente possa aguardar o julgamento de sua apelação em liberdade"
>
> (RHC 15377/SP, Min. *Paulo Medina*, j. 21.10.04).
>
> Finalmente, ressalte-se que se esse é o tratamento conferido ao maior ao ter respondido o processo em liberdade – mesmo não se perdendo de vista que no sistema do CPP a regra geral é o efeito suspensivo (art. 597) – e desde que não tenha se modificado o delineamento fático que assim autorizou a custódia cautelar, com muito maior razão se diga em relação ao adolescente – pessoa em peculiar condição de desenvolvimento – que em tese pode ter a prestação jurisdicional modificada na instância *ad quem*, podendo a internação lhe trazer danos irreparáveis, sem que para tanto haja fundamento a justificar a medida sócio-educativa provisória.
>
> É o quanto basta (o destaque em negrito constante no original foi substituído pelo itálico – o sublinhado não constava no original).

Como bem destacou na ementa o referido relator, tratando-se de caráter cautelar (antes do trânsito em julgado), o juiz somente deverá restringir a liberdade do adolescente em casos de imperiosa necessidade, em razão da incidência do princípio da presunção do estado de inocência acima tratado. Dispõe o art. 108 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 108. A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias.
>
> Parágrafo único. A decisão deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida.

Conquanto se reconheça que o sistema recursal adotado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 198, "caput") seja aquele previsto no Código de Processo Civil, é de se notar que com o advento da Lei n. 11.719/08, que adequou a legislação processual penal aos comandos constitucionais, o legislador demonstra ter deflagrado procedimento de adequação das normas infraconstitucionais aos princípios da presunção do estado de inocência, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, até mesmo para os acusados imputáveis, ou seja, com plena compreensão da ilicitude de seu ato e que possuem o direito recorrer em liberdade, como regra. Assim, do Código de Processo Penal:

> Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:
>
> I - mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer;
>
> [...]
>
> Parágrafo único. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta (o sublinhado não consta na redação original).

Aliás, a adoção da mecânica do sistema recursal do processo civil, segundo penso, tem a intenção de conferir ao adolescente maiores garantias, dada a situação peculiar reconhecida constitucionalmente, jamais podendo ser invocado instituto do processo civil para reduzir sua proteção especial, que é mandamento constitucional.

Por conseguinte, não se mostra razoável que os princípios referidos, inspiradores dessas alterações recentes da legislação, que apenas reconhe-

ceram amplo domínio da jurisprudência nesse sentido, não se estendam ao adolescente, a quem a própria Constituição da República Federativa do Brasil destinou proteção especial, excepcionando a aplicação da medida privativa de liberdade, por reconhecê-lo como "pessoa em desenvolvimento". Da Constituição Federal:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
>
> [...]
>
> § 3.º - O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:
>
> [...]
>
> V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;
>
> [....] (sublinhou-se).

Segundo meu sentir, o legislador, motivado por essa onda de adaptação das normas à interpretação que os Tribunais Superiores vinham conferindo à Constituição, amoldou o Estatuto da Criança e do Adolescente à nova realidade. Perceba-se que o art. 198, inciso VI, do referido estatuto tinha a seguinte redação à época da sentença:

> Art. 198. Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude fica adotado o sistema recursal do Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e suas alterações posteriores, com as seguintes adaptações:
>
> [...]
>
> VI - a apelação será recebida em seu efeito devolutivo. Será também conferido efeito suspensivo quando interposta contra sentença que deferir a adoção por estrangeiro e, a juízo da autoridade judiciária,

> sempre que houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Todavia, o dispositivo, sempre invocado para sustentar a inexistência do efeito suspensivo da apelação que visa a desconstituir sentença que impôs medida socioeducativa de internação, foi modificado pela Lei n. 12.010/09, publicada em 2 de setembro de 2009 e que entrou em vigor no último dia 2 de dezembro.

É indubitável que o fundamento desse entendimento, até então predominante, desaparece com a revogação expressa do inciso VI do art. 198 do Estatuto da Criança e do Adolescente, indicando, o legislador, que o efeito meramente devolutivo, originalmente previsto na norma em comento, não encontra mais amparo no sistema vigente.

Ressalto que, no tocante aos agentes culpáveis, este relator já vinha defendendo a tese de que a restrição de liberdade cautelar, no atual sistema jurídico, tem caráter excepcionalíssimo, em razão dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito e, mais especificamente, daqueles que dele decorrem, como o da presunção do estado de inocência, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição.

Portanto, sob pena de representar verdadeira antecipação da restrição da liberdade dos adolescentes, que antecede a certeza a ser trazida pelo futuro trânsito em julgado da decisão que decretou a internação, a imposição antecipada da medida deverá se restringir àquelas hipóteses em que for demonstrada a sua "necessidade imperiosa". Colhe-se do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 108. A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de quarenta e cinco dias.
>
> Parágrafo único. A decisão deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida (sublinhou-se) .

Contudo, é indiscutível que o regime democrático e os princípios da presunção do estado de inocência, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, que não podem ser interpretados de forma absoluta, coadunam-se perfeitamente com a necessidade de, excepcionalmente e em caráter cautelar, restringir-se a liberdade de locomoção de adolescente que responda a procedimento em que se apura a prática de ato infracional, a fim de possibilitar a aplicação da lei, desde que atendido o critério da cautelaridade.

É preciso registrar, também, que, no caso em tela, os adolescentes responderam ao procedimento de apuração dos atos infracionais em liberdade e o magistrado não havia detectado, durante toda a instrução, qualquer elemento indicador da necessidade da aplicação da medida cautelar. Na sentença, entretanto, determinou a expedição imediata do mandado de busca e apreensão sem apontar, com base em elementos concretos, quais os fatos que alteraram a situação anterior, a ensejar a restrição cautelar da liberdade dos adolescentes.

Acerca do direito de o imputável (com desenvolvimento mental completo) recorrer em liberdade, aliás, já relatei o *Habeas Corpus* n. 2009.003485-7, de Araquari, que resultou em decisão unânime desta Câmara, proferida no último dia 10 de fevereiro, da qual transcrevem-se excertos:

> A meu ver, a ordem deve ser concedida para garantir o direito da paciente de recorrer em liberdade.
>
> Pretende o impetrante a concessão do direito de recorrer em liberdade à paciente Mariza Cristina de Brito ao argumento de que ela permaneceu solta durante toda a instrução criminal, além de não estarem presentes os requisitos do art. 312 do Código Penal.
>
> [...]
>
> *Data venia*, examinando-se os autos não se constata a presença dos pressupostos autorizadores da prisão cautelar.

> [...]
>
> Ora, analisando-se os documentos juntados aos autos, a paciente deveria, em tese, ter sido detida em flagrante delito. Todavia, não se discute aqui o mérito dessa situação, pois, em verdade, a paciente permaneceu solta durante toda a instrução processual, restando presa somente com o advento da sentença condenatória que lhe negou o direito de recorrer em liberdade.
>
> Nesse norte, a jurisprudência vem decidindo que, permanecendo o paciente solto e acompanhando a instrução processual, a negativa do direito de recorrer em liberdade só se justifica se explicitamente fundamentada nas hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal.
>
> [...]
>
> Não bastasse isso, não subsiste o argumento de que a segregação cautelar da paciente se faz necessária em face da pena fixada, da natureza e da gravidade do crime praticado, uma vez que os motivos que ensejam a prisão preventiva devem estar calcados em elementos concretos que claramente demonstrem a necessidade de prisão da paciente em prol da garantia da ordem pública, seja para acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça ou para previnir a reiteração da prática criminosa.
>
> Ademais, em recente julgamento (HC n. 84078, de 5.2.2009), o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou o entendimento de que a segregação cautelar deve ser tida como forma excepcional de prisão, persistindo na obrigação de o magistrado verificar, no caso em concreto, se estão presentes os requisitos legais da prisão preventiva ao negar o direito do réu de recorrer em liberdade.
>
> [...]

Dessarte, diante dessa interpretação da matéria extraída das referidas leis em face da Constituição, não haveria sequer a necessidade de alteração da norma para que se passasse a adotar esse entendimento, conforme se depreende do julgado deste Tribunal, da relatoria do Des. José Carlos Carstens Köhler, acima transcrito.

Penso ser esse o momento adequado para a revisitação do tema, com muito mais razão nessa quadra das inovações legislativas que estamos presenciando, uma vez que, como já foi enfatizado, o legislador sinalizou outro rumo, atribuindo ao apelo, em sede de legislação protetora da criança e do adolescente, o duplo efeito, por representar maior garantia ao seu direito à liberdade enquanto não passada em julgado a decisão impositiva da medida socioeducativa de internação.

Essa interpretação parece estar conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal quando, a respeito da preservação da liberdade do adolescente infrator, *mutatis mutandis*, já externou:

> ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - INTERPRETAÇÃO. O Estatuto da Criança e do Adolescente há de ser interpretado dando-se ênfase ao objetivo visado, ou seja, a proteção e integração do menor no convívio familiar e comunitário, preservando-se-lhe, tanto quanto possível, a liberdade. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - SEGREGAÇÃO. O ato de segregação, projetando-se no tempo medida de internação do menor, surge excepcional, somente se fazendo alicerçado uma vez atendidos os requisitos do artigo 121 da Lei n. 8.069/90, não cabendo a indeterminação de prazo.
>
> (*Habeas Corpus* n 85.598, rel. Min. Marco Aurélio, da Primeira Turma, julgado em 25.10.2005).

Em razão desses fundamentos, votei pela concessão da ordem, a fim de possibilitar aos pacientes que apelassem em liberdade da sentença que lhes impôs medida socioeducativa de internação.

Foram estas as razões de minha divergência.

Florianópolis, 16 de dezembro de 2009.

Roberto Lucas Pacheco

PRIMEIRA INSTÂNCIA

SENTENÇAS

COMARCA DE BLUMENAU

Autos nº 008.07.026055-6

Vistos etc.

EUNICE CARDOSO RICHTER, brasileira, casada, aposentada, residente e domiciliada na rua Bahia, nº 7.308, bairro Salto Weissbach, em Blumenau – SC, propôs ***AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS*** contra **BANCO SANTANDER S/A**, pessoa jurídica de direito privado, com agência na rua XV de Novembro, nº 320, centro, em Blumenau, dizendo, em resumo, que no dia 11 de setembro de 2007 sofreu imenso constrangimento moral ao ser barrada pelo agente de segurança da instituição financeira ré quando tentava ingressar no interior da agência bancária. Mesmo após ter dito a ele que era pessoa praticamente cega, pois, na verdade, conta com apenas 2% de acuidade visual, o segurança continuou a exigir que retirasse todos os seus pertences da bolsa que carregava, sendo que o impasse só terminou quando o gerente da agência bancária dirigiu-se até a porta de entrada e, enfim, autorizou o seu ingresso nas dependências daquele estabelecimento. Por isso, requereu a condenação do banco réu no pagamento de indenização por danos morais, no valor de 200 salários mínimos, sem prejuízo do ônus da sucumbência. Requereu, ainda, a inversão do ônus da prova.

Citado (fls. 53), o réu apresentou contestação (fls. 34/45), alegando, em resumo, que a autora não provou o que disse. Explicou que todos os clientes do banco, sem distinção, devem passar pelo sistema de segurança

(porta giratória), conforme dispõe a Lei nº 7.102/83, mas a autora não quis mostrar os seus pertences mesmo com o sistema indicando a existência de metais, o que levou o encarregado da segurança agir como dele se esperava que agisse, ou seja, garantindo a segurança de todos. Colacionou julgados que entende pertinentes ao caso e discorreu sobre a não configuração do dano moral, requerendo, ao final, a declaração de improcedência do pedido da autora.

Após a réplica (fls. 57/59), designou-se audiência de instrução e julgamento (fls. 84), ocasião em que foram ouvidas três testemunhas arroladas pela autora (fls. 85/87).

Encartados nos autos os memoriais de alegações finais da autora (fls. 95/96) e do banco réu (fls. 104/108), os autos vieram-me conclusos para sentença.

É o relatório.

D E C I D O.

É incontroverso que a autora foi cliente do banco réu até 11.09.2007, quando, então, diante do mau atendimento que afirmou ter-lhe sido dispensado por parte de um funcionário da agência bancária que frequentava, acabou rompendo relações comerciais com a casa bancária (fls. 20). Assim, estando de um lado a consumidora (CDC, art. 2º, ***caput***) e, de outro, a fornecedora dos serviços bancários (art. 3º, ***caput***), as regras do Código de Defesa do Consumidor têm incidência plena e imediata. Partindo dessa premissa, o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor determina que "*o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços* ["*O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar*" – § 1º]*, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos*".

De fato, "**o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 3º, §2º, incluiu expressamente a atividade bancária no conceito de serviço. Desde então, não resta a menor dúvida de que a responsabilidade contratual do banco é objetiva, nos termos do art. 14 do mesmo Código. Responde, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados a seus clientes por defeitos decorrentes dos serviços que presta**" (SERGIO CAVALIEIRI FILHO, "Programa de Responsabilidade Civil", 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, pág. 419).

A testemunha Sulamita Cardoso, que na ocasião dos fatos acompanhava a autora quando ela foi até a agência do Banco Santander S/A, em Blumenau, contou, em Juízo, que sua amiga tentou passar pela porta giratória de segurança mas não conseguiu. Confirmou que a autora, que é praticamente cega, havia deixado o aparelho celular que portava consigo no compartimento próprio, existente para visualização do segurança, e que, mesmo assim, a porta não destravou, apesar dela não estar portando qualquer outro artefato metálico. Ela e a autora, então, resolveram recuar, dando vez a outros clientes, que entraram no banco sem qualquer problema. Diante disso, tentaram ingressar novamente no prédio, mas a porta mais uma vez travou impedindo o ingresso delas ao interior da agência bancária. A requerente ainda chegou a mostrar ao segurança sua carteira de deficiente visual para que ele liberasse o acesso, mas, inflexível, ele não só ignorou por completo o aceno da cliente como também insistia, gesticulando para ela (!) dando a entender que Eunice deveria estar portanto outros objetos metálicos que provocavam o acionamento do sistema de travamento da porta (fls. 86).

Rosana Mara Schneider, que outras vezes acompanhou a autora até a mesma agência bancária, contou que não era a primeira vez que a amiga havia sido submetida a esta mesma patética situação (fls. 85).

Não se desconhece que todas as agências bancárias estão obrigadas, por força do comando emanado do artigo 1º da Lei nº 7.102/83, a manter sistema de segurança. Caso opte por instrumentar-se com porta detectora de metais, sempre há, ao alcance das mãos do vigilante, um dispositivo que destrava a porta automática para atender-se a situações especiais, como, por exemplo, usuários que fazem uso de muletas metálicas, marca-passo, cadeira de rodas ou até mesmo próteses de platina. Tudo para prestigiar a idéia da inclusão e em respeito aos mais elementares valores éticos e cortesia imanentes na sociedade em que vivemos. Contudo, muitas vezes a incumbência de manejar este controle liberatório secundário (necessário quando o censor bloqueia a movimentação da porta automática, impedindo o acesso de alguém ao interior da agência bancária) é outorgada a alguém nem sempre adequadamente treinado para exercer este mister, para dizer o menos. Vejo aí o calcanhar de Aquiles do sistema de segurança.

Se enfrentasse situação parecida, o conhecido comediante Geraldo Magela, que é completamente cego, talvez até tirasse algum proveito (econômico) disso fazendo graça com tudo o que aconteceu, mas a autora, mulher cega (ou quase isso porque detém apenas 2% da acuidade visual) e talvez não tão bem humorada, não gostou da forma como foi tratada pelo vigilante da agência bancária na qual movimentava uma conta. Não lhe tiro a razão. Como já disse, ela era cliente do banco, havia estado outras vezes na mesma agência bancária e até exibiu sua carteira de deficiente visual ao responsável pela vigilância do estabelecimento, que, pelo visto, não enxergava muito bem. Foi necessária a intervenção do gerente da agência bancária para que a autora, enfim, conseguisse ter acesso ao interior do prédio. Sei que o vigilante tem o dever de zelar pela segurança da agência, mas sua conduta deve pautar-se pelo bom senso, pelo razoável.

Livrar-se de um molho de chaves ou de um celular é fácil. Mas como é que fica a situação de um usuário que utiliza próteses metálicas? Nestes casos, a porta, mesmo que trave automaticamente pela detecção deste tipo de material, pode – e deve – ser liberada pela vigilância quando não houver suspeita de perigo. E, indaga-se, que perigo representava a autora à segurança da agência bancária? Nenhum, é lógico, e o vigilante podia ter percebido isso sem grande esforço de raciocínio. Estou convencido de que ele não acionou o dispositivo de segurança por pura teimosia. Eunice, ao que consta (inclusive por força da inversão do ônus da prova – CDC, art. 6º, VIII), não tinha mais o que tirar, mas, mesmo assim, não chegou a ponto de despojar-se das suas roupas inferiores e permanecer trajada apenas de calcinha como fez a atriz Solange Couto quando foi pagar uma conta numa agência bancária no Rio de Janeiro. A global ficou furiosa porque, mesmo após ter se livrado de tudo o que eventualmente poderia levar ao acionamento do dispositivo de travamento da porta giratória, como ainda assim ela não conseguia transpô-la e o vigilante mostrava-se reticente em franquear a sua entrada na agência, decidiu escancarar. E outros relatos desse tipo existem aos montes na rede mundial. Eu mesmo já me vi preso dentro de um destes casulos que compõem estas portas giratórias mesmo estando quase só com a roupa do corpo. Como num passe de mágica, a porta foi destravada a partir de um só toque dado pelo vigilante num botão que estava ao alcance das mãos dele assim que intuiu que eu não estava prestes a protagonizar qualquer assalto cinematográfico naquele local.

Mas não é o simples travamento da porta automática de segurança que me leva a reconhecer o direito à indenização por danos morais reclamados pela autora, até porque a instituição financeira deve zelar pela segurança de todos aqueles (clientes ou não) que se encontrem no interior da agência, sob pena, inclusive, de responder objetivamente pelo

defeito na prestação do serviço (CDC, art. 14, ***caput*** e § 1º c/c art. 17). O que me induz a isso é constatar o despreparo, a falta de percepção óbvia, do vigilante do banco, que expôs a autora – que, volto a dizer, identificou-se como cega, quando, a rigor, nem precisaria tê-lo feito (veja-se, a propósito: TJDFT – Apelação Cível nº 2002.01.1.109378-0, relª. Desª. CARMELITA BRASIL, julgada em 19.09.2005) – a uma situação jocosa, indigna e, portanto, completamente inaceitável, seja a que pretexto for, nem mesmo o de garantir a segurança de todos dentro do recinto bancário. Se for esse o preço a ser pago por esta dita segurança, é preferível que todas as agências bancárias cerrem suas portas e as pessoas passem a ser atendidas apenas por meio virtual.

