

**JURISPRUDÊNCIA
CATARINENSE**

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

Ano XXXVIII – 2º, 3º e 4º trimestres de 2011 – N. 123 – Florianópolis – SC – 2013

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

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

Comissão de Jurisprudência (Portaria n. 240/2006)

Diretor

Des. Cláudio Barreto Dutra

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

Des. Sérgio Torres Paladino – Presidente

Des. Jaime Ramos

Des. Sérgio Izidoro Heil

Diretor de Documentação e Informações

Alberto Pizzolatti Remor

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

Trimestral

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

STJ

ISSN: 1981-402X

SUMÁRIO

9 COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NOTICIÁRIO

- 25 Discurso proferido pelo Desembargador Jorge Henrique Schaefer Martins
- 30 Discurso de posse do Dr. João Batista Góes Ulysséa
- 35 Discurso de posse do Dr. Ronei Danielli
- 38 Discurso de posse do Dr. Luiz Fernando Boller

HISTÓRIA JURÍDICA

- 47 Evento: Abertura da Exposição do Museu do Judiciário catarinense em comemoração aos 120 anos do Tribunal de Justiça

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

- 51 Ação Direta de Inconstitucionalidade
- 73 *Habeas Corpus*

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 89 *Habeas Corpus*
- 118 Recursos Especiais

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

ÓRGÃO ESPECIAL

- 149 Ação Direta de Inconstitucionalidade

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

- 164 Embargos Infringentes

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

- 174 Apelações Cíveis

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

- 279 Apelação Cível

	TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL
302	Apelações Cíveis
	SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL
373	Agravos de Instrumento
	PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL
386	Apelações Cíveis
	TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL
402	Apelações Cíveis
	QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL
415	Agravo de Instrumento
433	Apelações Cíveis
	QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL
474	Apelações Cíveis
	PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
525	Apelação Cível
	SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
541	Apelações Cíveis
	TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
557	Apelação Cível
578	Apelação Cível em Mandado de Segurança
	CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ
586	Apelações Cíveis
	PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL
628	Apelações Criminais
	SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL
717	Recurso de Agravo
725	Apelações Criminais
	TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
754	Apelações Criminais

TERCEIRA VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 803 Recurso Especial
- 806 Recurso Extraordinário

PRIMEIRA INSTÂNCIA

SENTENÇA

- 813 Comarca de Lages

821 RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO SANTA CATARINA

839 ÍNDICE NUMÉRICO

845 ÍNDICE POR ASSUNTO

871 ÍNDICE ONOMÁSTICO

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(setembro de 2012)

Presidente

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Primeiro Vice-Presidente

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Segundo Vice-Presidente

Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

Terceiro Vice-Presidente

Des. RUI Francisco Barreiros FORTES

Corregedor-Geral da Justiça

Des. VANDERLEI ROMER

Vice-Corregedora-Geral da Justiça

Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. José GASPAR RUBICK

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Des. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA

Des. Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA

Des. FERNANDO CARIONI

Des. José Antônio TORRES MARQUES

Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN

Des. MARCUS TULIO SARTORATO

Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES

Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS

Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA

Des. CID José GOULART Junior
Des. JAIME RAMOS
Des. ALEXANDRE d'IVANENKO
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desa. MARLI MOSIMANN VARGAS
Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL
Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI
Des. JORGE LUIZ DE BORBA
Des. VICTOR José Sebem FERREIRA
Desa. REJANE ANDERSEN
Des. JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR
Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN
Des. RODRIGO ANTÔNIO da Cunha
Des. JÂNIO de Souza MACHADO
Desa. SORAYA NUNES LINS
Desa. SÔNIA MARIA SCHMITZ
Des. PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA
Des. HENRY Goy PETRY JUNIOR
Des. RAULINO JACÓ BRÜNING
Des. ROBERTO LUCAS PACHECO
Des. JAIRO FERNANDES GONÇALVES
Des. JAIME LUIZ VICARI
Des. JOSÉ INÁCIO SCHAEFER
Des. JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Des. RONEI DANIELLI
Des. LUIZ FERNANDO BOLLER
Des. PAULO ROBERTO SARTORATO
Des. TULIO José Moura PINHEIRO
Des. CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Des. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
Des. RICARDO José ROESLER
Des. ROBSON LUZ VARELLA