Na pesquisa que fiz sobre o ***thema decidendum***, encontrei os seguintes precedentes que, feita a adequação necessária, dão o viés interpretativo a solucionar casos como esse:

"**APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PORTA GIRATÓRIA DE BANCO – PORTADOR DE NECESSIDADE FÍSICA ESPECIAL DEPENDENTE DE MULETAS PARA LOCOMOÇÃO – ENTRADA DIFICULTADA PELA CASA BANCÁRIA – DEMONSTRAÇÃO DE DEBILIDADE FÍSICA – ATITUDE CONSTRANGEDORA – ABALO EXTRAPATRIMONIAL CONFIGURADO (CDC, ART. 14, CAPUT E CC/2002, ARTS. 186 E 927).**

"**O direito à incolumidade moral pertence à classe dos direitos absolutos, encontrando-se positivados pela conjugação de preceitos constitucionais elencados no rol dos direitos e garantias individuais da Carta da República (CF/88, art. 5º, V e X), erigidos, portanto, ao *status* cláusula pétrea (CF/88, art. 60, § 4º), merecendo ser devidamente tutelado nos casos concretos apreciados pelo Poder Judiciário.**

"**Assim, muito embora a insegurança tenha se tornado uma característica marcante nos grandes centros urbanos, mormente diante dos constantes roubos aos estabelecimentos bancários, fato que os leva ao implemento de modernas técnicas para zelar pela proteção do seu patrimônio, tais procedimentos deverão ser adotados dentro dos critérios da proporcionalidade, a fim de não expor o consumidor a situação vexatória. Nesse contexto, reputa-se abusiva a conduta praticada pela casa bancária quando, ao se deparar com cliente portador de deficiência física e dependente do auxílio de muletas para se locomover, condiciona a sua entrada à passagem pela porta giratória, ao invés de conduzí-lo por via alternativa**" (TJSC – Apelação Cível nº 2007.016691-4, de Blumenau, Terceira Câmara de Direito Civil, rel. Desª. SALETE SILVA SOMMARIVA, j. em 27.11.2007).

Ou então:

"**DIREITO CIVIL – OBRIGAÇÕES – RESPONSABILIDADE CIVIL – DEFICIENTE FÍSICO IMPEDIDO DE ADENTRAR EM AGÊNCIA BANCÁRIA – DANOS MORAIS – PROCEDÊNCIA EM 1º GRAU – IRRESIGNAÇÃO DO RÉU – CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTAMENTO – INEXISTÊNCIA DE ILÍCITO – ALEGAÇÕES DESPICIENDAS – DIFICULTADA ENTRADA DO AUTOR NA AGÊNCIA BANCÁRIA – MINORAÇÃO DOS DANOS MORAIS – QUANTUM ADEQUADO – IMPOSSIBILIDADE.**

"**Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado, se presente prova documental suficiente à solução da controvérsia.**

"**Comete ilícito passível de indenização por danos morais instituição bancária que impede ou dificulta o acesso de deficiente físico em interior de sua agência**" (TJSC – Apelação Cível nº

2007.030029-3, de Chapecó, Quarta Câmara de Direito Civil, rel. Des. MONTEIRO ROCHA, j. em 02.10.2008).

Veja-se também, do Superior Tribunal de Justiça:

"**RESPONSABILIDADE CIVIL. PORTA GIRATÓRIA DE AGÊNCIA BANCÁRIA. EXPOSIÇÃO A SITUAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO E HUMILHAÇÃO. REPARAÇÃO POR DANO MORAL. CABIMENTO. [...].**

"**I – Em princípio, em época em que a violência urbana atinge níveis alarmantes, a existência de porta detectora de metais nas agências bancárias é medida que se impõe para a segurança de todos, a fim de prevenir furtos e roubos no interior desses estabelecimentos de crédito. Nesse sentido, as impositivas disposições da Lei nº 7.102/83. Por esse aspecto, é normal que ocorram aborrecimentos e até mesmo transtornos causados pelo mau funcionamento do equipamento, que às vezes trava, acusando a presença de não mais que um molho de chaves. E, dissabores dessa natureza, por si só, não ensejam reparação por dano moral.**

"**II – O dano moral poderá advir não do constrangimento acarretado pelo travamento da porta em si, fato que poderá não causar prejuízo a ser reparado a esse título, mas, dos desdobramentos que lhe possam suceder, assim consideradas as iniciativas que a instituição bancária ou seus prepostos venham a tomar no momento, as quais poderão minorar os efeitos da ocorrência, fazendo com que ela assuma contornos de uma mera contrariedade, ou, de outro modo, recrudescê-los, degenerando o que poderia ser um simples contratempo em fonte de vergonha e humilhação, passíveis, estes sim, de reparação. É o que se verifica na hipótese dos autos, diante dos fatos narrados no aresto hostilizado, em que o preposto da agência bancária, de forma inábil e na presença de várias pessoas,**

fez com que o ora recorrido tivesse que retirar até mesmo o cinto e as botas, na tentativa de destravar a porta, situação, conforme depoimentos testemunhais acolhidos pelo acórdão, que lhe teria causado profunda vergonha e humilhação" (STJ – Recurso Especial nº 551.840/PR, Terceira Turma, un., rel. Min. CASTRO FILHO, j. em 29.10.2003).

Quanto ao montante a ser pago a título de indenização pelos danos morais causados à autora, há que ponderar-se, de um lado, o caráter compensatório da verba de modo a servir de anestésico para a desagradável sensação experimentada pela prejudicada em razão do anômalo comportamento alheio, e, de outro, o punitivo, a fim de servir de estímulo, por vias oblíquas, a uma necessária mudança de comportamento de modo a inibir a repetição de atos semelhantes. Nesta perspectiva, considerada a situação chistosa a que a autora, mulher cega, foi quase que inacreditavelmente submetida, e a falta de prudência, de noção e de bom senso prático frente à realidade que se apresentava ao vigilante, cujo empregador – ou contratante –, ao que tudo indica, quis economizar na contratação de mão-de-obra mais qualificada, hei por bem estipular a monta indenizatória em R$ 10.000,00, justamente para que, assim, cumpra a sua dúplice missão.

À luz do exposto, **JULGO PROCEDENTE** o pedido veiculado nesta ***AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS*** proposta por **EUNICE CARDOSO RICHTER** contra **BANCO SANTANDER S/A**, condenando o réu no pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$ 10.000,00, corrigido monetariamente pela variação do INPC/IBGE desde a data desta sentença, além de juros moratórios a partir do momento em que ocorreu o ato ilícito (STJ – Súmula nº 54; TJSC – Ap. Cível nº 2004.013383-9, de Imbituba, Segunda Câmara de Direito Comercial, rel. Des. EDSON UBALDO, j. em 23.02.2006; Apelação Cível nº 2002.018748-3, de Criciúma, Segunda Câmara de

Direito Civil, rel. Des. Substº. JORGE SCHAEFER MARTINS, j. em 31.05.2007, entre outros), ou seja, em 11.09.2007.

Arcará o réu, ainda, com o pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que estabeleço em 20% do valor atualizado da condenação (CPC, art. 20, § 3º).

Custas na forma da lei.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Blumenau, 10 de janeiro de 2009

Roberto Lepper
JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CÍVEL

COMARCA DE ITAPOÁ

Autos n. 126.08.001711-2

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

1. Trata-se de ação ordinária, na qual o autor requer a antecipação de parte dos efeitos da tutela, para que as empresas rés sejam compelidas a lhe pagar liminarmente uma verba indenizatória no montante de R$ 6.000,00 (seis mil reais).

Para justificar tal pedido, o autor argumenta que o derramamento de óleo causado pelas empresas rés, no litoral norte do Estado de Santa Catarina, teria gerado a paralisação de sua atividade de pesca e o comprometimento de sua renda.

A liminar não merece ser deferida.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que não há nos autos prova segura de que o autor realmente sobrevive da pesca.

A apresentação de carteira de pescador, por si só, não tem força para demonstrar o desempenho pelo autor da atividade pesqueira.

Muitas vezes, esse tipo de carteira é concedida pela Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca sem critério algum, mediante simples declaração do postulante de que sobrevive da pesca. As pessoas buscam obter tal carteira, mesmo não extraindo seu sustento da captura de animais marinhos, para auferir ilicitamente o benefício que o Governo Federal costuma conceder na época do defeso.

Vale salientar que o Ministério Público Federal vem combatendo tal espécie de fraude, inclusive ofertando denúncia criminal contra seus protagonistas.

A propósito, confira-se a seguinte ementa:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL: CRIME TIPIFICADO NO ARTIGO 34 CAPUT E INCISO II DA LEI Nº 9.605/98. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. DOLO E ESTADO DE NECESSIDADE. APURAÇÃO NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ARTIGO 299 DO CÓDIGO PENAL. JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. ELEMENTOS SUFICIENTES. CRIME FORMAL. FALSA DECLARAÇÃO PRESTADA PERANTE ÓRGÃO COMPETENTE. OBTENÇÃO DE CÉDULA DE INDETIFICAÇÃO COMO PESCADOR PROFISSIONAL. DOCUMENTO HÁBIL A CONFERIR BENEFÍCIOS E VANTAGENS. DENÚNCIA. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 41 DO CPP. "IN DUBIO PRO SOCIETATE".

I – (...)

II - No presente caso, o recorrido foi surpreendido, durante o período de defeso da piracema, na Represa de Água Vermelha, município de Cardoso/SP, praticando atos de pesca mediante utilização de método e petrecho não permitido pela legislação ambiental (Instrução Normativa nº 36/04 - N e nº 16, de 14/10/2004 do IBAMA). Além disso, foi constatado que o acusado possuía carteira de pescador profissional, em contrariedade com a sua qualidade de funcionário público estadual, já que dispõe de fonte de renda diversa da decorrente da atividade pesqueira.

III – (...)

IV – (...)

V – (...)

VI - O recorrido cadastrou-se como pescador profissional perante o órgão competente, para tanto declarando que a pesca é seu principal meio de vida.

VII - Ao firmar a referida declaração, o acusado assumiu total responsabilidade pelas informações prestadas bem como a de ciência de que a falsa declaração constitui crime tipificado no artigo 299, do CP.

VIII - Com estas declarações, o recorrido obteve a cédula de identificação de pescador profissional, documento hábil a conferir-lhe

> benefício previdenciário, bem como o uso de petrechos de pesca não permitidos a amadores.
>
> IX - A conduta descrita na denúncia amolda-se ao tipo penal previsto no art. 299 do Código Penal e os elementos coligidos no inquérito policial são suficientes para que se conclua pela existência de justa causa para a instauração da ação penal
>
> X - Havendo a descrição de fato típico, indícios suficientes de autoria e tendo a peça acusatória observado os requisitos estabelecidos no artigo 41 do CPP, não pode o Juiz deixar de receber a denúncia, salvo se constatada hipótese de rejeição, o que não ocorreu in casu.
>
> (...)" **(TRF da 3ª Região, Recurso em Sentido Estrito, Processo 200561060035273, rel. Juíza Cecília Mello, j. em 09.12.2008, DJF3 de 07.01.2009, pág. 57).**

Não me parece prudente, portanto, presumir que o autor vive da pesca, apenas porque ele trouxe aos autos cópia de uma carteira de pescador. Considerando que costumam ocorrer fraudes na obtenção de tal documento, seria uma temeridade determinar o pagamento de indenização ao autor, sem antes realizar uma investigação profunda a respeito de seu modo de vida, de suas fontes de renda, dos seus costumes, a fim de verificar se realmente ele é um pescador artesanal ou profissional. Tal investigação só será possível durante o transcorrer da instrução, com a inquirição de testemunhas.

Outro detalhe que não posso deixar de frisar reside no fato do autor não ter apresentado qualquer documento para comprovar os prejuízos financeiros que afirma ter amargado. Nada há nos autos que permita estabelecer uma ligação entre o autor e o comércio de peixes ou a pesca de subsistência, a não ser uma simples carteira profissional, cuja credibilidade poderá restar abalada no transcorrer da instrução.

Diante deste cenário de anemia probatória, não me resta outra opção senão a de **INDEFERIR** o pedido de antecipação de tutela em questão,

pela falta de prova inequívoca das alegações feitas na inicial (inteligência do art. 273 do CPC).

2. Tendo em vista os documentos acostados à peça de defesa da empresa ArcelorMittal, **DETERMINO** a retificação do pólo passivo da relação processual, para **EXCLUIR** as empresas Vega do Sul S/A e Companhia Siderúrgica Tubarão (ArcelorMittal Tubarão), mantendo tão-somente a empresa incorporadora e sucessora legal ArcelorMittal Brasil S/A.

3. Reivindica a ArcelorMittal Brasil S/A o indeferimento da inicial, dizendo que o autor não teria cumprido o art. 283 do CPC, pois não instruiu seu pedido com documentos capazes de comprovar o prejuízo alegado e o desempenho da atividade de pesca ao tempo do acidente.

Sem razão a ArcelorMittal.

Nada impede que a condição de pescador e o prejuízo alegado restem comprovados durante a fase instrutória do feito, por meio de provas testemunhal, pericial ou mesmo documental.

É da jurisprudência:

> "A prova documental não se esgota com a petição inicial; assim, não há que falar em indeferimento liminar da peça inicial se o documento é suscetível de posterior exibição, eis que prova indispensável não equivale a documento essencial; ademais, o art. 283 do CPC não tem o alcance de substituir a prova do fato no momento processual próprio" **(STJ – RT 757/142).**

INDEFIRO, pois, a preliminar de inépcia da inicial.

4. A empresa ArcelorMittal Brasil S/A pugna pela extinção do feito, sem apreciação do mérito, argumentando que o autor não teria legitimidade para residir no pólo ativo desta ação, por não ter comprovado sua condição de pescador.

Kazuo Watanabe, no seu livro "Da cognição no Processo Civil", terceira edição, pág. 91, publicado pela Ed. Perfil, ensina que as condições da ação devem ser aferidas *in statu assertionis,* ou seja, segundo as afirmativas feitas pelo autor em sua petição inicial.

No mesmo sentido trafega a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. A propósito, confira-se os seguintes precedentes: STJ, REsp 832.370/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, DJU de 13.08.2007 e STJ, REsp 818.603/RS, rel. Min. Nancy Andrigui, DJU de 03.09.2008.

No caso dos autos, vejo que o autor, na sua peça inaugural, afirmou ser pescador e que teve sua atividade de pesca interrompida pelo derramamento de óleo ocorrido na Baía da Bibitonga, em 30 de janeiro de 2008. Sob minha ótica, essas simples afirmações conferem ao autor legitimidade para figurar no pólo ativo desta demanda indenizatória. Saber se ele é realmente pescador, se ele teve ou não sua atividade profissional prejudicada pelo derramamento de óleo, são questões ligadas ao mérito, que serão resolvidas quando da prolação da sentença.

Por esses motivos, **REJEITO** a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* suscitada pela ré ArcelorMittal Brasil S/A.

5. Em sua contestação, a ré ArcelorMittal Brasil S/A também formula pedido de extinção do feito, sem apreciação do mérito, defendendo a tese de que não possui legitimidade para figurar no pólo passivo desta ação. Alega que era apenas proprietária da carga transportada no navio emborcado. Sustenta que, se houve dano aos pescadores da região, quem deve ser responsabilizado por este é a Companhia de Navegação Norsul, empresa proprietária da embarcação de onde vazou o óleo combustível. Afirma que a carga transportada era composta por bobinas de aço, as quais não causaram qualquer dano ao meio ambiente.

Esses argumentos impressionam, mas não convencem.

Antes de lavrar esta decisão, tive o cuidado de colher mais informações a respeito da empresa ArcelorMittal Brasil S/A, consultando seu *site* na Internet (http://www.arcelormittal.com/br/).

Lá está escrito que a ArcelorMittal Brasil S/A é uma das principais siderúrgicas da América Latina, com presença destacada nos setores de aços longos e planos ao carbono. Constituída em dezembro de 2005, reúne três das mais competitivas empresas siderúrgicas do País – ArcelorMittal Aços Longos (incluindo a Acindar da Argentina), ArcelorMittal Tubarão e ArcelorMittal Vega.

A ArcelorMittal Tubarão é o braço do grupo responsável pela fabricação de bobinas de aço. Referida empresa está situada estrategicamente na cidade de Serra, Estado do Espírito Santo, para facilitar o escoamento da produção de bobinas, por meio do complexo portuário existente na região.

Sobre o modo como é feito o transporte dessas bobinas de aço, vale conferir o seguinte texto, extraído do portal eletrônico da ré:

> "A ArcelorMittal Tubarão conta com o Terminal de Barcaças Oceânicas (TBO), que teve sua operação iniciada em outubro de 2006 e tem por objetivo atender o transporte marítimo das bobinas de aço produzidas no Laminador de Tiras a Quente (LTQ). Essa resolução faz parte da cadeia logística de abastecimento do mercado brasileiro, por meio da navegação de cabotagem, com uma ponte entre o porto do Espírito Santo e o de São Francisco do Sul.
>
> O terminal contém uma frota de quatro barcaças e dois empurradores, ou seja, uma barcaça em cada um dos dois terminais. Quando atracada, a barcaça assume a função de armazém flutuante, com os empurradores sempre navegando entre o terminal de Santa Catarina e o da ArcelorMittal Tubarão, otimizando todo o processo. A operação das barcaças e dos empurradores está sob a responsabilidade da Companhia de Navegação Norsul, que projetou e construiu o sistema.

> Com esse novo sistema de transporte por cabotagem, deixarão de trafegar, com carga pesada, uma média de 100 a 110 carretas por dia. Cada barcaça tem capacidade para transportar 10 mil toneladas de carga. A distância entre a ArcelorMittal Tubarão e São Francisco do Sul é de 630 milhas náuticas, sendo que a viagem de barcaça leva de dois a três dias e a de caminhão, de três a quatro dias. Por ano, serão embarcadas cerca de 1,1 milhão de toneladas/ ano de bobinas de aço para Santa Catarina (SC).
>
> A ArcelorMittal Tubarão possui um documento de Licença de Instalação do Terminal de Barcaças Oceânicas, obtido em 29 de outubro de 2004, que aprova o projeto e permite a execução do mesmo, o que denota o comprometimento sustentável da empresa com o meio ambiente, ao seguir as condicionantes estabelecidas pelo Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos (IEMA).
>
> Essa iniciativa permite que a ArcelorMittal Tubarão garanta o transporte de bobinas a quente para a ArcelorMittal Vega, em Santa Catarina, de forma mais ecológica e segura". (grifo meu)

Tomando-se por base estas informações, fica fácil verificar que o acidente ambiental narrado na inicial ocorreu dentro da cadeia de produção da ré ArcelorMittal Brasil S/A.

A barcaça que afundou na Baía da Babitonga, de propriedade da Companhia de Navegação Norsul, transportava bobinas de aço produzidas pela ArcelorMittal Tubarão, no Estado do Espírito Santo, e que tinham como destino a ArcelorMittal Vega, situada na cidade de São Francisco do Sul.

Aportando em Santa Catarina, essas bobinas seriam levadas até o parque industrial da ArcelorMittal Vega, onde seriam convertidas em aços laminados a frio e aços galvanizados, para posterior comércio.

É de se convir, portanto, que o transporte das bobinas estava sendo feito única e exclusivamente para atender interesses do grupo ArcelorMittal, o qual houve por bem adotar a via marítima como meio de interligar suas fábricas situadas nas cidades de Serra/ES e São Francisco do Sul/SC.

Sendo assim, não vejo como deixar de responsabilizar a ArcelorMittal Brasil S/A pelas conseqüências advindas do emborcamento do navio que transportava suas bobinas de aço.

Em se tratando de ação na qual se apura de responsabilidade civil por danos ambientais, deve figurar no pólo passivo o poluidor, que a lei define como sendo "(...) *a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental"* (art. 3º, inciso IV, da Lei 6.938/81).

Discorrendo sobre a figura do poluidor, Adalberto Pasqualotto ensina que "*(...) se alguém, por sua atividade, cria determinado risco de dano, deve responder pelos prejuízos que dessa atividade advierem, independentemente de haver causado o fato que diretamente produziu o ato lesivo"* **(PASQUALOTTO, Adalberto. *Responsabilidade civil por dano ambiental: considerações de ordem material e processual.* In BENJAMIN, Antônio Herman (coord). *Dano ambiental: prevenção reparação e repressão.* São Paulo, RT, 1993. Pág. 450).**

No caso em questão, pode-se afirmar que o poluidor direto seria a Companhia de Navegação Norsul, proprietária da embarcação da qual vazou o óleo, ao passo que a ArcelorMittal seria o poluidor indireto, visto que o transporte marítimo das bobinas estava sendo realizado no seu exclusivo interesse, como uma das etapas necessárias de sua cadeia de produção.

Vale lembrar que a atividade de transporte marítimo é potencialmente poluidora. Inúmeros são os casos de acidentes ambientais ocorridos em razão do naufrágio de navios, sendo o mais notório deles o sinistro envolvendo o petroleiro Exxon Valdez, o qual tomou lugar no Alasca, em 1989.

O potencial poluidor do transporte marítimo é algo que já foi reconhecido internacionalmente, inclusive pelo Brasil, mediante assinatura

da Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição Causada por Navios, identificada pela abreviação MARPOL 73/78.

Pois bem. Se dentro de sua cadeia de produção, a ArcelorMittal utiliza-se de uma atividade potencialmente poluidora para minimizar despesas e incrementar seu lucro, não pode ela se esquivar de assumir os riscos gerados por essa sua escolha. Quem aufere o bônus deve arcar com o ônus.

Pouco importa que a ArcelorMittal não tenha agido com culpa no evento. A Lei nº 6.938/81, em seu art. 14, §1º, consagrou a responsabilidade civil objetiva do causador do dano ambiental. Isso quer dizer que, havendo o dano, a responsabilidade do poluidor independe da existência de culpa, fundando-se na idéia de que a pessoa que cria o risco deve reparar o dano ocasionado pelo seu empreendimento.

O fato da ArcelorMittal ter optado por terceirizar uma das etapas de maior risco em sua linha de produção, que é o transporte marítimo das bobinas, não a isenta de responsabilidade.

O nexo de causalidade entre a atividade desenvolvida pela ArcelorMittal e o suposto dano ambiental é evidente, uma vez que o acidente aconteceu numa das etapas da cadeia de produção da empresa.

Como o dano ambiental aconteceu dentro do círculo de interesse da ArcelorMittal, não pode referida empresa se livrar da responsabilidade pelo ocorrido, sob o argumento de que teria havido quebra do nexo de causalidade, pela atuação desastrada da Companhia de Navegação Norsul.

Nesse sentido, a doutrina de André da Silva Andrino de Oliveira:

> "A responsabilidade objetiva busca a reparação do dano, independentemente da idéia de culpa, numa tentativa de escapar da prova diabólica e baseando-se em elementos como o risco da atividade.
>
> A idéia de previsibilidade como critério de imputação, proposta pela teoria da causalidade adequada, é aceita por boa parte dos

ordenamentos jurídicos dos países de tradição romano-germânica e gera uma série de problemas para a responsabilização por danos ao ambiente.

A teoria da causalidade adequada, ao punir somente aquelas condutas cujas conseqüências eram previsíveis no momento em que foram realizadas, está impregnada com o conceito de culpa, pois parte da idéia de que aquele que não podia prever agiu com toda a diligência que dele se podia esperar, não tendo culpa do ocorrido.

Estando a teoria da causalidade adequada impregnada com a idéia de culpa, parece perfeitamente lógico admitir que tal teoria não pode ser utilizada em casos de responsabilidade objetiva.

Assim, a objetivação da responsabilidade será um meio eficiente para se evitar os efeitos maléficos da utilização da previsibilidade como critério de imputação.

Segundo PERALES, nos casos de responsabilidade objetiva, o requisito da previsibilidade não joga, de tal modo que "a imputação destes agentes é quase automática, reduzindo-se às hipóteses de inevitabilidade os casos em que tal imputação não tem lugar"[1].

O critério da previsibilidade e de inevitabilidade leva à ruptura do nexo causal nos casos de força maior e caso fortuito, fato de terceiro e culpa exclusiva da vítima (art. 1.058, do CC).

Uma vez estabelecida a responsabilidade objetiva para os danos ao ambiente no direito brasileiro (art. 14, §1º, da Lei 6.938/81), deixa de valer o critério da previsibilidade, fazendo com que somente os casos de fatos inevitáveis tenham força para romper a causalidade.

A determinação de se um fato era ou não inevitável deverá ser feita tomando-se por base a idéia do círculo de atividade do agente. Os atos que possam ser incluídos dentro deste círculo não podem interromper o nexo causal, porque deveriam ter sido previstos e evitados por este. Neste sentido:

"Por isso, o titular da atividade responderá pela atuação incontrolada do terceiro realizada dentro do seu círculo de interesse (por exemplo,

1 MIGUEL PERALES, Carlos de. *La Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*. Madrid: Civitas, 1997. Pág. 155.

> o explorador responde pelos danos causados por materiais nucleares que tenham sido roubados dele (...)"[2].
>
> Assim, o dano provocado por atividades contaminantes deve ser considerado previsível e evitável sempre que ocorrer dentro do círculo de interesse da atividade.
>
> Como bem afirmam RODRÍGUEZ TAPIA e CAÑIZARES LASO: "O sentido da responsabilidade pelo risco é que para aqueles que produzem e que se beneficiam de uma fonte de riscos, em compensação pela aceitação de dito risco, se imponha uma responsabilidade como obrigação independente, incluindo-se o normal funcionamento, posto que este normal funcionamento é uma particular fonte de riscos"[3]. (grifo meu) **(OLIVEIRA, André da Silva Andrino de. *A relação de causalidade na responsabilidade civil por danos ao meio ambiente.* Não publicado)**.

Nessa linha, o art. 927, parágrafo único, do Código Civil dispõe que "*haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*".

No caso, o transporte de bobinas via marítima faz parte da atividade normalmente desenvolvida pela ré ArcelorMittal S/A (faz parte de sua cadeia logística) e implica, por sua natureza, risco de danos ambientais por derramamento de óleo com prejuízos para os direitos de terceiros.

Daí concluo que a empresa ArcelorMittal Brasil S/A tem sim legitimidade para figurar no pólo passivo desta ação, na condição de possível poluidor indireto, ao lado da Companhia Navegação Norsul, potencial poluidor direto.

2 CORDERO LOBATO, Encarna. Derecho de Daños y Medio Ambiente. In: ÁLVARES, Luis Ortega (Organizador). *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*. Valladolid: Lex Nova, 2000. 2ª ed. Pág. 449.

3 RODRÍGUEZ TAPÍA, José Miguel & CAÑIZARES LASO, Ana. *La Nueva Regulación Alemana en Materia de Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente*.<<Anuário de Derecho Civil>>. Ano 1994. Vol. I. Pág. 211.

Caso durante a instrução reste comprovado os danos ambientais e os prejuízos alegados pelo autor, então será o caso de responsabilização solidária das duas rés (princípio da solidariedade, derivado da interpretação conjugada dos arts. 258, 259, 275 e 942 do Novo Código Civil), ficando reservado em favor da ArcelorMittal o direito de regresso contra a Companhia de Navegação Norsul.

Com essas ponderações, **REJEITO** a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela empresa ArcelorMittal Brasil S/A.

6. Não havendo outras preliminares para serem apreciadas, dou como saneado o feito e designo audiência de conciliação para a data de _____/_____/_____, às _____hs_____min.

7. Intimem-se as partes e seus procuradores.

Itapoá (SC), 06 de março de 2009.

André Augusto Messias Fonseca
JUIZ DE DIREITO

Autos nº 126.05.001332-1

Ação Civil Pública
Autor – Ministério Público de Santa Catarina
Réus – Sérgio Ferreira de Aguiar e outro

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA,** por meio de seu representante legal, propôs **AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA** contra **SÉRGIO FERREIRA DE AGUIAR** e **CELSO CORREIA ZIMATH,** ambos devidamente qualificados à fl. 02, alegando que o réu Sérgio, logo depois de assumir o cargo de Prefeito Municipal, firmou contrato entre a Prefeitura de Itapoá e o causídico Celso Zimath, compreendendo a prestação de serviços advocatícios nos processos contenciosos de qualquer natureza, incluindo o executivo fiscal e a advocacia extrajudicial.

Sob a ótica do Ministério Público, tal contratação não observou o plano de cargos da administração municipal, o qual possui disponível em seu corpo um cargo de Procurador Jurídico, de provimento em comissão, com salário no importe de R$ 3.500,00.

Sustenta que a referida contratação gerou prejuízo aos cofres públicos, na medida em que a remuneração mensal pactuada foi de R$ 4.180,00 (quatro mil cento e oitenta reais), acrescida de verbas oriundas da condenação de honorários pela parte adversa.

Afirma que houve violação do princípio da impessoalidade, já que o contrato de prestação de serviços foi uma fórmula encontrada para beneficiar diretamente o réu Celso Zimath, o qual estava impedido de exercer a função comissionada de Procurador Jurídico, pois na época vinha

ocupando o cargo de Presidente da Ordem dos Advogados da Seccional de Joinville.

Aduz que os serviços contratados não podem ser considerados de notória especialização, o que estava a inviabilizar a contratação do réu Celso sem prévia licitação.

Diz que o contrato burlou o concurso público de provas para advogado do departamento jurídico, realizado nesta comarca através do Edital nº 001/2002, e cuja validade estendia-se até o final de 2005.

Assevera que no contrato há uma cláusula prevendo a prestação gratuita de atendimento de consultoria jurídica ao chefe do executivo, secretários, diretores e serventuários do contratante, e, caso o problema requeira solução judicial, o contratado concederá ao cliente um desconto de 20% sobre seus honorários. Segundo o representante do *Parquet,* tal cláusula viola qualquer senso de probidade, pois visa o favorecimento pessoal de membros da administração pública.

Após outras considerações, o Ministério Público arrematou formulando os seguintes requerimentos: a) a concessão de liminar, para que o contrato citado fosse imediatamente suspenso; b) a concessão de liminar para a decretação de indisponibilidade dos bens dos réus, no limite de R$ 45.980,00 (quarenta e cinco mil, novecentos e oitenta reais); c) a decretação da nulidade do contrato de prestação de serviços celebrado entre o Município de Itapoá e o réu Celso Zimath; d) e a condenação dos réus como incursos no art. 10, *caput,* e incisos I, VIII e XII, da Lei 8.492/92 ou, alternativamente, art. 11, *caput,* e seus incisos I e V, da citada norma, com aplicação das sanções previstas no art. 12, II, da Lei 8.492/92.

Em decisão interlocutória (fls. 164/168), o Juiz de Direito Décio Menna Barreto de Araújo Filho concedeu parcialmente a liminar postulada pelo *Parquet,* apenas para determinar a suspensão imediata dos efeitos do contrato de prestação de serviços questionado.

Notificados (fl. 173), os réus ofereceram defesa preliminar às fls. 178/201 e 380/431.

Em decisão interlocutória (fls. 457/461), a Juíza Substituta Lucilene dos Santos afastou as preliminares agitadas pelos réus e recebeu a peça inicial.

Citados, os réus apresentaram resposta, em forma de contestação.

Na sua peça de defesa (fls. 483/495), o réu Celso Correia Zimath reiterou as preliminares suscitadas por ocasião de sua manifestação preliminar e, no mérito, argumentou: a) que a realização de licitação para a contração não era necessária, por se tratar de trabalho onde era inviável a competição; b) que sua especialização é notória, pois atuou no Município de Itapoá entre 1990 e 1996, tendo participado da constituição de toda sua estrutura jurídica; c) que executou o trabalho que lhe foi confiado com bastante eficiência, alcançado números de produtividade, sobretudo na área de executivos fiscais, jamais antes vistos; d) que nunca recebeu diária de viagem; e) que nunca recebeu ajuda de custo extra para saldar suas despesas com deslocamento, alimentação e moradia em Itapoá; f) que a remuneração referente aos honorários de sucumbência estavam vinculadas ao resultado do trabalho; g) e que a contratação de advogados, no âmbito da administração pública, comporta peculiaridades que dispensam o processo licitatório.

Já o réu Sérgio Ferreira Aguiar, em sua contestação (fls. 496/549), alegou, preliminarmente, a incompetência absoluta deste juízo e a falta de interesse processual do autor, tendo em vista a inadequação da ação civil pública para apurar ato de improbidade administrativa. No mérito, sustentou: a) que não houve dolo de sua parte; b) que a administração beneficiou-se com a prestação dos serviços pelo réu Celso; c) que a contratação de Celso foi feita com base na experiência do referido profissional na área de direito público; d) que a contratação foi escudada em pareceres e

entendimentos jurisprudenciais dando como correta a dispensa de licitação para a contratação de advogados; e) e que o serviços contratados eram de alta complexidade e não poderiam ser desempenhados por um neófito.

Durante a fase instrutória, foi dispensado o depoimento pessoal dos réus (fl. 584) e foram ouvidas cinco testemunhas arroladas por eles (fls. 585/587; 594; 606; 621).

Em seguida, as partes apresentaram suas alegações finais, reiterando os requerimentos formulados na fase postulatória.

É o relatório que o volume de serviço permite e aconselha.

Passo a decidir.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Das preliminares suscitadas nas contestações

As preliminares agitadas pelos réus em sede de contestação já foram rechaçadas às fls. 457/461 e 556, pelo que deixo de analisá-las novamente, passando diretamente ao exame do *meritum causae.*

Mérito

Contratação direta de serviços advocatícios pelo município – Licitação dispensada ilegalmente – Nulidade do contrato reconhecida

No ano de 2005, o réu Sérgio Ferreira de Aguiar assumiu o cargo de Prefeito do Município de Itapoá.

Logo no início do seu mandato, mais precisamente no dia 03 de janeiro de 2005, o Município de Itapoá contratou os serviços advocatícios do réu Celso Correia Zimath, por meio do instrumento particular acostado às fls. 28/31.

O réu Sérgio Ferreira de Aguiar, na condição de ordenador das despesas, assinou o referido contrato, representando o município.

Consoante se infere do documento de fls. 32/33, o mencionado contrato foi firmado sem prévia licitação, sob a justificativa de que o réu Celso Correia Zimath prestaria ao município serviços advocatícios de natureza singular, valendo-se de sua notória especialização.

Apesar das ponderações feitas no documento de fls. 32/33, entendo que as peculiaridades do caso não estavam a autorizar a contratação direta do causídico Celso.

Em se tratando de contratação de advogado pela administração pública, um dos requisitos essenciais para que a licitação seja declarada inexigível reside justamente na natureza singular dos serviços jurídicos a serem prestados (inteligência do art. 13 c/c art. 25, inciso II, §2º, ambos da Lei 8.666/93). Esses serviços não podem ser simples. É necessário que os mesmos sejam dotados de complexidade, de modo que fique bem caracterizada a impossibilidade de sua execução satisfatória por meio de profissional não especializado.

Sobre o requisito da singularidade, vale conferir a doutrina de Marçal Justen Filho:

> "No universo dos serviços, aqueles referidos no art. 13 se diferenciam porque seu desempenho envolve conhecimentos específicos e peculiares, que exigem não apenas a profissionalidade, mas também uma especialização. Isso não significa que contratação direta possa ser realizada simplesmente em face de sua caracterização, eis que o art. 25, inc. II, exige a natureza singular.
>
> É problemático definir "natureza singular", especialmente porque toda hipótese de inviabilidade de competição pode ser reportada, em última análise, a um objeto singular. Mas a explícita referência contida no inc. II não pode ser ignorada e a expressão vocabular exige a interpretação específica a propósito dos serviços técnicos profissionais especializados.

> (...), a fórmula "natureza singular" destina-se a evitar a generalização de contratação direta para todos os casos enquadráveis no art. 13. É imperioso verificar se a atividade necessária à satisfação do interesse público é complexa ou simples, se pode ser reputada como atuação padrão e comum ou não. A natureza singular se caracteriza como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional "especializado". Envolve os casos que demandam mais do que a simples especialização, pois apresentam complexidades que impedem obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional (ainda que especializado)" **(JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 10ª ed. São Paulo, Ed. Dialética, 2004. Pág. 279).**

No mesmo sentido caminham as lições do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello:

> "Parece-nos certo que, para compor-se a inexigibilidade concernente aos serviços arrolados no art. 13, cumpre tratar-se de serviço cuja singularidade seja relevante para a Administração (e que o contrato possua notória especialização). Se assim não fosse, inexistiria razão para a lei haver mencionado 'de natureza singular', logo após a referência feita aos serviços arrolados no art. 13.
>
> Se o serviço pretendido for banal, corriqueiro, singelo, e, por isso, irrelevante que seja prestado por 'A' ou por 'B', não haveria razão alguma para postergar-se o instituto da licitação. Pois é claro que a singularidade só terá ressonância para o tema na media em que seja necessário, isto é, em que por força dela caiba esperar melhor satisfação do interesse administrativo a ser provido.
>
> Veja-se: o patrocínio de uma causa em juízo está arrolado entre os serviços técnico-especializados previstos no art. 13. Entretanto, para mover simples execuções fiscais a Administração não terá necessidade alguma de contratar – e diretamente – um profissional de notória especialização. Seria um absurdo se o fizesse. Assim também, haverá perícias, avaliações ou projetos de tal modo singelos e às vezes até mesmos padronizados que, ou não haveria espaço para o ingresso de componente pessoal do autor, ou manifestar-se-ia em aspectos irrelevante e por isto incapazes de interferir com o resultado do serviço.