Juiz de Direito de Segundo Grau DOMINGOS PALUDO
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA
Juiz de Direito de Segundo Grau RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
Juíza de Direito de Segundo Grau DENISE VOLPATO
Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ADILSON SILVA
Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA
Juiz de Direito de Segundo Grau NEWTON VARELLA JÚNIOR
Juiz de Direito de Segundo Grau ALTAMIRO DE OLIVEIRA
Juiz de Direito de Segundo Grau SAUL STEIL
Juiz de Direito de Segundo Grau GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA
Juiz de Direito de Segundo Grau RODOLFO Cezar Ribeiro da Silva TRIDAPALLI
Juiz de Direito de Segundo Grau ODSOSON CARDOSO FILHO
Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ EVERALDO SILVA
Juiz de Direito de Segundo Grau VOLNEI CELSO TOMAZINI
Juiz de Direito de Segundo Grau LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN
Juiz de Direito de Segundo Grau JÚLIO CÉSAR KNOLL
Juíza de Direito de Segundo Grau JANICE GOULART GARCIA UBIALLI
Juíza de Direito de Segundo Grau CLÁUDIA LAMBERT DE FARIA
Juiz de Direito de Segundo Grau FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO
Juíza de Direito de Segundo Grau CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER
Juiz de Direito de Segundo Grau JORGE LUIS COSTA BEBER
Juiz de Direito de Segundo Grau GUILHERME NUNES BORN
Juiz de Direito de Segundo Grau EDUARDO MATTOS GALLO JÚNIOR
Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ ZANELATO
Juiz de Direito de Segundo Grau DINART FRANCISCO MACHADO
Juiz de Direito de Segundo Grau GERSON CHEREM II
Juíza de Direito de Segundo Grau ROSANE PORTELLA WOLFF
Juíza de Direito de Segundo Grau DENISE DE SOUZA LUIZ FRANCOSKI
Juiz de Direito de Segundo Grau ARTUR JENICHEN FILHO
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO RICARDO BRUSCHI

ÓRGÃOS JULGADORES

TRIBUNAL PLENO

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA - Presidente
Des. CARLOS PRUDÊNCIO
Des. José GASPAR RUBICK

Des. PEDRO MANOEL ABREU
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. SÉRGIO Torres PALADINO
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
Des. ELÁDIO TORRET ROCHA
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. MARCUS 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 Junior
Des. JAIME RAMOS
Des. ALEXANDRE d'IVANENKO
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desa. MARLI MOSIMANN VARGAS
Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL
Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI
Des. JORGE LUIZ DE BORBA
Des. VICTOR José Sebem FERREIRA
Desa. REJANE ANDERSEN
Des. JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR
Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN
Des. RODRIGO ANTÔNIO Da Cunha

Des. JÂNIO de Souza MACHADO
Desa. SORAYA NUNES LINS
Desa. SÔNIA MARIA SCHMITZ
Des. PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA
Des. HENRY Goy PETRY JUNIOR
Des. RAULINO JACÓ BRÜNING
Des. ROBERTO LUCAS PACHECO
Des. JAIRO FERNANDES GONÇALVES
Des. JAIME LUIZ VICARI
Des. JOSÉ INÁCIO SCHAEFER
Des. JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Des. RONEI DANIELLI
Des. LUIZ FERNANDO BOLLER
Des. PAULO ROBERTO SARTORATO
Des. TULIO José Moura PINHEIRO
Des. CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Des. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
Des. RICARDO José ROESLER
Des. ROBSON LUZ VARELLA

ÓRGÃO ESPECIAL

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA - Presidente
Des. CARLOS PRUDÊNCIO
Des. PEDRO MANOEL ABREU
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. SÉRGIO Torres PALADINO
Des. VANDERLEI ROMER
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA (Substituindo o Des. José GASPAR RUBICK)
Des. FERNANDO CARIONI
Des. José Antônio TORRES MARQUES (Substituindo o Des. ELÁDIO TORRET ROCHA)
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN (Substituindo o Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS)
Des. MARCUS TULIO SARTORATO
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES

Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Des. JAIME RAMOS
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI
Des. JÂNIO de Souza MACHADO
Des. RAULINO JACÓ BRÜNING
Des. JAIME LUIZ VICARI
Des. JOSÉ INÁCIO SCHAEFER

CONSELHO DA MAGISTRATURA

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

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Des. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. MARCUS TULIO SARTORATO
Des. VICTOR José Sebem FERREIRA
Des. HENRY Goy PETRY JUNIOR
Des. JAIME LUIZ VICARI
Des. JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Des. RONEI DANIELLI
Des. LUIZ FERNANDO BOLLER

Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA (Ag. Nom. Juiz de Segundo Grau)

Juiz de Direito de Segundo Grau DENISE VOLPATO (Substituindo o Des. 3º Membro da 1ª Câmara de Direito Civil)

Juiz de Direito de Segundo Grau SAUL STEIL (Substituindo a Des. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA)

Juiz de Direito de Segundo Grau ODSON CARDOSO FILHO (Substituindo o Des. JAIRO FERNANDES GONÇALVES)

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

Juiz de Direito de Segundo Grau GERSON CHEREM II (Substituindo o Des. JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES – Presidente

Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS

Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE

Desa. REJANE ANDERSEN

Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN

Des. RODRIGO ANTÔNIO da Cunha

Des. JÂNIO de Souza MACHADO

Desa. SORAYA NUNES LINS

Des. PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA

Des. RAULINO JACÓ BRÜNING

Des. JOSÉ INÁCIO SCHAEFER

Des. TULIO José Moura PINHEIRO

Des. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA

Des. ROBSON Luz VARELLA

Juiz de Direito de Segundo Grau ALTAMIRO DE OLIVEIRA (Substituindo o Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Des. PEDRO Manoel ABREU – Presidente

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Des. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA

Des. CID José GOULART Junior

Des. JAIME RAMOS

Des. JOÃO HENRIQUE BLASI

Des. JORGE LUIZ DE BORBA

Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA (Substituindo o Des. José GASPAS RUBICK)

Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ADILSON SILVA (Substituindo o Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS)

Juiz de Direito de Segundo Grau GUILHERME NUNES BORN (Substituindo o Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU)

Juiz de Direito de Segundo Grau DINART FRANCISCO MACHADO (Substituindo a Des. SÔNIA MARIA SCHMITZ)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente

Juíza de Direito de Segundo Grau DENISE VOLPATO (Substituindo o Des. 3º Membro da 1ª Câmara Civil)

Juiz de Direito de Segundo Grau GERSON CHEREM II (Substituindo o Des. JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR)

Juíza de Direito de Segundo Grau DENISE VOLPATO (Cooperadora)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. José TRINDADE DOS SANTOS – Presidente

Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN

Des. JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA

Juiz de Direito de Segundo Grau GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. FERNANDO CARIONI – Presidente

Des. MARCUS TULIO SARTORATO

Juiz de Direito de Segundo Grau SAUL STEIL (Substituindo a Des. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA)

Juiz de Direito de Segundo Grau SAUL STEIL (Cooperador)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. VICTOR José Sebem FERREIRA – Presidente

Des. LUIZ FERNANDO BOLLER

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

Juiz de Direito de Segundo Grau JORGE LUIS COSTA BEBER (Cooperador)

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA – Presidente

Des. HENRY Goy PETRY JUNIOR

Juiz de Direito de Segundo Grau ODSON CARDOSO FILHO (Substituindo o 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 (Ag. Nom. Juiz de Segundo Grau)

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

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES – Presidente

Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS

Des. RODRIGO ANTÔNIO da Cunha

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

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desa. REJANE ANDERSEN – Presidente

Des. RAULINO JACÓ BRÜNING

Des. ROBSON Luz VARELLA

Juiz de Direito de Segundo Grau DINART FRANCISCO MACHADO (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA – Presidente

Des. TULIO José Moura PINHEIRO

Des. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE – Presidente

Des. JOSÉ INÁCIO SCHAEFER

Juiz de Direito de Segundo Grau ALTAMIRO DE OLIVEIRA (Substituindo o Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER)

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

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN – Presidente

Des. JÂNIO de Souza MACHADO

Desa. SORAYA NUNES LINS

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

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. NEWTON TRISOTTO – Presidente

Des. JORGE LUIZ DE BORBA

Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA (Substituindo o Des. José GASPAR RUBICK)

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

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. JOÃO HENRIQUE BLASI – Presidente

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Des. CID José GOULART Junior

Juiz de Direito de Segundo Grau FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. PEDRO MANOEL ABREU – Presidente

Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ADILSON SILVA (Substituindo o Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS)

Juiz de Direito de Segundo Grau GUILHERME NUNES BORN (Substituindo o Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU)

Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ADILSON SILVA (Cooperador)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA – Presidente

Des. JAIME RAMOS

Juiz de Direito de Segundo Grau DINART FRANCISCO MACHADO (Substituindo a Des. SÔNIA MARIA SCHMITZ)

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

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Des. RUI Francisco Barreiros FORTES – Presidente

Juiz de Direito de Segundo Grau DOMINGOS PALUDO

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

Juíza de Direito de Segundo Grau CLÁUDIA LAMBERT DE FARIA

Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ ZANELATO

SEÇÃO CRIMINAL

Des. José Antônio TORRES MARQUES – Presidente

Des. ALEXANDRE d'IVANENKO

Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO

Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS

Desa. MARLI MOSIMANN VARGAS

Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL

Des. ROBERTO LUCAS PACHECO

Des. CARLOS ALBERTO CIVINSKI

Des. RICARDO José ROESLER

Juiz de Direito de Segundo Grau RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO (Ag. Nom. Juiz de Segundo Grau)

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

Juiz de Direito de Segundo Grau VOLNEI CELSO TOMAZINI (Substituindo a Des. SALETE SILVA SOMMARIVA)

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Desa. MARLI MOSIMANN VARGAS – Presidente

Des. CARLOS ALBERTO CIVINSKI

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

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

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL – Presidente

Des. RICARDO José ROESLER

Juiz de Direito de Segundo Grau VOLNEI CELSO TOMAZINI (Substituindo a Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA)