> Em suma: a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório entendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de que o executa, atributos, estes, que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa." **(MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2006. Pág. 524/527).**

Feita esta breve digressão sobre o conceito de singularidade, passemos à análise das cláusulas primeira e terceira do contrato de prestação de serviços objeto desta ação:

> "**CLÁUSULA PRIMEIRA**
>
> O CONTRATANTE, pelo presente instrumento, contrata os serviços de natureza administrativa do CONTRATADO, compreendendo os seguintes trabalhos: Advocacia nos processos contenciosos de qualquer natureza e grau de jurisdição; Advocacia judicial e extrajudicial de todo o executivo fiscal do município; Advocacia preventiva na sede administrativa, secretarias e setores do contratante; Consultas e pareceres verbais ou escritos; Advocacia extrajudicial em contratos, licitações, compromissos, estatutos, atas, discussão e acompanhamento de negociações de natureza obrigacional com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas de qualuqer natureza; Promoção anual de palestras de esclarecimento e conscientização das rotinas legais ao Chefe do Executivo, Secretários, Diretores, Chefes de Setores e demais servidores; Atuação em cartórios e tabelionatos".
>
> "**CLÁUSULA TERCEIRA**
>
> Os serviços descritos na cláusula primeira versarão a todos os ramos do Direito, inclusive os previstos na cláusula nona"

Pelo que se vê, os serviços contratados pelo Município de Itapoá eram rotineiros, triviais, de caráter genérico, comuns ao dia a dia de qualquer procuradoria jurídica municipal. Sem tirar o mérito do advogado Celso Correia Zimath, pode-se afirmar que tais serviços poderiam ser executados

por qualquer advogado de qualificação média, mesmo não dispondo de notório saber jurídico nas áreas de direito público e privado.

Como esses serviços não têm a característica de singularidade, entendo que o Município de Itapoá não estava autorizado a contratá-los sem prévia exigência de certame licitatório.

Na hipótese em apreço, outro requisito que seria imprescindível para tornar a licitação inexigível seria a notória especialização do profissional a ser contratado.

De partida, insta sublinhar que o contrato em questão previa a prestação dos serviços advocatícios em todos os ramos possíveis do Direito (vide cláusula terceira). Por aí já se percebe que o Município de Itapoá jamais conseguiria encontrar um especialista para executar os serviços contratados, até porque, por mais qualificação que o profissional possua, é impossível que ele seja *expert* em todas as áreas abrangidas pela ciência do Direito.

Mesmo se partíssemos da premissa que o ramo de atuação do contrato estaria limitado ao Direito Público, ainda assim não se poderia considerar o réu Celso como um especialista na área.

Examinando o currículo do referido réu (fls. 228/229), percebo que ele não possui pós-graduação, mestrado ou doutorado em Direito Público.

Além disso, verifico que o referido réu nunca ocupou cadeira de professor em disciplinas intimamente ligadas ao ramo do Direito em comento.

Compulsando os autos, observo ainda que o réu Celso não juntou cópia de trabalhos relevantes, artigos científicos, ou livros, de sua autoria, vinculados ao Direito Público.

Portanto, embora o currículo do causídico Celso seja respeitável, não se pode dizer que ele tem notória especialização na área de Direito Público.

Sua experiência anterior no cargo de Procurador Jurídico do Município de Itapoá não lhe confere a credencial de especialista, pois existem inúmeros advogados no Estado de Santa Catarina com a mesma experiência, que já ocuparam cargo de Procurador Jurídico Municipal, e nem por isso podem ser considerados como peritos em Direito Público.

Só aqui em Itapoá, que é um município de pequeno porte, jovem (foi fundado em 1989), onde provavelmente não existem mais de 25 advogados com atuação freqüente nas lides forenses, já figuraram como Procurador Jurídico Municipal, desenvolvendo as atividades inerentes ao cargo de forma inquestionavelmente competente, os seguintes causídicos: Acir Macedo, Kelly Regina da Silva Braga, Izaque Goes, Francisco Xavier Soares, Marta Regina Bedin e Marlon Roberto Neuber.

Diante deste cenário, estou convicto de que a contratação direta do advogado Celso Correia Zimath, para prestar serviços jurídicos ao Município de Itapoá, ocorreu de forma totalmente ilegal, quando não estavam presentes os requisitos autorizadores da inexigibilidade de licitação.

Em caso análogo, assim decidiu o STJ:

> "RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO PARA REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS, MAS NÃO SINGULARES. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. LICITAÇÃO. DISPENSA.
>
> 1. Os serviços descritos no art. 13 da Lei 8.666/93, para que sejam contratados sem licitação, devem ter natureza singular e ser prestados por profisisonal notoriamente especializado, cuja escolha está adstrita à discricionariedade administrativa".
>
> 2. Estando comprovado que os serviços jurídicos de que necessita o ente público são importantes, mas não apresentam singularida-

> de, porque afetos à ramo do direito bastante disseminado entre os profissionais da área, e não demonstrada a notoriedade dos advogados – em relação aos diversos outros, também notórios, e com a mesma especialidade – que compõem o escritório de advocacia contratado, decorre ilegal a contratação que tenha prescindido da respectiva licitação.
>
> 3. Recurso especial não provido" **(STJ, REsp 436.869/SP, rel. Min. João Otávio Noronha, j. em 06.12.2005).**

Na mesma linha segue a jurisprudência do TJSC:

> "A contratação de advogado sem licitação somente se justifica quando em razão da alta complexidade do serviço a ser executado impõe-se a escolha de profissional de alto nível e notória especialização. Não preenche os requisitos definidos na Lei 8.666/93 (arts. 25, II, §2º, e 13) a contratação de escritório de advocacia para o ajuizamento de execuções fiscais" **(TJSC, Ação Civil Pública nº 2004.001338-8, de Tijucas, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 12.04.2005).**

A nulidade do contrato em tela aparece de forma ainda mais reluzente quando se verifica a existência, no quadro funcional do município, do cargo comissionado de Procurador Jurídico, criado pela Lei Municipal nº 61/97 (fl. 116).

Ora, se havia dentro do organograma funcional da prefeitura um cargo vago, de livre nomeação, especialmente destinado à representação do município em litígios judiciais e extrajudicias e à consultoria na área administrativa, não havia sentido em terceirizar tais serviços, mediante a contratação direta de um advogado.

Ao assim proceder, o réu Sérgio Ferreira de Aguiar vilipendiou o art. 37, inciso II, da CF/88, o qual estabelece, como regra geral para a pessoa poder prestar serviços ao Estado, a prévia investidura em cargo mediante concurso público, ou nomeação para cargo em comissão.

Não posso aceitar as explicações dadas pelos réus de que o contrato em pauta teria sido celebrado dentro de uma situação emergencial, anômala, de excesso de serviço, para suprir a falta de advogados no quadro da prefeitura. O simples fato do instrumento de fls. 28/31 ter sido celebrado com prazo certo de duração de quatro anos coloca uma pá de cal sobre tais explicações.

Seguindo nesta linha de raciocínio, estou em reconhecer a nulidade do contrato de prestação de serviços acostado às fls. 28/31, porque celebrado ao arrepio do disposto no art. 37, incisos II e XXI, da CF/88 e art. 2º da Lei 8.666/93.

Quebra dos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade – Prejuízo ao erário comprovado – Atos de improbidade administrativa caracterizados

No caso dos autos, verifico que os réus, agindo em unidade de desígnios, acertaram a contratação direta de serviços advocatícios, dispensando indevidamente a realização de certame licitatório, tudo com o objetivo de favorecer o réu Celso Correia Zimath.

Isso caracteriza ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 10, *caput,* inciso VIII, da Lei 8.429/92, senão vejamos:

> "Art. 10. Constitui ato de improbidade administartiva que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:
>
> (...)
>
> VIII – frustar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;
>
> (...)".

E nem se diga aqui que os réus devem ser absolvidos, por não terem agido com dolo.

Ambos tinham pleno conhecimento da existência do cargo de Procurador Jurídico no quadro funcional do Município de Itapoá. Sabiam também que o cargo era de livre nomeação e que estava vago. Tinham ciência de que o réu Celso Correia Zimath não poderia ser nomeado para o citado cargo, porque, na época, exercia a função de Presidente da Subseção de Joinville da Ordem dos Advogados do Brasil (inteligência do art. 63, §2º, da Lei 8.906/94).

A partir daí, percebe-se que a contratação direta do réu Celso, sem prévia licitação, foi feita com o propósito claro e inequívoco de contornar o óbice legal que o impedia de assumir o cargo em comissão de Procurador Jurídico.

Houve, portanto, nítida quebra dos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade. A finalidade da contração não foi a de satisfazer o interesse público, mas sim a de burlar a lei e favorecer especificamente o advogado Celso Correia Zimath.

Importante frisar que esse ato de improbidade (contratação de serviços sem prévia licitação, com desprezo aos cargos existentes no organograma funcional do município) foi cometido em conjunto pelos réus gerou prejuízo ao erário.

Caso o réu Sérgio tivesse optado pelo caminho dentro da legalidade e nomeasse um causídico para o cargo de Procurador Jurídico, a remuneração bruta devida ao profissional seria a de R$ 3.850,00 (fl. 177), valor esse inferior aos honorários fixos de R$ 4.180,00 ajustados no contrato de prestação de serviços de fls. 28/31.

Como bem destacado pelo Promotor de Justiça, Dr. Rodrigo Cunha Amorim,

> "(...) não merece amparo a tese contestatória de que os R$ 4.180,00 de honorários, uma vez descontados os tributos legais, implicaria remuneração inferior ao cargo de Procurador Jurídico ao réu CELSO ZIMATH. A matéria não deve ser tratada sob o ângulo de percepção do causídico, mas sim dos valores gastos pela administração pública. O valor bruto pago pela administração de salário mensal ao procurador jurídico é o de R$ 3.850,00, nada mais. Os tributos, por evidente, são descontados deste valor. Por outro lado, o valor dispendido pela administração para o pagamento mensal do malfadado contrato é de R$ 4.180,00, em patamar mensal de R$ 330,00 superior ao valor gasto com o salário de Procurador Jurídico". (fl. 646).

Por esses motivos, estou dando os réus como incursos no art. 10, *caput,* inciso VIII, da Lei 8.429/92.

Não posso ignorar, por outro lado, a pactuação de cláusula no instrumento de fls. 28/31, na qual o advogado Celso Correia Zimath compromete-se a prestar serviços de consultoria jurídica de forma gratuita ao chefe do executivo, secretários, diretores e serventuários, bem como a conferir um desconto especial de 20% em seus honorários, caso o problema requeira solução judicial (cláusula nona).

A simples pactuação desta cláusula fere de morte os princípios da legalidade, moralidade e finalidade, na medida em que visa a atender interesses pessoais de integrantes da administratação pública, inclusive do Prefeito Municipal, concedendo a estes vantagens, às custas do erário.

Como não há prova de que tal cláusula tenha sido colocada em ação, não se pode dizer que houve enriquecimento ilícito dos réus ou prejuízo aos cofres públicos. Nem por isso, entretanto, o ato de improbidade deixou de restar caracterizado. O fato da cláusula em foco atentar contra os princípios da administração pública já serve para caracterizar o ato de improbidade, nos termos do art. 11, *caput,* e inciso I, da Lei 8.429/92, cuja redação diz o seguinte:

> "Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: (...)"
>
> I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento, ou diverso daquele previsto, na regra de competência;
>
> (...)".

Considerando que Sérgio e Celso agiram em conluio ao pactuar a cláusula, ambos concordando com sua redação, entendo que os dois devem ser dados como incursos no art. 11, *caput,* e inciso I, da Lei 8.429/92.

Para arrematar, faço questão de frisar que o fato de Celso não poder ser classificado como agente público não impede que ele sofra as sanções previstas para atos de improbidade administrativa.

É o que se infere do art. 3º da Lei 8.429/92:

> "Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta".

Aplicação das penas – Inteligência do art. 12 da Lei 8.429/92 – Possibilidade de aplicação não cumulativa das sanções previstas – Observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade

Caracterizados os atos de improbidade, resta averiguar as sanções que devem ser aplicadas aos réus.

Inicio transcrevendo o art. 12 da Lei 8.429/92:

> "Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:
>
> "I - na hipótese do art. 9°, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de

> oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;
>
> "II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;
>
> "III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.
>
> "Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente"

Interpretando o dispositivo legal acima citado, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que as sanções ali estabelecidas não precisam ser aplicadas necessariamente de forma cumulativa **(STJ, REsp 505.068/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. em 09.09.2003 e STJ, REsp 534.575, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 09.12.03)**.

No momento da dosimetria, cabe ao juiz analisar os detalhes que circundam o caso concreto e, levando em conta os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, aplicar as sanções que melhor se amoldam à hipótese sob estudo **(STJ, REsp 439.280, rel. Min. Luiz Fux, j. em 01.04.03)**.

Pois bem. *In casu,* verifico que a lesão ao erário foi de pequena monta. Foram efetuados 10 pagamentos mensais ao réu Celso, todos no valor de R$ 4.180,00, e mais um pagamento fracionado, consistente em 23,33% do valor do contrato (fls. 377/378). Assim, procedendo aos cálculos pertinentes, tomando por base o salário de R$ 3.850,00 percebido pelo ocupante do cargo de Procurador Jurídico, chego à conclusão que a administração desembolsou R$ 3.406,99 a mais do que teria desembolsado se tivesse contratado alguém legalmente para exercer o citado cargo.

Quanto aos honorários de sucumbência percebidos pelo advogado Celso Zimath durante a vigência do contrato, entendo que estes não podem entrar no cálculo do prejuízo. É que, se o réu Sérgio tivesse optado por nomear um Procurador Jurídico, os honorários de sucumbência teriam sido repassados ao profissional escalado para a função, da mesma maneira que aconteceu com o réu Celso, por força do disposto na Lei Municipal nº 142/2002 (fls. 126/127).

Justo, portanto, que a sanção a ser imposta aos réus, de ressarcimento aos cofres públicos, seja limitada à devolução do prejuízo gerado ao erário com a contratação irregular, calculado no valor de R$ 3.406,99. Evidente que esse valor deverá ser devolvido corrigido monetariamente pelo INPC e acrescido de juros de mora de 1% ao mês desde cada desembolso feito pela prefeitura em favor do réu Celso.

Não posso dar guarida à tese do Ministério Público no sentido de determinar a devolução de 40% de todo o valor auferido pelo advogado Celso durante a vigência do contrato. Como os serviços advocatícios foram regularmente desempenhados pelo referido causídico, com grau de eficiência inquestionável, tal medida acarretaria o enriquecimento sem causa do município.

Destaco que o precedente citado pelo Ministério Público **- STJ, REsp 861.566/GO, rel. Min. Luiz Fux, j. em 25.03.2008 -** para fundamentar

a tese de devolução de 40%, na realidade, navega em direção diametralmente oposta. Ali o Ministro Luiz Fux, na condição de relator, afastou a condenação do advogado irregularmente contratado à devolução de 40% dos honorários percebidos, entendendo que se tal sanção persistisse estaria havendo um enriquecimento injusto do ente público.

Lembro, ainda, a existência de precedente oriundo do Superior Tribunal de Justiça, no qual a sanção imposta foi justamente a condenação dos réus à devolução da diferença salarial existente entre o recebido pelo procurador municipal e o novel advogado contratado. Veja-se:

> "ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO COM FUNÇÕES DE PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO. LICITAÇÃO. DESOBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE.
>
> 1. Contratação do ex-Procurador Geral, vencedor do certame. Transmudação do cargo de Procurador Geral em advogado de confiança no afã de permitir ao profissional o exercício simultâneo da função pública e do munus privado da advocacia.
>
> 2. O princípio da impessoalidade obsta que critérios subjetivos ou anti-isonômico influam na escolha dos exercentes dos cargos públicos; máxime porque dispõem os órgãos da Administração, via de regra, dos denominados cargos de confiança, de preenchimento insindicável.
>
> 3. A impessoalidade opera-se pro populo, impedindo discriminações, e contra o administrador, ao vedar-lhe a contratação dirigida intuito personae.
>
> 4. Distinção salarial entre o recebido pelo assessor jurídico da municipalidade e o novel advogado contratado. Condenação na restituição da diferença, considerando o efetivo trabalho prestado pelo requerente. Justiça da decisão que aferiu com exatidão a ilegalidade e a lesividade do ato.
>
> 5. Coisa Julgada. Os motivos encartados na decisão do julgamento do prefeito são inextensíveis ao beneficiário do ato por força das regras que regulam os limites objetivos e subjetivos da coisa

julgada. (artigos 469 e 472 do CPC).

6. Recurso conhecido quanto à violação dos artigos 61, parágrafo único, e 54, §1º, da Lei 8.666/93; 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, 458, II e III, do CPC; e 1.525 do Código Civil, inadmitido quanto à pretensão de revolvimento dos elementos probatórios e integralmente desprovido" **(STJ, REsp 403.981/RO, rel. Min. Luiz Fux, j. em 01.10.2002)**.

Tendo em conta o valor relativamente modesto do prejuízo experimentado pela administração pública, sem perder de vista a inexistência de pretéritas condutas ímprobas por parte dos réus, vislumbrando ainda a repercussão tímida que os fatos tiveram no meio social, entendo não ser o caso de aplicação aos réus de sanções mais gravosas, como a perda de direitos políticos ou de função pública.

A par da obrigação de reparar o dano, parece-me suficiente a aplicação de apenas mais uma sanção aos réus, consistente no pagamento de multa cível, quantificada em duas vezes o valor integral do prejuízo experimentado pela administração pública.

Em caso semelhante, essa foi a solução adotada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Refiro-me à Ação Civil Pública nº2004.001338-8, relatada com brilho ímpar pelo Des. Luiz Cézar Medeiros. No bojo dos referidos autos, após reconhecer a contratação irregular de advogado pelo Município de Tijucas, o Tribunal Catarinense condenou o prefeito e os advogados contratados a ressarcir o prejuízo experimentado pelo ente municipal, bem como ao pagamento de multa cível, no importe equivalente a duas vezes o valor do dano.