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

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Des. José Antônio TORRES MARQUES – Presidente

Des. ALEXANDRE d'IVANENKO

Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO

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

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS – Presidente

Des. ROBERTO LUCAS PACHECO

Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ EVERALDO SILVA (Ag. Nom. Juiz de Segundo Grau)

Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ EVERALDO SILVA (Cooperador)

JUÍZES CORREGEDORES

Juiz-Corregedor VITORALDO BRIDI

Juiz-Corregedor ANTÔNIO ZOLDAN DA VEIGA

Juiz-Corregedor LUIZ CESAR SCHWEITZER

Juiz-Corregedor DAVIDSON JAHN MELLO

Juiz-Corregedor ALEXANDRE KARAZAWA TAKASCHIMA

COORDENADORIA DE MAGISTRADOS

Juiz MARCELO PIZOLATI

CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA

RICARDO ALBINO FRANÇA

DIRETORIA-GERAL ADMINISTRATIVA

CLEVERSON OLIVEIRA

DIRETORIA-GERAL JUDICIÁRIA

MAURÍCIO WALENDOWSKY SPRÍCIGO

NOTICIÁRIO

**DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR
JORGE HENRIQUE SCHAEFER MARTINS EM NOME DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM SAUDAÇÃO AOS TRÊS NOVOS
DESEMBARGADORES EMPOSSADOS NO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DE SANTA CATARINA**

“Excelentíssimo Senhor Desembargador José Trindade dos Santos, Presidente desta egrégia Corte; Excelentíssimo Senhor Promotor de Justiça César Augusto Grubba – Secretário de Estado da Segurança Pública e Defesa do Cidadão, neste ato representando o Governador do Estado, João Raimundo Colombo; Excelentíssimo Senhor Deputado Gelson Merisio, Presidente da Assembleia Legislativa de Santa Catarina; Excelentíssimo Senhor José Eduardo Orofino da Luz Fontes – Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Administrativos, nesta oportunidade representando Gercino Gerson Gomes Neto, Procurador-Geral de Justiça; Excelentíssimo Senhor Deputado Federal Décio Nery de Lima; Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal de Florianópolis Dário Elias Berger; Excelentíssimo Senhor General de Brigada Décio dos Santos Brasil, Comandante da 14^a Brigada da Infantaria Motorizada; Excelentíssimo Senhor Paulo Roberto de Borba, Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Santa Catarina; e Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito Paulo Ricardo Bruschi, Presidente da Associação de Magistrados Catarinenses, Senhores Juízes, Senhores Procuradores de Justiça, Senhores Promotores de Justiça, Senhores Advogados, Senhores Deputados, convidados dos empossados, Senhoras e Senhores Desembargadores, antes de dar início à minha locução, quero saudar, especialmente, a Advogada Jacira Caetano Ulysséa, a também advogada Renata Caetano Góes Ulysséa e o acadêmico de direito João Henrique Caetano Góes Ulysséa, esposa e filhos do Desembargador João Batista Góes Ulysséa, a bacharel Alexandra Paglia e os infantes Ra-

faella Paglia Danielli e Mateus Paglia Danielli, esposa e filhos do Desembargador Ronei Danielli, a Desembargadora Lúcia de Castro Boller, do egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Advogado Marcelo de Castro Boller e o acadêmico de ciências aeronáuticas Maurício de Castro Boller, esposa e filhos do colega Desembargador Luiz Fernando Boller, são eles, juntamente com os respectivos progenitores, que motivaram e motivam os hoje homenageados, na luta do dia a dia, dando-lhes alegrias e recompensas pelo desempenho profissional e convivência familiar. Pois bem, distinguiu-me o eminente Presidente deste Tribunal, Desembargador José Trindade dos Santos, com a honrosa incumbência de saudar, em nome da Corte, os novos Desembargadores que hoje tomam assento perante o Tribunal Pleno. Os Desembargadores João Batista Góes Ulysséa, Ronei Danielli e Luiz Fernando Boller, com carreiras e caminhos distintos, chegam juntos para construir uma nova história em suas vidas, enriquecendo a Justiça catarinense com suas experiências e conhecimento. João Batista Góes Ulysséa, filho de Laguna e radicado em Tubarão, graduou-se em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, tendo tido o privilégio de frequentar a saudosa Faculdade de Direito da Rua Esteves Júnior, ocasião em que fomos colegas. Sempre afável e cordial, conquistou amizades e, posteriormente, com sua dedicação, firmou-se como combativo e diligente advogado, granjeando a confiança de extensa clientela e respeito no âmbito jurídico, em especial do sul do Estado. Exerceu importantes funções na Ordem dos Advogados do Brasil, Subseccional de Tubarão, da qual foi Presidente, e também na Seccional de Santa Catarina, contribuindo para sua evolução e aprimoramento. Aporta neste Tribunal de Justiça com entusiasmo e, sem sombra de dúvida, com o firme propósito de somar seus esforços à consecução da causa da justiça. Sei, pelo conhecimento que tenho do Desembargador João Batista, que Sua Excelência está consciente do fardo que passa a carregar, o qual foi descrito com muita propriedade por Piero Calamandrei: ‘o juiz é o direito feito homem. Só desse homem posso esperar, na vida prática, aquela tutela que em abstra-