III – DISPOSITIVO

Com essas considerações, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pedidos formulados nesta **AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA** movida pelo **MINIS-**

TÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA contra **SÉRGIO FERREIRA DE AGUIAR** e **CELSO CORREIA ZIMATH,** para:

(A) DECLARAR, como atos de improbidade administrativa, praticados pelos réus, a contratação de fls. 28/31 e a pactuação da cláusula nona, reconhecendo a nulidade do citado instrumento contratual;

(B) CONDENAR os réus, solidariamente, a ressarcir o prejuízo causado ao Município de Itapoá, no valor de R$ 3.406,99 (três mil quatrocentos e seis reais e noventa e nove centavos), devendo este valor ser corrigido monetariamente pelo INPC e acrescido de juros de mora de 1% ao mês desde cada desembolso feito pelo ente público em favor do réu Celso Correia Zimath;

(C) CONDENAR, cada um dos réus, ao pagamento de multa cível, em favor do Município de Itapoá, no patamar equivalente a duas vezes o valor do prejuízo total (valor do dano + correção + juros) causado ao erário municipal.

Condeno ainda os réus ao pagamento de 50% das custas processuais.

Sem honorários **(STJ, REsp 493.823/DF, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 09.12.2003).**

P.R.I.

Itapoá (SC), 13 de março de 2009.

André Augusto Messias Fonseca
JUIZ DE DIREITO

COMARCA DE JOINVILLE

Autos nº 038.07.010401-5

Vistos etc.

JUCELEI DINKOSKI, brasileiro, casado, gerente, residente e domiciliado na rua Prudente de Moraes, nº 970, casa 2, em Joinville – SC, ajuizou ***AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS MORAIS e MATERIAIS*** contra **MOTOR PLACE COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, estabelecida na avenida Santos Dumont, nº 1.355, bairro Santo Antônio, em Joinville, alegando ter adquirido da ré o auto "Ford/EcoSport XLT 1.6", placas MDN – 3262, ano modelo 2004, que registrava, no hodômetro, 39.600 quilômetros rodados, sendo oferecido para venda como veículo semi-novo.

Atraído pelo fato de o automóvel ter baixa quilometragem, acabou fechando negócio em 27.10.2006. Acontece que, ao levar o carro para fazer a revisão recomendada pela fábrica, aos 40.000 quilômetros, na autorizada da marca Ford, em Joinville, descobriu, pelo sistema interligado, que o veículo já deveria ter rodado em torno de 133.000 quilômetros. Incrédulo, recebeu das mãos do atendente todo o histórico de revisões anteriores no mesmo automóvel, sendo que a última havia sido feita aos 92.395 quilômetros, em 15.09.2005.

Dizendo-se enganado pela adulteração da quilometragem registrada no painel e explicando que o valor do carro deprecia consideravelmente quando já estiver muito rodado pelo próprio desgaste decorrente da utilização excessiva, invocando disposições do Código de Defesa do Consumidor, requereu o ressarcimento dos danos materiais decorrentes da depreciação, bem como a condenação da acionada no pagamento de indenização por danos morais, no importe de R$ 12.000,00. Pediu também

a condenação da ré a suportar os ônus sucumbenciais. Valorou a causa e encartou documentos (fls. 12/35).

Formalizada a relação compositiva da lide com a citação válida, a ré apresentou resposta na forma de contestação (fls. 41/47), arguindo, em preliminar, ilegitimidade passiva ***ad causam*** porque não praticou qualquer expediente ilícito para incrementar as chances de revenda do veículo. Afirmando inexistir dano moral a ser indenizado, requereu a declaração de improcedência do reclamo inicial.

Por ocasião da audiência de instrução e julgamento, dispensados os depoimentos pessoais, as partes pelejaram o julgamento conforme o estado do processo.

Os autos vieram-me conclusos para análise.

Esse é o relatório.

D E C I D O.

A distorção entre a realidade da utilização do carro desde que saiu da loja, "0 km", e o que informava o hodômetro é irrecusável, perceptível pela análise conjunta do documento de fls. 21 (nota especificada da revisão do auto "EcoSport" aos 92.395km, em setembro de 2005) e o certificado de garantia de veículo usado que a ré emitiu em 27.10.2006, no qual se registrou que o carro havia rodado apenas 39.600 quilômetros (fls. 14).

É consabido que o vendedor assume a responsabilidade de suportar eventuais vícios ou danos originados das relações de consumo, ainda que não tenha dado causa ao ato lesivo (TJSC – Ap. Cível nº 99.016112-9, de Blumenau, Primeira Câmara de Direito Civil, rel. Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO, j. em 27.08.2002), nem dele tivesse conhecimento (TJSC – Apelação Cível nº 2006.009072-2, da Capital,

Quarta Câmara de Direito Civil, rel. Des. MONTEIRO ROCHA, j. em 26.06.2008). Daí porque não se há falar em ilegitimidade passiva da ré.

"**Diferentemente do que ocorre com a garantia legal contra vícios de adequação, cujos prazos de reclamação estão contidos no art. 26 do CDC, a lei não estabelece prazo de reclamação para a garantia contratual. Nessas condições, uma interpretação teleológica e sistemática do CDC permite integrar analogicamente a regra relativa à garantia contratual, estendendo-lhe os prazos de reclamação atinentes à garantia legal, ou seja, a partir do término da garantia contratual, o consumidor terá 30 (bens não duráveis) ou 90 (bens duráveis) dias para reclamar por vícios de adequação surgidos no decorrer do período desta garantia**" (STJ – Recurso Especial nº 967.623/RJ, Terceira Turma, unânime, relª. Minª. NANCY ANDRIGHI, j. em 14.06.2009). No caso dos autos, a aquisição do automóvel deu-se em 27.10.2006 (contrato – fls. 14), momento em que a fornecedora conferiu garantia de 90 dias ou 3.000km (o que ocorresse primeiro) de funcionamento do motor, caixa de câmbio e diferencial do veículo negociado. Como não há prova de que os 3.000km deram-se antes dos 90 dias, a noventena contratual deve ser acrescida da legal. Operado o cálculo aritmético, o último dia para o consumidor reclamar pelos vícios aparentes (CDC, art. 26, II) caducaria em 25.04.2007. Mas o consumidor não tardou para buscar o reconhecimento do seu direito ao propor a ação em 28.03.2007 (fls. 02), ou seja, antes do término do prazo decadencial.

A informação errônea sobre característica essencial do veículo demonstra que o fornecedor desprezou o princípio consumerista da transparência, já que era seu dever prestar informação completa e exata sobre o produto vendido ao consumidor, sob pena de responder por falha da informação. O fato de o consumidor não ter sido prévia e devidamente cientificado de que o veículo que adquiriu teve o medidor de distância em quilometragem adulterado foi decisivo para criar a expectativa legítima e

razoável (princípio da confiança) de que o desgaste, pelo uso, era bem menor do que o real, fator crucial, segundo pude compreender, para que vingasse o negócio entre as partes.

Optou o autor por requerer a condenação da ré no abatimento do preço do produto (é a ação ***quanti minoris*** dos civilistas), o que consiste num direito seu (CDC, art. 18, § 1º, III). Como no procedimento do Juizado Especial não é possível prolatar-se sentenças ilíquidas (art. 38, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95), penso razoável deduzir-se, do valor praticado no negócio sacramentado entre as partes, o correspondente a 20%. Esta depreciação deve compensar o desinteresse que alguém pudesse ter na compra de um veículo já bastante rodado e, noutro viés, até servir de incentivo para que se passe a ver com bons olhos uma compra como essa, até porque os valores praticados em negócios envolvendo veículos usados é, como regra, regido por preços médios tabelados (FIPE, por exemplo).

A ducha de água fria que o autor – confiante ao adquirir o produto porque satisfeitos os requisitos da informação e da qualidade – recebeu ao constatar que o EcoSport já havia rodado mais de três vezes a quilometragem que ele imaginava que tivesse percorrido (40.000 quilômetros) e que foi o que lhe atraiu para apertar as mãos do vendedor ao sinalizar a concretização da compra consiste em algo bem mais intenso do que simples aborrecimento do cotidiano. Consiste num misto de frustração e revolta contra aquele que deu de ombros aos seus direitos como consumidor, com influência direta na psique do indivíduo que se vê às voltas com isso. De uma hora para outra, o entusiasmo refletido pela compra dum acalentado automóvel se esvazia de pronto. O que era alegria passou a ser encarado como estorvo. O que era visto como um negócio interessante passou à condição de mico.

Como a indenização por danos morais deve prestar-se a servir tanto de compensação para o lesado quanto de reprimenda ao causador

do dano, tem-se, de um lado, o empolgado Jucelei, que já não vê o seu EcoSport com o mesmo brilho nos olhos de outrora, e, de outro, a ré, concessionária de automóveis novos e que também comercializa veículos seminovos, irradiando credibilidade em seus negócios, inclusive por ser uma concessionária autorizada da rede Chevrolet. Partindo-se da premissa de que não foi nenhum dos seus funcionários que "rejuveneceu" o já tão rodado EcoSport, ao menos deveria ter mais cuidado ao examinar os veículos usados que recebe com o propósito de revender. O desgaste pelo uso deixa sinais visíveis, principalmente para peritos bem treinados como certamente a ré mantém em seu quadro funcional. Se não enxergou isso foi porque não quis. Nesta perspectiva, hei por bem quantificar os danos morais em prol do autor em R$ 5.000,00, que, sem implicar em ganho demasiado ao prejudicado, deve servir a incutir nos gestores da ré o estímulo para rever a sua forma de atuação junto ao seu público consumidor.

À vista do exposto, **JULGO PROCEDENTE** o pedido formulado na ***AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS MORAIS e MATERIAIS*** proposta por **JUCELEI DINKOSKI** contra **MOTOR PLACE COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA**, condenando a ré a pagar ao autor o equivalente a 20% do valor negociado pela compra do auto "Ford/ EcoSport". O valor deverá ser apurado mediante simples cálculo e deverá ser corrigido monetariamente da data em que ocorreu o pagamento do automóvel, com incidência de juros de mora, a contar da citação, à taxa de 1% ao mês.

Condeno a ré, ainda, no pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$ 5.000,00, atualizado a partir da data desta sentença e acrescido de juros de mora a partir da citação (TJSC – Apelação Cível nº 2002.026887-4, de Brusque, Segunda Câmara de Direito Civil, rel. Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN, j. em 12.04.2007; Segunda Turma de Recursos – Ap. Cível nº 2008.200756-7, de Blumenau, unânime, rel. Juiz ROBERTO LEPPER, j. em 16.12.2008).

Em primeiro grau de jurisdição, incabível é a condenação do vencido a suportar o pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios (art. 55, ***caput***, da Lei nº 9.099/95).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Joinville, 26 de novembro de 2009

ROBERTO LEPPER
JUIZ DE DIREITO

Autos nº 038.07.037868-9

Vistos etc.

FERNANDA DROLSHAGEN GUIRGUIS, brasileira, solteira, estudante, residente e domiciliada na rua Gerard Ravache, nº 180, bairro Bom Retiro, em Joinville – SC, propôs ***AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS*** contra **ARTUR LUIZ SANTOS**, brasileiro, casado, administrador, residente e domiciliado na rua Alexandre Schlemm, nº 753, bairro Anita Garibaldi, em Joinville, e também contra **ONADIR ONOFRE BOGO**, brasileiro, solteiro, empresário, residente e domiciliado na rua Coronel Santiago, nº 859, bairro Anita Garilbadi, em Joinville, alegando, em síntese, que no dia 24.12.2006, por volta das 19:00 horas, conduzia seu veículo "GM/Corsa", placas MAN – 2302, pela BR-101, sentido sul/norte, quando solicitou passagem ao réu Artur, condutor do veículo "Volvo/S40", placas MEG – 0550, de propriedade do réu Onadir, o que não foi atendido pelo condutor do automóvel. Por isso, efetuou a ultrapassagem pela direita, gesticulando para que Artur dirigisse seu automóvel pela pista da direita porque estava transitando devagar demais por aquele lado da rodovia.

Inconformado com sua atitude, o primeiro acionado passou a persegui-la, inclusive acionando a luz alta para atrapalhar sua visão. Informou ainda que, quando foi alcançada pelo Volvo, teve sua trajetória interceptada e o seu carro arremessado em direção a um poste. Disse que, na tentativa de fugir de Artur, entrou no pátio da indústria Cia. Hansen, local em que foi violentamente agredida, inclusive na cabeça, com golpes que partiram dele. Em decorrência das agressões, teve escoriações pelo corpo, edema facial e fratura nasal. Pelejou a condenação dos réus a indenizarem os danos morais sofridos em razão do ocorrido, pelo valor correspondente a 40 salários mínimos. Requereu a concessão da Assistência Judiciária Gratuita a seu favor e anexou documentos (fls. 06/44).

Frustrada a conciliação, o réu Onadir apresentou contestação (fls. 60/63), arguindo, em preliminar, carência da ação, por ilegitimidade passiva ***ad causam***, alegando que é apenas sócio da pessoa jurídica proprietária do Volvo, cujo veículo estava na posse do réu Artur quando os fatos descritos na inicial teriam ocorrido. Afirmou que não pode ser responsabilizado pelas atitudes de Artur, dono do seu livre arbítrio, negando tê-lo ordenado a machucar a autora. Seguiu ponderando que a responsabilidade pelos atos da vida privada de Artur não lhe compete e que o veículo Volvo, de propriedade da pessoa jurídica Forza Química Ltda, da qual é sócio, não se envolveu em qualquer acidente que pudesse atribuir àquela responsabilidade por eventuais danos causados a terceiros. Requereu o acolhimento da preliminar e, no mais, a declaração de improcedência do pedido formulado na inicial.

Às fls. 80 foi reconhecida a revelia do réu Artur.

Apesar de autorizada a produção de prova oral, as partes não se valeram disso para emplacar o que disseram ao longo da fase postulatória do processo (fls. 85).

Esse é, em síntese, o relatório.

D E C I D O.

1. Como o pedido indenizatório está circunscrito ao que aconteceu apenas entre a autora e o réu Artur Luiz Santos, não há razão jurídica que justifique Onadir Onofre Bogo permanecer no pólo passivo desta demanda apenas porque ele era o proprietário (ou sócio da pessoa jurídica proprietária) do veículo que Artur guiava pouco antes de golpear Fernanda. Destarte, acolhendo a preliminar de carência de ação por ilegitimidade passiva invocada por Onadir O. Bogo, excluo-o da relação processual (CPC, art. 267, inc. VI).

2. É velho o jargão popular de que contra fatos não há argumentos. Talvez por isso Artur deixou de comparecer à audiência conciliatória, nem apresentou resposta como foi instado a fazer, sujeitando-se, assim, aos efeitos da revelia (CPC, art. 319; Lei nº 9.099/95, art. 20).

Lendo os termos em que consta o relato das partes e da testemunha Joe Marcos Francisco, tudo emprestado do inquérito policial (fls. 12, fls. 23/24 e fls. 29), confesso que fiquei estupefato. Quanto mais aprendo com o cotidiano forense, mais compreendo que o ser humano é capaz de protagonizar situações que a própria razão desconhece.

A autora não esconde ter ficado irritada pelo fato de o réu estar transitando em baixa velocidade, pela pista da direita, na movimentadíssima BR-101. Porque o requerido não desviou para a pista da direita como queria que ele fizesse ao sinalizar acionando o pisca esquerdo do seu carro, a autora, afoita e impaciente, transpôs pela pista da direita o carro que seguia à sua vanguada. Contudo, não se conteve e gesticulou para o réu dando conta da sua indignação. Foi aí que a apressada motorista soltou a fera que estava hibernando no subconsciente do réu, que passou a segui-la numa das principais vias de acesso a Joinville, onde a autora havia adentrado rumo ao centro. No trajeto, foi xingada por Artur e também pela mulher dele, que também estava no carro, tudo sob o olhar do filho deste mesmo casal, cuja criança estava acomodada no banco traseiro do Volvo. Mas a confusão não parou por aí. A autora, em dado momento, teve o seu carro fechado por aquele dirigido pelo réu e, neste momento, compreendeu que o caldo havia entornado para o seu lado.

Temerosa, a autora procurou refúgio no estacionamento da Cia. Hansen, na rua Ottokar Doerffel, na esperança de que o ensandecido condutor do Volvo seguisse seu rumo. Contudo, ao perceber que sua estratégia não havia dado certo, mais do que depressa Fernanda passou a mão no seu celular para pedir socorro ao pai. Neste meio tempo, Artur saiu do

carro que ele dirigia e foi ao encontro dela, passando a agredi-la verbal e fisicamente, com os punhos cerrados, atingido-lhe a face e a cabeça até ela ficar prostrada no solo. Por um breve instante, o agressor retornou ao carro de onde recém havia saído mas não tardou a se reaproximar da autora e, mais uma vez, sob o olhar da mulher e do filho que aguardavam no carro, voltou a espancá-la. Desta vez o alvo das investidas foi o rosto da moça. Depois disso, o autor entrou no S40 e deixou o local.

Por mais que pudesse ter ficado irritado com a conduta da autora ao censurar-lhe por sua conduta no trânsito, nada disso justifica a barbárie protagonizada por ele e assistida por Joe Marcos Francisco (fls. 28), que estava defronte à sua casa, no outro lado da rua onde está localizado o estacionamento da Cia. Hansen, e foi quem acabou acionando a equipe de segurança da empresa para ir em socorro da mulher escorraçada por aquele que acabou sendo posteriormente identificado como sendo o administrador Artur Luiz Santos.

Em decorrência de tantos golpes que recebeu dele, a autora, além de apresentar muitos edemas na cabeça, chegou a sofrer fratura nos ossos do nariz, o que a incapacitou para o trabalho por mais de um mês (laudo pericial de fls. 18). Tamanha foi a força dos golpes que gotas o sangue dela foram parar na lataria e para-brisa do Corsa, conforme aparece nas fotos de fls. 53/54.

Embora o episódio não tenha resultado sequelas físicas à autora, a angústia e o padecimento sofrido por ela, tanto durante as agressões quanto no período de recuperação do trauma físico e psicológico, justificam a condenação do agressor no pagamento de indenização por danos morais. É que "**tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não**

há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral" (YUSSEF SAID CAHALI, "Dano Moral", 2ª ed., RT, 2000, págs. 20/21). Neste contexto, "**o dano moral caracteriza-se sempre que houver 'ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada um, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida e à integridade corporal' (Wilson Melo da Silva)**" (TJSC – Ap. Cível nº 2000.019923-0, de São Bento do Sul, rel. Des. NEWTON TRISOTTO, j. em 31.03.2003).Tanto o prefalado documento médico quanto as fotografias de fls. 51/52 dão uma idéia da extensão das lesões que Fernanda sofreu fruto do destemperamento de Artur.

À giza de ilustração, reproduzo ementas de alguns julgados que focaram situação virtualmente idêntica a destes autos. Ei-los:

"**Agressão física excessiva pelo réu contra o autor e da qual decorreram lesões corporais graves descaracterizam a excludente da legítima defesa, nascendo a obrigação daquele de reparar os danos morais que este veio a sofrer**" (TJSC – Apelação Cível nº 2007.018746-8, de Rio do Oeste, Quarta Câmara de Direito Civil, rel. Des. MONTEIRO ROCHA, j. em 02.10.2008).

E mais:

"**Sendo incontroversa a agressão física praticada pelo requerido contra o autor e não comprovada a legalidade da conduta daquele, tem-se por ilícita a ofensa, dando azo à compensação pecuniária a título de danos morais, tendo em vista o sofrimento**

físico e psíquico, somado à humilhação e ao vexame a que foi submetido o demandante" (TJSC – Ap. Cível nº 2004.023658-1, de Araranguá, Primeira Câmara de Direito Civil, rel. Des. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR, j. em 08.06.2009; idem: TJRS – Apelação Cível nº 70010078061, de Porto Alegre, Sexta Câmara Cível, un., rel. Des. ARTUR ARNILDO LUDWIG, j. em 23.02.2005).

Enfim, "**é inegável o dano moral decorrente de agressão física, seja culposa ou dolosa, sendo a dor causada pela lesão suficiente para a existência do dano moral**" (TJSC – Apelação Cível nº 2006.007236-0, de Blumenau, Terceira Câmara de Direito Civil, rel. Des. FERNANDO CARIONI, j. em 20.07.2006).

Para estimar a indenização reclamada pela autora, devem ser realçadas, a meu ver, as consequências danosas geradas para ela e o grau de reprovabilidade do comportamento do agressor. Quanto àquelas pouco há para ser dito além do que já foi anteriormente mencionado. Por causa das lesões que sofreu, a requerente, além de ter sofrido temporária depreciação da sua qualidade de vida com a privação no desempenho das suas atividades do dia a dia e, é claro, do padecimento decorrente do corpo machucado, viveu momentos de intensa angústia enquanto permaneceu refém das investidas do réu. Deve ter temido pela morte. E não é para menos. Por causa de algo tão banal como o aceno descortês que a autora dirigiu ao réu por causa de um mero desentendimento no trânsito – que, se não deveria ter sido ignorado, no máximo mereceria ser revidado tal e qual –, a situação descambou para algo inimaginável. Estou certo de que o réu só não executou a autora, a queima-roupa, porque não tinha ao alcance das mãos uma arma branca ou de fogo. O frívolo motivo o deixou transtornado, fora de si. E é por isso que a indenização por danos morais, aqui, não só deve compensar o mal infligido à autora, mas servir de refreio à impulsão desmedida do réu, que, pelo bolso, deverá ser instigado a repensar a sua forma

de conduzir-se na vida, evitando repetir algo tão ignóbil como o que protagonizou sob o olhar do filho a quem deveria dar o exemplo de pessoa civilizada. Assim, para que atenda ao binômio compensação/reprovação, penso que a indenização deve ser fixada pelo máximo em se tratando de demanda indenizatória que tramita sob a ritualística do Juizado Especial, ou seja, R$ 20.400,00, correspondente a atuais 40 salários mínimos (MP nº 474/2009, art. 1º, inc. I = R$ 510,00). Se a ação do réu fosse culposa, poder-se-ia dizer que a monta arbitrada neste patamar seria elevada, mas, no caso dos autos, em vista do dolo intenso do autor em ferir uma indefesa mulher, não há o quê mitigar.

Num apanhado geral, "**'o valor da indenização do dano moral deve ser arbitrado pelo juiz de maneira a servir, por um lado, de lenitivo para o abalo creditício sofrido pela pessoa lesada, sem importar a ela enriquecimento sem causa ou estímulo ao prejuízo suportado; e, por outro, deve desempenhar função pedagógica e séria reprimenda ao ofensor, a fim de evitar a recidiva' (AC n. 2000.016148-9, da Capital. Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. em 01/04/2004)**" (TJSC – Apelação Cível nº 2005.022607-0, de Campos Novos, Quarta Câmara de Direito Público, rel. Des. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA, j. em 17.04.2008).

Diante do exposto, reconhecendo a ilegitimidade passiva do réu **ONADIR ONOFRE BOGO**, extingo o processo em relação a ele (CPC, art. 267, inciso VI). Por outro lado, **JULGO PROCEDENTE** o pedido veiculado nesta ***AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS*** que **FERNANDA DROLSHAGEN GUIRGUIS** promove contra **ARTUR LUIZ SANTOS**, condenando o réu no pagamento de indenização por danos morais, que estabeleço em R$ 20.400,00, cujo valor deverá ser corrigido monetariamente pela variação do INPC/IBGE a partir da data desta sentença (STJ – Súmula nº 362), bem

como acrescido de juros moratórios à taxa de 1% ao mês desde a data do ato ilícito (24.12.2006).

Sem custas nem honorários (Lei nº 9.099/95, art. 55).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Joinville, 11 de fevereiro de 2010

Roberto Lepper
JUIZ DE DIREITO

RELAÇÃO DAS COMARCAS
DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Fórum da Comarca de Abelardo Luz
Av. Padre João Smedt, 1.667 — Centro
CEP: 89830-000 — Abelardo Luz
Telefone: (49) 3445-8100

Fórum da Comarca de Anchieta
Av. Anchieta, 722 — Centro
CEP: 89970-000 — Anchieta
Telefone: (49) 3653-3000

Fórum da Comarca de Anita Garibaldi
Rua Vidal Ramos Júnior, s/n — Centro
CEP: 88590-000 — Anita Garibaldi
Telefone: (49) 3543-5300

Fórum da Comarca de Araquari
Rua Antonio Ramos Alvim, 500 — Centro
CEP: 89245-000 — Araquari
Telefone: (47) 3447-7500

Fórum da Comarca de Araranguá
Rua Cel. João Fernandes, 195 — Centro
CEP: 88900-000 — Araranguá
Telefone: (48) 3521-6000

Fórum da Comarca de Armazém
Rua Antônio David Filet, s/n — Centro
CEP: 88740-000 — Armazém
Telefone: (48) 3645-4200

Fórum da Comarca de Ascurra
Rua Padre Simão Majcher, 65 — Centro
CEP: 89138-000 — Ascurra
Telefone: (47) 3383-3300

Fórum da Comarca de Balneário Camboriú
Av. das Flores, s/n — Bairro dos Estados
CEP: 88330-000 — Balneário Camboriú
Telefone: (47) 3261-1700

Fórum da Comarca de Barra Velha
Rua Vice-Prefeito José do Patrocínio de Oliveira, 1.003 — Centro
CEP: 88390-000 — Barra Velha
Telefone: (47) 3446-7500

Fórum da Comarca de Biguaçu
Rua Rio Branco, 29 — Centro
CEP: 88160-000 — Biguaçu
Telefone: (48) 3279-9200

Fórum da Comarca de Blumenau
Rua Elesbão Pinto, 620 — Bairro da Velha
CEP: 89036-200 — Blumenau
Telefone: (47) 3321-9200

Fórum da Comarca de Bom Retiro
Rua 14 de Janeiro, 165 — Centro
CEP: 88680-000 — Bom Retiro
Telefone: (49) 3277-3000

Fórum da Comarca de Braço do Norte
Rua Jorge Lacerda, s/n (Pça. Padre Roher) — Centro
CEP: 88750-000 — Braço do Norte
Telefone: (48) 3658-9200

Fórum da Comarca de Brusque
Praça das Bandeiras, s/n — Centro
CEP: 88350-051 — Brusque
Telefone: (47) 3251-1500

Fórum da Comarca de Caçador
Rua Conselheiro Mafra, 790 — Centro
CEP: 89500-000 — Caçador
Telefone: (49) 3561-2500

Fórum da Comarca de Camboriú
Rua Goiânia, 104 — Centro
CEP: 88340-000 — Camboriú
Telefone: (47) 3365-9300

Fórum da Comarca de Campo Belo do Sul
Rua Major Teodósio Furtado, 30 — Centro
CEP: 88580-000 — Campo Belo do Sul
Telefone: (49) 3249-3300

Fórum da Comarca de Campo Erê
Rua Maranhão, s/n — Centro
CEP: 89980-000 — Campo Erê
Telefone: (49) 3655-3500

Fórum da Comarca de Campos Novos
Praça Lauro Müller, 121 — Centro
CEP: 89620-000 — Campos Novos
Telefone: (49) 3541-6400

Fórum da Comarca de Canoinhas
Rua Vidal Ramos, 650 — Centro
CEP: 89460-000 — Canoinhas
Telefone: (47) 3621-5600

Fórum da Comarca de Capinzal
Rua Carmelo Zoccoli, 133 — Centro
CEP: 89665-000 — Capinzal
Telefone: (49) 3555-8000

Fórum da Comarca da Capital (Central)
Av. Governador Gustavo Richard, 434 — Centro
CEP: 88020-901 — Florianópolis
Telefone: (48) 3251-6500

Fórum Distrital do Norte da Ilha
Campus da UFSC – Av. Desembargador Vitor Lima, 183 – Fundos – Serrinha
CEP: 88040-400 — Florianópolis
Telefone: (48) 3331-3300

Fórum Distrital do Continente
Rua São José, 300 — Estreito
CEP: 88075-310 — Florianópolis
Telefone: (48) 3271-1900

Fórum da Comarca de Capivari de Baixo
Rua Engenheiro Márcio Portela, 36 — Centro
CEP: 88745-000 — Capivari de Baixo
Telefone: (48) 3621-4800

Fórum da Comarca de Catanduvas
Rua Felipe Schmidt, 1.435 — Centro
CEP: 89670-000 — Catanduvas
Telefone: (49) 3525-6400

Fórum da Comarca de Chapecó
Rua Augusta Müller Bohner, 300-D — Passo dos Fortes
CEP: 89805-900 — Chapecó
Telefone: (49) 3321-9400

Fórum da Comarca de Concórdia
Rua Dr. Maruri, 865 — Centro
CEP: 89700-000 — Concórdia
Telefone: (49) 3441-1500

Fórum da Comarca de Coronel Freitas
Rua Minas Gerais, 586 — Centro
CEP: 89840-000 — Coronel Freitas
Telefone: (49) 3347-3300

Fórum da Comarca de Correia Pinto
Rua Vitória Régia, 254 — Pro-Flor
CEP: 88535-000 — Correia Pinto
Telefone: (49) 3243-6300

Fórum da Comarca de Criciúma
Av. Santos Dumont, s/n — Milanesi
CEP: 88804-301 — Criciúma
Telefone: (48) 3431-5200

Fórum da Comarca de Cunha Porã
Rua Benjamin Constant, 832 — Centro
CEP: 89890-000 — Cunha Porã
Telefone: (49) 3646-3000

Fórum da Comarca de Curitibanos
Rua Antônio Rossa, 241 — Centro
CEP: 89520-000 — Curitibanos
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 Forquilhinha
Rodovia Antônio Valmor Canela, 106 — Santa Izabel
CEP: 88850-000 — Forquilhinha
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 — Saguaçu
CEP: 89201-900 — Joinville
Telefone: (47) 3461-8500

Fórum da Comarca de Lages
Rua Belisário Ramos, 3.650 — Centro
CEP: 88501-902 — Lages
Telefone: (49) 3221-3500

Fórum da Comarca de Laguna
Rua Arcângelo Bianchini, 69 — Centro
CEP: 88790-000 — Laguna
Telefone: (48) 3644-8300

Fórum da Comarca de Lauro Müller
Travessa 20 de Janeiro, s/n — Centro
CEP: 88880-000 — Lauro Müller
Telefone: (48) 3464-8600

Fórum da Comarca de Lebon Régis
Rua Valdir Ortigari, 45 — Centro
CEP: 89515-000 — Lebon Régis
Telefone: (49) 3247-6000

Fórum da Comarca de Mafra
Av. Cel. José Severiano Maia, 863 — Centro
CEP: 89300-000 — Mafra
Telefone: (47) 3641-4200

Fórum da Comarca de Maravilha
Av. Anita Garibaldi, 1.181 — Centro
CEP: 89874-000 — Maravilha
Telefone: (49) 3664-8800

Fórum da Comarca de Modelo
Rua Presidente Vargas, 20 — Centro
CEP: 89872-000 — Modelo
Telefone: (49) 3365-2500

Fórum da Comarca de Mondaí
Rua Aurora, 65 — Centro
CEP: 89893-000 — Mondaí
Telefone: (49) 3674-3000

Fórum da Comarca de Navegantes
Av. Prefeito José Juvenal Mafra, 498 — Centro
CEP: 88375-000 — Navegantes
Telefone: (47) 3342-9100

Fórum da Comarca de Orleans
Rua Rui Barbosa, 320 — Centro
CEP: 88870-000 — Orleans
Telefone: (48) 3466-6100

Fórum da Comarca de Otacílio Costa
Rua Clementino Zambonato, 119 — Centro
CEP: 88540-000 — Otacílio Costa
Telefone: (49) 3275-8000

Fórum da Comarca de Palhoça
Rua Cel. Bernardino Machado, 95 — Centro
CEP: 88130-220 — Palhoça
Telefone: (48) 3279-3300

Fórum da Comarca de Palmitos
Rua Padre Manoel da Nóbrega, s/n — Centro
CEP: 89887-000 — Palmitos
Telefone: (49) 3647-9400

Fórum da Comarca de Papanduva
Rua Simeão Alves de Almeida, 411 — Centro
CEP: 89370-000 — Papanduva
Telefone: (47) 3653-6000

Fórum da Comarca de Pinhalzinho
Av. Porto Alegre — Esq. com a Rua São Luiz, 735 — Centro
CEP: 89870-000 — Pinhalzinho
Telefone: (49) 3366-6100

Fórum da Comarca de Pomerode
Rua XV de Novembro, 700 — Centro
CEP: 89107-000 — Pomerode
Telefone: (47) 3387-7400

Fórum da Comarca de Piçarras
Av. Emanuel Pinto, 1.655 — Centro
CEP: 88380-000 — Piçarras
Telefone: (47) 3347-4000

Fórum da Comarca de Ponte Serrada
Rua 3 de Maio, 460 — Centro
CEP: 89683-000 — Ponte Serrada
Telefone: (49) 3435-6500

Fórum da Comarca de Porto Belo
Av. Gov. Celso Ramos, 2.890 — Centro
CEP: 88210-000 — Porto Belo
Telefone: (47) 3369-7100

Fórum da Comarca de Porto União
Rua Voluntários da Pátria, 365 — Centro
CEP: 89400-000 — Porto União
Telefone: (42) 3521-3700

Fórum da Comarca de Presidente Getúlio
Rua Kurt Hering, 14 — Centro
CEP: 89150-000 — Presidente Getúlio
Telefone: (47) 3352-5000

Fórum da Comarca de Quilombo
Rua Presidente Juscelino, 703 — Centro
CEP: 89850-000 — Quilombo
Telefone: (49) 3346-2000

Fórum da Comarca de Rio do Campo
Rua 29 de Dezembro, s/n — Centro
CEP: 89198-000 — Rio do Campo
Telefone: (47) 3564-8900

Fórum da Comarca de Rio do Oeste
Rua XV de Novembro, 1.570 — Centro
CEP: 89180-000 — Rio do Oeste
Telefone: (47) 3543-9300

Fórum da Comarca de Rio do Sul
Rua Dom Bosco, 820 — Jardim América
CEP: 89160-000 — Rio do Sul
Telefone: (47) 3531-4700

Fórum da Comarca de Rio Negrinho
Rua Carlos Hantschel, 425 — Bela Vista
CEP: 89295-000 — Rio Negrinho
Telefone: (47) 3641-1700

Fórum da Comarca de Santa Cecília
Rua XV de Novembro, s/n — Centro
CEP: 89540-000 — Santa Cecília
Telefone: (49) 3244-6500

Fórum da Comarca de Santa Rosa do Sul
Rua Raul José dos Santos, 120 — Centro
CEP: 89965-000 — Santa Rosa do Sul
Telefone: (48) 3534-8200

Fórum da Comarca de Santo Amaro da Imperatriz
Rua Frei Fidêncio Feldmann, 425 — Centro
CEP: 88140-000 — Santo Amaro da Imperatriz
Telefone: (48) 3245-4000

Fórum da Comarca de São Bento do Sul
Av. São Bento, 401 — Colonial
CEP: 89290-000 — São Bento do Sul
Telefone: (47) 3631-1900

Fórum da Comarca de São Carlos
Rua La Salle, 243 — Centro
CEP: 89885-000 — São Carlos
Telefone: (49) 3325-1000

Fórum da Comarca de São Domingos
Rua Major Azambuja, 138 — Centro
CEP: 89835-000 — São Domingos
Telefone: (49) 3443-6800

Fórum da Comarca de São Francisco do Sul
Rua Leôncio Pereira, 304 — Rocio Pequeno
CEP: 89240-000 — São Francisco do Sul
Telefone: (47) 3471-1500

Fórum da Comarca de São João Batista
Rua Otaviano Dadam, 201 — Centro
CEP: 88240-000 — São João Batista
Telefone: (48) 3265-6300

Fórum da Comarca de São Joaquim
Rua Domingos Martorano, 302 — Centro
CEP: 88600-000 — São Joaquim
Telefone: (49) 3233-6000

Fórum da Comarca de São José
Rua Domingos André Zannini, 380 — Barreiros
CEP: 88117-200 — São José
Telefone: (48) 3271-9600

Fórum da Comarca de São José do Cedro
Rua Padre Aurélio, 235 — Centro
CEP: 89930-000 — São José do Cedro
Telefone: (49) 3643-6600

Fórum da Comarca de São Lourenço do Oeste
Rua Dom Pedro II, 966 — Centro
CEP: 89990-000 — São Lourenço do Oeste
Telefone: (49) 3344-8200

Fórum da Comarca de São Miguel do Oeste
Rua Marcílio Dias, 2.070 — Sagrado Coração
CEP: 89900-000 — São Miguel do Oeste
Telefone: (49) 3631-1500

Fórum da Comarca de Seara
Rua do Comércio, 171 — Centro
CEP: 89770-000 — Seara
Telefone: (49) 3452-8700

Fórum da Comarca de Sombrio
Rua Edílio Antônio da Rosa, 974 — Centro
CEP: 88960-000 — Sombrio
Telefone: (48) 3533-6700

Fórum da Comarca de Taió
Rua Expedicionário Rafael Busarello, 484 — Centro
CEP: 89190-000 — Taió
Telefone: (47) 3562-8000

Fórum da Comarca de Tangará
Rua Luís Menoncin, s/n — Centro
CEP: 89642-000 — Tangará
Telefone: (49) 3532-7500

Fórum da Comarca de Tijucas
Rua Florianópolis, 130 — Centro
CEP: 88200-000 — Tijucas
Telefone: (48) 3263-8000