to a lei lhe promete. Só se esse homem for capaz de pronunciar a meu favor a palavra da justiça, poderei perceber que o direito não é uma sombra vã'. Contudo, esse ônus, em vez de esmorecê-lo, somente lhe servirá de estímulo. Ronei Danielli, por sua vez, é originário de Vargeão, pequeno município incrustado na região do Contestado, oeste de Santa Catarina, obtendo sua formação em Direito na Universidade Regional de Blumenau – Furb, onde tive a grata satisfação de ter sido seu professor. Destacado aluno, foi Presidente do Centro Acadêmico Clóvis Bevilacqua – Dablobe, o qual, sob sua direção, realizou importantes eventos jurídicos naquela cidade, possibilitando a vinda de renomados doutrinadores para a discussão de questões de elevado interesse. Profissionalmente estabeleceu-se em Florianópolis, formando renomada banca de advocacia, e, com firme e competente atuação, granjeou o respeito da classe jurídica, em especial, no direito público. Chega ao Tribunal de Justiça com a ótica de quem sempre esteve à busca da justiça no exercício da advocacia, sobretudo consciente da ensinança de Ruy Barbosa, em sua *Oração aos moços*, quando disse: 'que extraordinário, que imensurável, que, por assim dizer, estupendo e sobre-humano, logo, não será, em tais condições, o papel da justiça! Maior que o da própria legislação. Porque, se dignos são os Juízes, como parte suprema, que constituem, no executar das leis, em sendo justas, lhes manterão eles a sua justiça, e, injustas, lhes poderão moderar, se não, até, no seu tanto, corrigir a injustiça'. Peculiaridade comum aos Desembargadores João Batista e Ronei, deve ser salientada: ambos são oriundos da classe da advocacia, vindo a completar, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a representação constitucional da Ordem dos Advogados, cumprindo tradição consagrada na Carta Política brasileira. Trazem, pois, experiências distintas daqueles que abraçaram a magistratura como carreira já no início de suas vidas profissionais. Isso, no entanto, não os apequena, ao contrário, confere-lhes a condição de trazer ao âmbito dos debates e julgamentos uma visão diferenciada do trato com a justiça, contribuindo para a construção de soluções mais justas. Não se têm dúvidas

de que repetirão as reconhecidas passagens de outros desembargadores egressos da nobre atividade advocatícia, que por aqui estiveram abrilhantando o Tribunal de Justiça, como aqueles que aqui ainda se encontram, honrando suas origens e dignificando a justiça. Gaúcho de Porto Alegre, graduado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Luiz Fernando Boller iniciou sua vida no Direito pelo exercício da advocacia, atividade à qual se dedicou nos cinco primeiros anos após formado. Na sequência, atuou como Juiz-Pretor no vizinho Estado, tendo cruzado a fronteira no ano de mil novecentos e oitenta e sete, trocando os pampas pelos pagos barrigas-verdes da terra de Anita, para ingressar na carreira da magistratura de Santa Catarina. Suas fortes convicções e personalidade fizeram com que, em pouco tempo, obtivesse o respeito e a amizade de seus colegas e jurisdicionados. Após suplantar a fase de Juiz Substituto, peregrinou pelas regiões oeste, planalto, planalto norte, extremo sul e sul do Estado, sendo titular nas comarcas de Seara, Santa Cecília, Canoinhas, Araranguá, Criciúma e Tubarão, tendo nesta última permanecido por nove anos, integrando a 4ª Turma de Recursos sediada em Criciúma. Desde o ano de dois mil e nove atua neste Tribunal de Justiça, na condição de Desembargador Substituto, com reconhecida atuação na implantação e desenvolvimento dos trabalhos da Câmara Especial Regional de Chapecó, passando na sequência a integrar, com merecido destaque, a Câmara Civil Especial. Coroa sua brilhante carreira de mais de vinte e três anos de judicatura com o acesso à mais alta Corte estadual. Sua Excelência, com a vasta experiência adquirida, sabe, como ressaltou Edgar de Moura Bittencourt, que: ‘a arte de julgar está na descoberta da justiça no vasto campo do direito, que a lei traça na extensão do necessário e conhecido. A doutrina aclara; a jurisprudência orienta e define. Mas, todas solicitam do juiz o respeito às particularidades, para os rumos da realidade. [...] a arte de julgar (‘instintiva e divinatória’, como a denominou Rivière) está na descoberta da justiça no campo do direito. O magistrado não a encontrará fora desse campo, porque ele próprio alargará seus limites até onde a encontrar’. Seus