Fórum da Comarca de Timbó
Av. Getúlio Vargas, 736 — Centro
CEP: 89120-000 — Timbó
Telefone: (47) 3281-1700

Fórum da Comarca de Trombudo Central
Rua Emílio Graubner, s/n — Vila Nova
CEP: 89176-000 — Trombudo Central
Telefone: (47) 3544-8100

Fórum da Comarca de Tubarão
Rua Wenceslau Brás, 560 — Vila Moema
CEP: 88701-901 — Tubarão
Telefone: (48) 3621-1500

Fórum da Comarca de Turvo
Rua Nereu Ramos, 609 — Centro
CEP: 88930-000 — Turvo
Telefone: (48) 3525-8000

Fórum da Comarca de Urubici
Rua Nereu Ramos, n. 200 — Centro
CEP: 88650-000 — Urubici
Telefone: (49) 3278-6900

Fórum da Comarca de Urussanga
Rua Barão do Rio Branco, 115 — Centro
CEP: 88840-000 — Urussanga
Telefone: (48) 3441-1300

Fórum da Comarca de Videira
Rua Vítor Meirelles, s/n — Ed. Brasil-Austria — Matriz
CEP: 89560-000 — Videira
Telefone: (49) 3551-1700

Fórum da Comarca de Xanxerê
Rua Victor Konder, 898 — Centro
CEP: 89820-000 — Xanxerê
Telefone: (49) 3441-7100

Fórum da Comarca de Xaxim
Rua Rui Barbosa, 385 — Centro
CEP: 89825-000 — Xaxim
Telefone: (49) 3353-9600

ÍNDICE NUMÉRICO

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

3.978 (STF) – Santa Catarina 117
2009.027858-3 – Palhoça 217

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

2008.062441-9 – Gaspar 418
2009.043612-3 – Jaraguá do Sul 562

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA

2009.055495-7 – Tubarão 701

APELAÇÃO/ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

2009.024375-5 – Camboriú 811

APELAÇÕES CÍVEIS

2004.014275-7 – Lages 549
2004.034869-6 – Brusque 571
2005.040687-4 – Rio do Oeste 512
2006.012483-4 – Blumenau 586
2006.018279-5 – Porto União 289
2006.025202-3 – Criciúma 317
2006.025572-0 – Blumenau 524
2006.034232-2 – Imaruí 328
2006.045403-6 – Lages 735
2007.009758-5 – Lages 344
2007.016704-0 – Ipumirim 775
2007.033443-8 – Concórdia 759
2007.046233-5 – Itajaí 532
2007.053660-9 – Laguna 401

2007.056361-3 – Capital 603
2007.063864-2 – Itajaí 412
2008.018197-1 – Capital 651
2008.044476-3 – Itajaí 277
2008.049238-6 – Blumenau 524
2008.053161-9 – Timbó 435
2008.061155-3 – Joinville 574
2009.007998-5 – Criciúma 689
2009.051840-1 – Balneário Piçarras 355
2009.061971-0 – Armazém 660
2009.064371-1 – Araranguá 464
2009.064540-9 – Capital 668
2009.072966-4 – Sombrio 482
2010.001541-1 – Urubici 383

APELAÇÕES CRIMINAIS

2008.063535-7 – Joinville 205
2009.029330-3 – Canoinhas 204
2009.046877-3 – Bom Retiro 203
2009.053020-1 – Curitibanos 208
2009.071028-7 – Blumenau 206

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA

2005.020342-9 – Concórdia 235

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

103.937 (STJ) – Santa Catarina 385

HABEAS CORPUS
98.037 (STF) – Santa Catarina 378
113.706 (STJ) – Santa Catarina 384
2009.052762-0 – Palmitos 596
2009.063104-6 – Canoinhas 201

INQUÉRITO
2007.053230-2 – Capital 246

RECURSOS EM MANDADOS DE SEGURANÇA
25.214 (STJ) – Santa Catarina 383
30.034 (STJ) – Santa Catarina 386

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS
468.523 (STF) – Santa Catarina 376
592.905 (STF) – Santa Catarina 379

REVISÃO CRIMINAL
2009.052316-5 – Joinville 209

SENTENÇAS
008.07.026055-6 – Blumenau 463
038.07.010401-5 – Joinville 459
038.07.037868-9 – Joinville 462
126.05.001332-1 – Itapoá 461
126.08.001711-2 – Itapoá 460

ÍNDICE POR ASSUNTO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

— Demolitória – Obra construída sem autorização do município. Área de preservação permanente. Preponderância do direito coletivo ao meio ambiente sobre o direito à moradia. Dever de recuperar a área degradada. Recurso parcialmente provido.....668

AÇÃO DE COBRANÇA

— Seguro de vida em grupo – Suicídio. Premeditação. Exclusão da cobertura. Recurso provido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO. 482

AÇÃO DE DANOS MORAIS C/C PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES

— Serviços de telefonia móvel – Pagamento após o vencimento em razão do não recebimento da fatura. Perda do direito a bônus. Bloqueio do serviço telefônico antes do prazo de vencimento prorrogado da fatura. Dano moral configurado. Dever de indenizar. Majoração do montante. Provimento parcial do recurso da concessionária e provimento do da consumidora. 738

AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR

— Criança entregue pela mãe a casal não inscrito no cadastro de adoção – Busca e apreensão. Ausência de intenção da mãe de cuidar da filha. Abandono. Cabimento da destituição. Prevalência do melhor interesse da criança. Recurso provido. 383

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS

— Furto de automóvel em estacionamento de supermercado – Obrigação de indenizar. Danos morais inocorrentes. Apelos parcialmente providos. Maioria de votos. VOTO VENCIDO.....344

AÇÃO DE REPARAÇÃO POR ATO INFRACIONAL EM RAZÃO DO REGISTRO DE BOLETIM DE OCORRÊNCIA

— Furto – Registro da ocorrência. Exercício regular de direito. Dano moral não configurado. Recurso desprovido. 328

AÇÃO DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE E MATERNIDADE C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO PÚBLICO

— Pedido de reconhecimento jurídico de vínculo socioafetivo – Extinção do processo fundada na impossibilidade jurídica por não haver documento comprobatório do interesse em adotar. Pleito amparado em princípios constitucionais. Sentença cassada. Recurso provido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO.....289

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

— Artigos 19, 20 e 21 da Lei Estadual n. 14.083/2007 – Ingresso e remoção na atividade notarial e de registro. Violação do disposto no art. 37, inciso II, e no art. 236, § 3º, da CF. Recurso provido. 117

— Lei Estadual n. 14.661/2009 – Parque Estadual da Serra do Tabuleiro. Área de preservação integral. Bacia da Vargem do Braço. Conversão em Unidade de Uso Sustentável. Afronta à CE. Ausência de requisitos ao deferimento de medida urgente. Degradação ambiental que deve ser apurada em ação civil pública. Liminar denegada. Maioria de votos. VOTO VENCIDO. 217

AÇÃO POPULAR

— Centrais Elétricas de Santa Catarina – Incorporação vitalícia da remuneração do cargo de diretor. Ilegalidade e lesividade. Ofensa aos princípios da moralidade e da impessoalidade. Nulidade do ato. Restituição dos valores. Provimento parcial do recurso da Celesc, provimento do recurso dos autores e desprovimento dos demais. 603

AÇÃO REIVINDICATÓRIA

— Terreno invadido por casa construída em lote contíguo – Determinação de demolição da parte que avança sobre o imóvel. Boa-fé evidenciada. Conversão em indenização por perdas e danos. Recurso parcialmente provido.....512

ADOÇÃO DE MENOR

— Órfão de pai, abandonado pela mãe na casa de vizinha – Busca por parentes inexitosa. Encaminhamento a família substituta. Irmã unilateral que ingressa com pedido de guarda. Visitas quinzenais. Permanência da criança com o casal adotante por dois anos. Direito de criação pela família biológica. Improcedência da adoção. Recurso provido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO.....355

AGRAVO DE INSTRUMENTO

— Vide Recurso.

ALIMENTOS

— Réu que cumpre pena de reclusão em regime fechado – Alimentos devidos a partir da progressão de regime ou do cumprimento da pena. Execução relegada para o futuro. Recurso desprovido. 412

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS (FEDERAL)

— Art. 91 701

CÓDIGO CIVIL

— Art. 81(1916).....549
— Art. 132, § 1º.....738
— Art. 159 759

— Art. 159(1916) 328
— Art. 186 ..... 738, 328, 883
— Art. 187 418
— Art. 258 893
— Art. 259 893
— Art. 275 893
— Arts. 286 e seguintes 532
— Art. 290 532
— Art. 294 532
— Art. 406 738
— Art. 421 562
— Art. 422 562
— Art. 547(1916) 512
— Art. 627 344
— Art. 642 344
— Art. 789 482
— Art. 865(1916) 512
— Art. 927 883
— Art. 927, parágrafo único 893
— Art. 942 893
— Art. 945 775
— Art. 950 775
— Art. 1.064 289
— Art. 1.065 289
— Art. 1.228 512
— Art. 1.258 512
— Art. 1.441(1916) 482
— Art. 1.539(1916) 775
— Art. 1.545(1916) 435
— Art. 1.597 289
— Art. 1.601 289
— Art. 1.617 289
— Art. 1.638, I, II, III e IV 383

— Art. 1.699 412

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

— Art. 2º, *caput*.....883
— Art. 2º.....277
— Art. 3º, *caput*.....883
— Art. 3º..... 277, 482
— Art. 4º.....562
— Art. 6º, VIII 738, 883
— Art. 14, *caput*, e § 1º 883
— Art. 14 ..... 464, 435
— Art. 14, § 3º, I e II 277
— Art. 17 883
— Art. 18, § 1º, III.....924
— Art. 54, § 2º.....562

CÓDIGO DE DIVISÃO E ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA (Lei n. 5.624/1979)

— Art. 174 201
— Art. 368 209

CÓDIGO DE NORMAS DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

— Art. 71 738
— Art. 72 738

CÓDIGO DE OBRAS DO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS (Lei Complementar n. 60/2000)

— Art. 17, I e II.....668
— Art. 52, I e V.....668
— Art. 57, I.....668

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

— Art. 3º 289
— Art. 4º, I 701
— Art. 20, *caput* 574
— Art. 20 603
— Art. 20, § 3º 482, 344, 464, 883
— Art. 20, § 3º, *a*, *b* e *c* 532, 574, 775
— Art. 20, § 4º 532, 401, 586, 738, 574
— Art. 21 738
— Art. 47 ..... 651, 289
— Art. 106 524
— Art. 126 201
— Art. 128 603
— Art. 130 435
— Art. 131 435
— Art. 132 586
— Art. 185 74
— Art. 249 574
— Art. 249, § 2º 383
— Art. 250 574
— Art. 267, I, IV e VI 289
— Art. 267, VI 586, 701, 930
— Art. 267, VI e § 3º 549
— Art. 269, I 277, 317
— Art. 273 893
— Art. 282, II 289
— Art. 282, IV 532
— Art. 283 893
— Art. 284, parágrafo único 289
— Art. 292 603
— Art. 295, I, IV, parágrafo único, III 289
— Art. 301, § 4º 549
— Art. 319 930

— Art. 329, § 3º 701
— Art. 330 524
— Art. 330, I 344
— Art. 333 435
— Art. 333, I 328
— Art. 333, II 401, 738, 775
— Art. 335 738
— Art. 364 759
— Art. 460 ..... 383, 603, 532, 412, 574
— Art. 461 74
— Art. 461, § 4º 689
— Art. 461-A 74
— Art. 463, I 603
— Art. 471, I 412
— Art. 472 651
— Art. 473 759
— Art. 475-I 74
— Art. 475-Q 464, 775
— Art. 475-R 74
— Art. 480 235
— Art. 481 235
— Art. 499 651
— Art. 514, II 532
— Art. 515 512
— Art. 515, § 1º 482
— Art. 517 512
— Art. 520, V 532
— Art. 520, VII 865
— Art. 522 759
— Art. 523, § 1º 289
— Art. 523, § 3º 435, 759
— Art. 563 418
— Art. 604 532

— Art. 612 418
— Art. 614, II.....532
— Art. 618, I 532
— Art. 620 418
— Art. 649, IV e § 2º 74
— Art. 653 418
— Art. 654 418
— Art. 655, I 418
— Art. 655-A.....418
— Art. 732 74
— Art. 733 74
— Art. 734, parágrafo único 74
— Art. 740, *caput* 524
— Art. 743, III 532
— Art. 927 401
— Art. 1.046 74
— Art. 1.102-A.....586
— Art. 1.105 289

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 41 ..... 246, 811
— Art. 43 246
— Art. 155 824
— Art. 158 836
— Art. 167 836
— Art. 221, § 2º.....246
— Art. 366 824
— Art. 386, II.....792
— Art. 386, III 824
— Art. 386, VII e VIII.....851
— Art. 387, parágrafo único 865
— Art. 395, III 246
— Art. 565 851

— Art. 621, III 787
— Art. 648, I 246

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR (Decreto-Lei n. 1.002/1969)

— Art. 20, §§ 1º e 2º 246
— Art. 26, I 246
— Art. 291 246

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (Lei n. 9.503/1997)

— Art. 29, II 759
— Art. 175 759
— Art. 277, § 2º 836
— Art. 293, *caput* 836
— Art. 306 836

CÓDIGO FLORESTAL (Lei n. 4771/1965)

— Art. 2º, *f* 668
— Art. 4º, § 2º 668
— Art. 20 668

CÓDIGO PENAL

— Art. 33, § 2º, *c* 836
— Art. 44 ..... 851, 792
— Art. 44, III 836
— Art. 59 ..... 836, 190
— Art. 61, *e* 792
— Art. 61, *f* 792
— Art. 68 190
— Art. 70 787
— Art. 71 824
— Art. 77 792
— Art. 77, II 836

— Art. 102 792
— Art. 107, III 847
— Art. 109, V 792
— Art. 110, § 1º 792
— Art. 117 792
— Art. 120 482
— Art. 147 792
— Art. 157, §§ 1º, 2º, I, II, e V e 3º, *in fine* 811
— Art. 157, § 2º, I e II 787
— Art. 157, § 3º, segunda parte 811
— Art. 171, *caput* 824
— Art. 180, *caput* 787
— Art. 214, *caput* 865

CÓDIGO PENAL MILITAR (Decreto-Lei n. 1.001/1969)

— Art. 125, VI 246
— Art. 163 246
— Art. 166 246
— Art. 215 246
— Art. 218, III e IV 246

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (Lei n. 5.172/1966)

— Art. 170-A 701

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA

— Tribunal Regional Federal e Tribunal de Justiça – Controvérsia de natureza acidentária. Competência da Justiça estadual. Súmula 501/STF. ...183

—

CONSTITUIÇÕES

—

ESTADUAL-1989

— Art. 4º 217
— Art. 16, *caput* 217
— Art. 42, § 1º 246
— Art. 117 701
— Art. 181 217
— Art. 182 217

FEDERAL-1988

— Art. 1º, III 246
— Art. 2º 689, 27
— Art. 5º, V 883
— Art. 5º, X 738, 883
— Art. 5º, XXXV 289
— Art. 5º, XXXVI 603
— Art. 5º, LV 532, 524, 246
— Art. 5º, LXVII 596, 74
— Art. 5º, LXVIII 574, 27
— Art. 5º, LXIX 689
— Art. 5º, LXXII 603
— Art. 5º, LXXIII 603
— Art. 5º, LXXVIII 74
— Art. 5º, § 3º 596
— Art. 30, I e II 235
— Art. 30, VIII 668
— Art. 37, *caput* 603
— Art. 37, II 117
— Art. 37, II e XXI 905
— Art. 37, IX 660
— Art. 60, § 4º 883
— Art. 103-A 27
— Art. 103-B 27
— Art. 105, II, *b* 201

— Art. 109, § 4º 183
— Art. 124 246
— Art. 129, I e VIII 144
— Art. 144 144
— Art. 155, § 2º, I e II 701
— Art. 155, II 701
— Art. 155, § 2º, X, *a*, XII, *c* 701
— Art. 156, III 161
— Art. 167, I 689
— Art. 169, § 1º 603
— Art. 173, § 1º, II 603
— Art. 183 512
— Art. 191 512
— Art. 208, I, § 1º 689
— Art. 211, § 2º 689
— Art. 225 217
— Art. 225, § 3º 668
— Art. 227 ..... 355, 383, 317
— Art. 227, § 3º, V 865
— Art. 227, § 6º 289
— Art. 236, § 3º 117

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

— Ação ordinária – Transporte marítimo de bobinas de aço. Naufrágio. Derramamento de óleo. Paralisação da atividade pesqueira. Autor que não comprovou depender exclusivamente da pesca. Indeferimento da antecipação da tutela. Dano ambiental. Terceirização. Responsabilidade solidária. Obrigação de reparar o dano 893

DOUTRINA

— A penhora *on-line* como alternativa à prisão civil do devedor de alimentos – Mônani Menine Pereira, Juiz de Direito em Santa Catarina. 74

— Gestão judicial e democratização – Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva, Juiz de Direito em Santa Catarina. 27

— Sucumbência recíproca: breves considerações sobre a Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da OAB) e a Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça – Jaime Luiz Vicari, Desembargador do TJSC..... 60

EMBARGOS À EXECUÇÃO

— Notas promissórias – Ação de regresso do avalista contra o devedor principal, diante do pagamento ao credor. Prescrição. Recurso provido.....571

EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA

— Título judicial – Nulidade do feito por ausência do demonstrativo atualizado do débito. Inocorrência. Excesso à execução. Não reconhecimento. Atualização da dívida. Cessão de crédito. Viabilidade. Recurso desprovido. 532

EMBARGOS À EXECUÇÃO E MONITÓRIOS

— Julgamento antecipado da lide – Cerceamento de defesa. Suposta prática de agiotagem. Inversão do ônus probatório. Início de prova documental produzida nos autos. Verossimilhança das alegações. Necessidade de instrução na origem. Sentença cassada. Recurso provido. 524

EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

— Sentença absolutória – Recurso do Ministério Público. Ausência do teste de alcoolemia. Confissão do acusado corroborada pela prova testemunhal. Conduta delituosa evidenciada. Recurso provido. 836

EMENDAS CONSTITUCIONAIS

— N. 42/2003 701
— N. 45/2004 ..... 596, 27

ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (Lei n. 8.906/1994)

— Art. 63, § 2º 905

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)

— Art. 3º 383
— Art. 4º 383
— Art. 6º 355, 383
— Art. 19 355
— Art. 24 383
— Art. 27 289
— Art. 28, §§ 3º e 4º 355
— Art. 33 317
— Art. 39, § 1º 355
— Art. 43 355
— Art. 54, IV 689
— Art. 103 811
— Art. 108 865
— Art. 122 865
— Art. 152 865
— Art. 182, § 1º 811
— Art. 198, *caput* 865
— Art. 198, VI 865
— Art. 238 383
— Art. 239 383