familiares e amigos, orgulhosos, estão tomados de júbilo. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nesta oportunidade, engalana-se para receber seus novos pares. Está confiante, mais que isso, tem a certeza de que serão paradigmas na tarefa de julgar e distribuir justiça, contribuindo para o desenvolvimento do Judiciário em particular e do bem comum no geral. Sejam muito bem-vindos Desembargadores, e, principalmente, sejam muito felizes. Muito obrigado.”

DISCURSO DE POSSE DO DOUTOR JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

“Excelentíssimo Senhor Desembargador José Trindade dos Santos, Digníssimo Presidente do egrégio Tribunal de Santa Catarina, ao cumprimentá-lo, torno extensivo aos demais Desembargadores integrantes desta Corte. Excelentíssimo Senhor Promotor de Justiça César Augusto Grubba, Secretário de Estado da Segurança Pública e Defesa do Cidadão, representando o Governador João Raimundo Colombo. Excelentíssimo Senhor Deputado Gelson Merisio, Digníssimo Presidente da Assembleia Legislativa de Santa Catarina. Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça José Eduardo Orofino da Luz Fontes, Sub-Procurador-Geral de Justiça para Assuntos Administrativos, representando o Doutor Gercino Gerson Gomes Neto, Procurador-Geral de Justiça. Excelentíssimo Senhor Deputado Federal Décio Lima. Excelentíssimo Senhor Dário Elias Berger, Digníssimo Prefeito de Florianópolis. Excelentíssimo Senhor General de Brigada Décio dos Santos Brasil, Digníssimo Comandante da 14ª Brigada de Infantaria Motorizada. Excelentíssimo Senhor Doutor Paulo Roberto de Borba, Digníssimo Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina. Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito Doutor Paulo Ricardo Bruschi, Digníssimo Presidente da Associação dos Magistrados Catarinenses. Senhoras e Senhores: Agradeço inicialmente as palavras do ilustre Desembargador Jorge Henrique Schaefer Martins, mas não posso deixar de salientar que as ponderações foram lançadas em função de uma velha e grande amizade, ainda nos bancos escolares, com o nobre e querido amigo, sempre despontando pela bondade e pela generosidade. Senhoras e Senhores, recebi, após trinta e um anos atuando como advogado, voto de confiança para integrar o egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Relembro meu

ingresso na vida estudantil em Tubarão, na época o primário, no Colégio São José. Após, o ginásio no Colégio Padre Dehon, neste onde também iniciei o primeiro ano científico em mil novecentos e setenta e três. Continuando, em mil novecentos e setenta e quatro, no Colégio Catarinense em Florianópolis, com encerramento em mil novecentos e setenta e cinco. Em mil novecentos e setenta e seis ingressei na Faculdade de Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, localizada, como mencionou o Desembargador Jorge Henrique Schaefer Martins, ainda na Rua Esteves Júnior. Simultaneamente, atuava participando dos movimentos políticos estudantis no diretório ligado ao Centro Socioeconômico e, também, fundando, naquela oportunidade, o ‘Sapiens’, entidade cultural destinada aos problemas brasileiros. Antecipando determinadas disciplinas, concluí o curso antes do previsto, no primeiro semestre de mil novecentos e oitenta. Com a expedição da carteira pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina, iniciei a advocacia em Criciúma, aceitando o convite de meus tios Hércio Bianchini Góes, Ernesto Bianchini Góes e meu primo Tito Luiz de Assis Góes. Lá permaneci até o início de mil novecentos e oitenta e um, quando então resolvi realizar uma aventura, retornar para a cidade de Tubarão, instalando um escritório de advocacia. Não posso omitir, aqui, o auxílio prestativo que recebi do Doutor Megalvio Mussi e seu filho Megalvio Mussi Junior. Prosseguindo a caminhada, percebi a necessidade de cursos complementares, como já foi mencionado. Simultaneamente, continuava advogando, sem abandonar a função social incidente ao advogado e, embora com a aparente contradição, atuava como profissional de sociedades empresárias, além de cooperativas e associações ligadas ao comércio e à indústria. Também segui atuando na Ordem dos Advogados, tanto como Presidente, Vice-Presidente e Secretário. Atuei no Tribunal de Ética e Disciplina, deixando-o, quando participei do registro na lista, então ocupando a vice-presidência da referida Corte. Senhoras e Senhores, nesta caminhada, sempre procurei a preservação de princípios com consciência profissional, sem abordar naturais fins ligados à profissão exercida. Pretendo não desa-

pontar. Tenho consciência, a busca de satisfação pela sociedade que clama por ética, por direitos e por justiça. E não poderia ser diferente. Afinal, ocorrendo o rompimento dos compromissos com a democracia efetivamente representativa, provocar bloqueio à retidão, vetar a verdade, termina por exibir a possibilidade de o País fechar os horizontes do próprio futuro. Tomo posse acreditando no que sempre acreditei: na independência e na grandeza da justiça, sem abandonar o sentido da vida. Creio, aliás, que a moldura do desenho da vida passa pelo sentido ofertado por cada um de nós, conjugado com o equilíbrio de valores. Este é o imperativo à vida, olhando o próximo. Por isso, pertinente salientar ter esse sentido, nas palavras de Cora Coralina, porque: 'Não sei... Não sei... se a vida é curta ou longa demais para nós, mas sei que nada do que vivemos teria sentido, se não tocássemos o coração das pessoas. Muitas vezes basta ser: colo que acolhe, braço que envolve, palavra que conforta, silêncio que respeita, alegria que contagia, lágrima que corre, olhar que acaricia, desejo que sacia, amor que promove. E isso não é coisa de outro mundo, é o que dá sentido à vida. É o que faz com que ela não seja nem curta, nem longa demais, mas que seja intensa, verdadeira, pura... enquanto durar.' Esta etapa pode ser considerada uma nova fase na minha vida, porém continuará sem discriminação de qualquer natureza, resguardando o ser humano e sempre atuando com zelo, com honra e dignidade. Presencia-se a verdade, momento histórico mundial, crítico, que termina por desgastar as esperanças, provocar incontável ansia e, assim, gerando a intranquilidade e os incômodos. Enfrenta-se crise mundial profunda e extensa, com rompimento e inversão de valores, com divagações patéticas. Constatamos absurda competição, na qual os seres humanos são derrubados ou preteridos pelos seus semelhantes. Espaços simples que deveriam ser alimentados pela paz e pelo calor humano são transformados em espaços de temeridade, de atritos e de guerras. O valor de nossa vida não permanece preso ao marco inicial de nosso trajeto, mas à sensível dedicação mantida em nosso percurso, semeando o bem em todo o caminho para efetivamente sermos mantidos pela paz e pela tranquilidade. E não pode ser tomado

de forma diferenciada. Afinal, qualquer ato, qualquer expressão, qualquer omissão, qualquer gesto atinge o coração do próximo ou a vida de um indefeso, resulta na abertura ou num bloqueio à esperança, oferta ou nega um sentido de existência, transmite ou impede um sorriso. Não por outro motivo Gandhi salientava: ‘Na minha humilde opinião, a não cooperação com o mal é nosso dever, tanto quanto o é cooperar com o bem’. Confesso, continuo tentando aprimorar cultos aos princípios éticos, de modo a oferecer confiança, resguardando a probidade, a dignidade das pessoas de bem e a correção profissional. Senhoras, Senhores: Não poderia deixar de destacar, ainda, a confiança demonstrada pelos advogados, ao inserir meu nome na respectiva lista, e, em especial, integrantes da Seccional de Santa Catarina, aqui representada pelo Doutor Paulo Roberto de Borba. Creio que o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil possui alinhamento universal quando direciona como imperativo de conduta a luta sem receio pelo primado da justiça. Creio ter ocorrido voto de crédito nesse sentido. Tenho consciência para corresponder. Não posso deixar de agradecer também a confiança depositada pelos digníssimos magistrados integrantes do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, neste ato representados pelo Excelentíssimo Desembargador Trindade dos Santos. Sei de minhas limitações, porém tentarei, com trabalho, lealdade e perseverança, retribuir e corresponder. Importa ser preservado o consistente prestígio de que goza e sempre gozou o Poder Judiciário de nosso Estado, pela atuação incansável de seus integrantes. Reafirmo, postura reta, leal e de boa-fé continuará a ser mantida. Não abandonarei a caneta, na busca da prestação jurisdicional correta, justa e imparcial. Também não posso omitir crédito e a confiança depositada pelo Senhor Governador Raimundo Colombo, Digníssimo representante do Executivo Estadual. Com respeito, saliento meus cumprimentos e a confiança que ficou retratada. Ressalto, ainda, que sempre mantive e manteremos sadio relacionamento com o Ministério Público de Santa Catarina, de forma que vale ressaltar nossa admiração. Também cumprimento a imprensa, cuja presença é indispensável à sociedade, para per-