ESTATUTO DO DESARMAMENTO (Lei n. 10.826/2003)

— Art. 12 847
— Art. 14 ..... 851, 847

ESTATUTO DO IDOSO

— Agressão ao pai – Condenação. Adequação da pena. Alteração do regime inicial. Inviabilidade. Recurso parcialmente provido. 792

ESTATUTO DO IDOSO (Lei n. 10.741/2003)

— Art. 99, *caput* 792
— Art. 102 792

ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DO ESTADO DE SANTA CATARINA (Lei n. 6.745/1985)

— Art. 3º 201
— Art. 4º 201
— Art. 90 603

ESTELIONATO

— Sentença absolutória – Recurso do Ministério Público. Dolo não evidenciado. Fato atípico. Recurso desprovido. 824

HABEAS CORPUS

— Ato infracional equiparado a atentado violento ao pudor – Estatuto da Criança e do Adolescente. Internação provisória. Impossibilidade de aplicação da norma processual penal. Ordem denegada. Maioria de votos. VOTO VENCIDO. 865

— Crimes contra a ordem tributária em continuidade delitiva – Dosimetria da pena. Ação penal em curso. Inadmissibilidade de ser considerada como maus antecedentes. Elementos do tipo usados para elevar a pena-base. *Bis in idem*. Réu técnico contábil, ex-servidor da Fazenda Pública do Estado. Majoração da pena-base justificada neste ponto. Ordem parcialmente concedida, mantida a situação processual do paciente. 190

— Depositária infiel – Ausência de manifestação acerca da entrega dos bens penhorados e adjudicados. Prisão civil. Impossibilidade. Ordem concedida. 596

— Impetrações sucessivas – Excepcionalidade. Súmula 691 do STF. Afastamento. Prisão preventiva. Mesclagem com cumprimento de sentença não transitada em julgado. Pedido prejudicado. Maioria de votos. VOTO VENCIDO. 129

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

— Contratação temporária – Ausência do ato de nomeação. Aplicação de multa civil. Recurso desprovido. 660

INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO CUMULADA COM DANOS MORAIS

— Erro médico – Parto normal. Óbito do recém-nascido. Negligência configurada. Culpa do médico e do nosocômio. Dever de indenizar. Desprovimento do recurso do médico e provimento parcial do recurso do hospital. 435

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS C/C ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

— Vereador cassado no curso do mandato – Reintegração ao cargo. Recurso do Ministério Público. Necessidade de a Câmara Municipal figurar no polo passivo. Inteligência do art. 47 do CPC. Nulidade absoluta. Recurso provido. 651

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

— Transporte aéreo – Cancelamento de voo. Relação consumerista. Desídia da transportadora. Abalo moral. Dever de reparação. Recurso desprovido. 277

INDENIZAÇÃO POR MORTE

— Afogamento – Festa de carnaval. Piscina de clube. Responsabilidade objetiva. Embriaguez da vítima. Ato voluntário. Artigo 14 do CDC. Culpa concorrente. Redução das verbas indenizatórias. Danos morais. Pensão mensal. Constituição de capital. Sentença reformada. Recurso parcialmente provido.....464

INQUÉRITO PENAL MILITAR

— Difamação e crítica indevida –Inexistência de indícios de autoria e materialidade. Recusa de obediência. Não configuração. Rejeição da denúncia. Maioria de votos. VOTOS VENCIDOS.....246

LATROCÍNIO

— Estatuto da Criança e do Adolescente – Ato infracional. Aplicação de medida socioeducativa de internação. Materialidade e autoria delitivas incontestes. Confissão aliada às declarações dos comparsas. Recurso desprovido.....811

LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA (Lei n. 7.347/1985)

— Art. 1º e incisos 668

LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/1950)

— Art. 11 574
— Art. 11, § 1º.....482
— Art. 12 ..... 574, 464

LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS (Lei n. 6.404/1976)

— Art. 138 603
— Art. 152 603
— Art. 154, § 2º, *a* 603

— Art. 235 603
— Art. 238 603

LEI DE AÇÃO POPULAR (Lei n. 4.717/1965)

— Art. 1º 603
— Art. 2º 603
— Art. 5º, § 4º 603
— Art. 6º 603
— Art. 11 603
— Art. 14 603

LEI DE ALIMENTOS (Lei n. 5.478/1968)

— Art. 16 74
— Art. 17 74

LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL (Decreto-Lei n. 4.657/1942)

— Art. 3º 201
— Art. 4º 738, 289, 201
— Art. 5º 738, 289, 549

LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS (Lei n.6.015/1973)

— Art. 55, parágrafo único 317
— Art. 56 317
— Art. 57 317
— Art. 58 317
— Art. 109 317

LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS (Decreto n. 57.663/1966)

— Art. 70 571
— Art. 77 571

LEIS COMPLEMENTARES

— N. 60/2000 (*Vide* Código de Obras do Município de Florianópolis).
— N. 87/1996 (Federal) Art. 19 701
— N. 87/1996 (Federal) Art. 20 701
— N. 87/1996 (Federal) Art. 23, parágrafo único 701
— N. 87/1996 (Federal) Art. 33 701

LESISLAÇÃO ESTADUAL

LEIS

— N. 5.624/1979 *Vide* Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina.
— N. 6.745/1985 *Vide* Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Santa Catarina.
— N. 8.245/1991 Art. 30, III e IV 603
— N. 9.831/1995 Art. 38, III e IV, e parágrafo único 603
— N. 9.831/1995 Art. 52, § 3º 603
— N. 10.297/1996 Art. 69 701
— N. 11.069/1989 235
— N. 12.069/2001 Art. 9º.....217
— N. 12.069/2001 Art. 10 217
— N. 14.083/2007 Art. 19 117
— N. 14.083/2007 Art. 20 117
— N. 14.083/2007 Art. 21 117
— N. 14.661/2009 Art. 4º, II 217
— N. 14.661/2009 Art. 12 217
— N. 14.661/2009 Art. 13 217
— N. 14.661/2009 Art. 14 217
— N. 14.661/2009 Art. 15 217

LEGISLAÇÃO FEDERAL

DECRETOS

— N. 592/1992 596

— N. 678/1992 596
— N. 57.663/1966 .....
Vide Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias.

DECRETOS-LEIS

— N. 911/1969 Art. 2º, § 2º 562
— N. 911/1969 Art. 3º, §§ 1º e 2º 562
— N. 1.001/1969 ..... *Vide* Código Penal Militar.
— N. 1.002/1969 ..... *Vide* Código de Processo Penal Militar.
— N. 4.657/1942 ..... *Vide* Lei de Introdução ao Código Civil.

LEIS

— N. 1.060/1950 ..... *Vide* Lei da Assistência Judiciária.
— N. 4.717/1965 ..... *Vide* Lei da Ação Popular.
— N. 4.771/1965 ..... *Vide* Código Florestal.
— N. 5.172/1966 ..... *Vide* Código Tributário Nacional.
— N. 5.478/1968 ..... *Vide* Lei de Alimentos.
— N. 5.869/1973 60
— N. 6.015/1973 ..... *Vide* Lei dos Registros Públicos.
— N. 6.404/1976 ..... *Vide* Lei das Sociedades Anônimas.
— N. 6.938/1981 Art. 3º, IV 893
— N. 6.938/1981 Art. 4º, VII 668
— N. 6.938/1981 Art. 14, § 1º 668, 893
— N. 7.102/1983 Art. 1º.....883
— N. 7.347/1985 ..... *Vide* Lei da Ação Civil Pública.
— N. 7.802/1989 Art. 11 235
— N. 8.038/1990 Art. 4º, § 1º.....246
— N. 8.038/1990 Art. 6º.....246
— N. 8.038/1990 Art. 9º.....246
— N. 8.038/1990 Art. 10 246
— N. 8.038/1990 Art. 11, § 3º 246
— N. 8.069/1990 ..... *Vide* Estatuto da Criança e do Adolescente.
— N. 8.078/1990 ..... *Vide* Código de Defesa do Consumidor.
— N. 8.245/1991 603

— N. 8.429/1992 Art. 3º.....905
— N. 8.429/1992 Art. 10, *caput*, VIII 905
— N. 8.429/1992 Art. 11 660
— N. 8.429/1992 Art. 11, *caput*, I.....905
— N. 8.429/1992 Art. 12 905
— N. 8.429/1992 Art. 12, III 660
— N. 8.492/1992 Art. 10, *caput*, I, VIII e XII 905
— N. 8.492/1992 Art. 11, *caput*, I e V 905
— N. 8.492/1992 Art. 12, II 905
— N. 8.666/1993 Art. 2º.....905
— N. 8.666/1993 Art. 13 905
— N. 8.666/1993 Art. 25, II, § 2º.....905
— N. 8.884/1994 668
— N. 8.906/1994 .....
Vide Estatuto da Advocacia e da Ordem dos advogados do Brasil.
— N. 8.935/1994 209
— N. 8.952/1994 74
— N. 9.099/1995 836
— N. 9.099/1995 Art. 8º.....328
— N. 9.099/1995 Art. 20 ..... 328, 930
— N. 9.099/1995 Art. 38, parágrafo único.....924
— N. 9.099/1995 Art. 55, *caput*.....924
— N. 9.099/1995 Art. 55 930
— N. 9.503/1997 ..... *Vide* Código de Trânsito Brasileiro.
— N. 10.444/2002 74
— N. 10.741/2003 ..... *Vide* Estatuto do Idoso.
— N. 10.826/2003 ..... *Vide* Estatuto do Desarmamento.
— N. 11.143/2005 27
— N. 11.187/2005 435
— N. 11.232/2005 ..... 532, 74
— N. 11.382/2006 418
— N. 11.672/2008 27
— N. 11.690/2008 824

— N. 11.705/2008 836
— N. 11.719/2008 246
— N. 11.922/2009 Art. 20 847
— N. 12.010/2009 ..... 355, 865
— N. 12.010/2009 Art. 50 e parágrafos 383
— N. 12.016/2009 Art. 13, § 4º 701

LEGISLAÇÃO MUNICIPAL

LEIS

— N. 2.193/1985 (Florianópolis) Art. 21, III 668
— N. 2.193/1985 (Florianópolis) Art. 93 668
— N. 3.173/1999 (Concórdia) 235

MANDADO DE SEGURANÇA

— Arguição de inconstitucionalidade – Lei municipal que regulamenta utilização de herbicida. Matéria ambiental. Competência municipal supletiva. Interesse local. Inteligência do art. 30, I e II, da CF e art. 11 da Lei Federal n. 7.802/1989. Incidente rejeitado. Maioria de votos. 235

— Ensino infantil – Dever do estado e prioridade do município. Obediência à legislação regente e impossibilidade de aumento de despesas. Ausência de prova. Autonomia da autoridade impetrada para assegurar as vagas. Recursos desprovidos. 689

— Tributário – ICMS. Compensação de crédito para aquisição de insumos na produção destinada a exportação. Créditos gerados em operações anteriores. Aproveitamento. Efeitos a partir da EC n. 42/2003. Recurso parcialmente provido. 701

MANUTENÇÃO DE POSSE

— Direito a usucapião reconhecido em outra lide – Prova suficiente da posse. Requisitos legais preenchidos. Sentença mantida. Recurso desprovido. 401

MEDIDA PROVISÓRIA

— N. 2.172-32/2001 Art. 3º....524

MONITÓRIA

— Mútuo entre particulares –Documento representativo de crédito. Empréstimo realizado por terceiro. Ilegitimidade ativa. Extinção. Litigância de má-fé afastada. Recurso parcialmente provido. 586

NOTICIÁRIO

— Discurso de posse do Dr. Rodrigo Antônio da Cunha no cargo de Desembargador do TJSC....104

— Discurso proferido pelo Des. Edson Ubaldo por acasião do 118º aniversário do TJSC. 109

— Discurso proferido pelo Des. Ricardo Fontes em saudação ao Des. Rodrigo Antônio da Cunha. 102

— Discurso proferido pelo Des. Souza Varella na transmissão do cargo de Presidente do TJSC ao Des. Trindade dos Santos.... 93

— Discurso proferido pelo Des. Trindade dos Santos por ocasião de sua posse no cargo de Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina..... 96

PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO

— Arma não apreendida – Condenação fundada exclusivamente em depoimentos de testemunhas. Princípio *in dubio pro reo*. Absolvição. Recurso provido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO. 851

POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO

— Espingarda apreendida em propriedade rural arrendada, local de trabalho do acusado – Porte não caracterizado. Recurso ministerial desprovido. ..847

RECEPTAÇÃO E ROUBO

— Dupla condenação pelo mesmo fato – Violação ao princípio *non bis in idem*. Anulação do processo de receptação. Recurso provido. 787

RECURSO

— Agravo de instrumento – Busca e apreensão. Alienação fiduciária. Purgação da mora. Restituição do bem ao consumidor. Inconformismo do banco. Novo cálculo. Recurso parcialmente provido. 562

— Agravo de instrumento – Execução. Citação por oficial de justiça. Devedor não encontrado. Penhora *on-line*. Princípio da menor onerosidade que não desautoriza a medida. Recurso provido. 418

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

— Comissários da infância e juventude – Desvio de função. Inexistência. Recurso desprovido. 201

— Infrações administrativas – Código de Divisão e Organização Judiciárias Estadual. Competência do Conselho Disciplinar da Magistratura para aplicação da pena de multa. Limite do valor. Necessidade de exame. Recurso parcialmente provido.....209

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

— Direito tributário – ISS. Arrendamento mercantil. *Leasing* financeiro. Prestação de serviço. Recurso desprovido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO. 161

— Processual penal – Policiais militares. Poder investigatório do Ministério Público. Previsão constitucional. Recurso desprovido. 144

REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

— Art. 151, § 1º.....482

REPARAÇÃO DE DANOS POR ACIDENTE DE VEÍCULOS

— Colisão na traseira – "Cavalo de pau" efetuado pelo motorista que trafegava à frente. Prova testemunhal. Nexo causal configurado. Obrigação de reparar o dano. Recurso desprovido. 759

— Responsabilidade exclusiva do réu – Dever de indenizar. Recurso desprovido.....775

RESOLUÇÕES

— N. 141 (ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil).....277
— N. 316/2002 (ANATEL) Art. 38 738
— N. 316/2002 (ANATEL) Art. 43 738
— N. 316/2002 (ANATEL) Art. 44, § 1º 738

RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL

— Criança abandonada pelos pais biológicos e entregue aos avós maternos desde os dois meses de idade – Uso de nome diverso do do registro. Prevalência do interesse da criança sobre a rigidez da norma registral. Recurso desprovido. 317

REVISÃO DE CONTRATO

— Arrendamento mercantil – Distrato. Consenso entre as partes. Ausência de condição da ação. Extinção do processo sem julgamento do mérito. 549

REVISÃO DE CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO

— Compensação dos créditos e repetição do indébito – Inviabilidade. Inscrição do nome da consumidora nos cadastros de devedores. Possibilidade. Recurso desprovido. 574

SENTENÇA

— Ação civil pública – Improbidade administrativa. Contrato de prestação de serviços advocatícios ao município. Não observância ao plano de cargos. Prejuízo ao erário. Desobediência ao princípio da impessoalidade. Ação parcialmente procedente. 905

— Ação de indenização por danos morais – Constrangimento ao ingressar em agência bancária. Cliente praticamente cega. Intransigência do agente de segurança. Condenação. 883

— Ação de indenização por danos morais – Discussão e agressão física que se iniciou numa manobra de trânsito. Incapacidade ao trabalho por mais de 30 dias. Dano moral caracterizado. Ação procedente. 930

— Ação de ressarcimento de danos morais e materiais – Aquisição de veículo usado. Revisão em concessionária autorizada. Descoberta de quilometragem três vezes superior ao indicado no hodômetro do carro. CDC. Dano moral evidenciado. Ação procedente. 924

SÚMULAS-STF

— N. 105 482
— N. 150 482
— N. 269 701
— N. 271 701
— N. 501 183
— N. 655 74
— N. 691 129

SÚMULAS-STJ

— N. 15 183
— N. 54 ..... 532, 464, 435
— N. 61 482
— N. 130 344
— N. 213 701
— N. 306 60
— N. 313 464
— N. 362 738
— N. 380 574
— N. 381 574

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Alexandre d'Ivanenko 859
Altamiro de Oliveira 759, 775
André Augusto Messias Fonseca 905, 893
Arnaldo Esteves Lima 201
Carlos Adilson Silva 328
Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva 27
Cláudio Valdyr Helfenstein 549
Denise Volpato 289, 317
Edson Ubaldo 277, 109
Eládio Torret Rocha 512, 235
Ellen Gracie 144
Eros Grau 161, 117
Fernando Carioni 496, 464, 435
Irineu João da Silva 847, 787
Jaime Luiz Vicari 412, 401, 60
Jaime Ramos 0262
Jânio Machado 738
Jorge Mussi 183
José Carlos Carstens Köhler 574, 596, 562
José Inácio Schaefer 586
José Trindade dos Santos 96
Lédio Rosa de Andrade 571, 246
Luiz Carlos Freyesleben 344
Luiz Cézar Medeiros 262, 234
Marco Aurélio 129
Maria do Rocio Luz Santa Ritta 482, 418

Marli Mosimann Vargas..... 792, 811
Mazoni Ferreira..... 370, 354
Mônani Menine Pereira..... 74
Napoleão Nunes Maia Filho..... 190
Pedro Manoel Abreu..... 217
Ricardo Fontes..... 102
Ricardo Roesler..... 689, 701
Roberto Lepper..... 883, 930, 924
Roberto Lucas Pacheco..... 871
Robson Luz Varella..... 532, 524
Rodrigo Antônio da Cunha..... 104
Sérgio Izidoro Heil..... 355, 383
Sérgio Paladino..... 836, 824, 0274
Sérgio Roberto Baasch Luz..... 660, 668
Souza Varella..... 93
Stanley da Silva Braga..... 0309
Teori Albino Zavascki..... 209
Torres Marques..... 851, 0263, 865
Vanderlei Romer..... 603, 651

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Diretoria de Documentação e Informações

Divisão de Documentação

Adelson André Brüggemann

Seção de Revisão

Osvaci Amaro Venâncio Júnior

Índice numérico e legislativo

Jorge Silveira

Índice por assunto

José Leopoldo Abatti

Projeto gráfico e direção de arte

Cláudio Trindade

Editoração Eletrônica

Dimensão Comunicação e Marketing

Montagem, impressão e acabamento: Divisão de Artes Gráficas/DIE

SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTICA:83845701000159

Assinado de forma digital por SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTICA:83845701000159
Dados: 2024.07.05 12:33:12 -03'00'