manecer resguardada e mantida a própria democracia com senso crítico e fiscalizador. Agradeço às autoridades presentes, como aos meus amigos, enfim, a todos que partilham este momento e complementam minha alegria. Finalizando, tomo minha família. Meu eterno reconhecimento aos meus pais, Danyr e Irene, esta que nos deixou há pouco tempo. Agradeço, diariamente, pelo amor, pela compreensão e pelo conforto. Tenho belos e pacientes irmãos. Adriana, assistente social incansável, ofertando palavras para amparar vítimas em conjunto com o seu lutador marido, Ney. Janine, filósofa e sempre desprendida, resguardando os nossos sentidos às lições básicas e a seu marido, Paulo. Luiz Fernando, solidário, desprendido e dedicado integrante do Ministério Público, sempre oferecendo algo mais de si, em conjunto com a esposa, Nádia. Meus agradecimentos. À minha esposa, Jacira, companheira de todas as horas e que nunca deixou de compreender a travessia de todos os momentos vividos, muitas vezes interceptados pelo trabalho profissional, outras de cursos, sacrificando a vida familiar e a convivência, sempre mantendo a paciência. Aos meus filhos, Renato e João Henrique, lindos, maravilhosos, amados e que seguem me ofertando sentido à vida. Senhoras, Senhores: Este momento chega com sorrisos, palavras, gestos, enfim, pelo aperto no coração. Eu gostaria de encerrar, utilizando as palavras de Rubem Alves para fazer uma confissão: ‘Compreendi, então, que a vida não é uma sonata que, para realizar a sua beleza, tem de ser tocada até o fim. Dei-me conta, ao contrário, de que a vida é um álbum de minissontatas. Cada momento de beleza vivido e amado, por efêmero que seja, é uma experiência completa que está destinada à eternidade. Um único momento de beleza e amor justifica a vida inteira’. E assim concludo, nessa visão, pedindo todos os dias a manutenção do sorriso, ainda que a dor torturar ou que a saudade atormentar dias tristonhos, o vazio o sufocar. Afinal, devemos sorrir, ainda quando tudo terminar e ainda que nada mais restar do nosso sonho, que na verdade é encantador. Obrigado.”

DISCURSO DE POSSE DO DOUTOR RONEI DANIELLI NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

“Excelentíssimo Senhor Desembargador José Trindade dos Santos, Presidente deste egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, demais autoridades que compõem a mesa devidamente nominadas, Excelentíssimas Senhoras Desembargadoras, Senhores Desembargadores, Senhoras e Senhores aqui presentes que nos prestigiam, queridos amigos: O chamado quinto constitucional nasceu, no Brasil, juntamente com a República. A Constituição de mil oitocentos e noventa e um já continha previsão acerca da composição da Justiça Federal com membros advindos da Advocacia indicados em lista tríplice pelo Supremo ao Presidente da República. A Constituição Federal de mil novecentos e trinta e quatro, promulgada sob os reflexos da Revolução de Trinta, que tinha como lema ‘Justiça e Representação’, inaugurou a fórmula seguida pelos regimes constitucionais seguintes. Sua maior virtude é trazer para o Judiciário as necessidades dos que buscam a prestação jurisdicional, por intermédio daqueles que sempre foram seus porta-vozes: os membros do Ministério Público e os Advogados. No Poder Judiciário catarinense grande foi a contribuição da advocacia no aperfeiçoamento e na melhoria da prestação jurisdicional. Magistrados de escol, como Jorge Mussi e seu mutirão da conciliação e João José Ramos Schaefer com seus projetos de alterações regimentais, são apenas dois dos muitos exemplos que poderiam ser citados. Passo a integrar esta Corte, em nome da advocacia, para servir, fazer o bem e, de alguma forma, melhorar a vida dos seis milhões de catarinenses que anseiam pela prestação jurisdicional célere e efetiva, comprometida com sua finalidade constitucional e menos ligada a formas e formalismos

excessivos. Nunca me vinculei à ideologia alguma. Fiz da advocacia o exercício contínuo da defesa de um princípio de independência; mantive, incondicionalmente, uma postura de amor ao direito e busca da justiça, sem me comprometer com cores, bandeiras partidárias ou pessoais, por melhores que fossem. Na lição de Rui Barbosa: Na missão do advogado, também se desenvolve uma espécie de magistratura. As duas se entrelaçam, diversas nas funções, mas idênticas no objeto e na resultante: a Justiça. Com o advogado, Justiça militante. Justiça impenetrante, no magistrado. Só resta aduzir que tal entrelaçamento atinge a plenitude quando o advogado ingressa na seara da magistratura. Hélio de Melo Mosimann em discurso, transcrito na Jurisprudência Catarinense número vinte e três, página seiscentos e dezessete, proferido por ocasião de sua posse no cargo de Desembargador, nesta Corte, em vinte e cinco de abril de mil novecentos e setenta e nove, traduziu em palavras meu sentir e pensar: ‘Fala, agora, o juiz que assumiu um augusto compromisso, incorporando-se aos membros deste sodalício, reduto maior da nossa cultura jurídica. Moço, ainda, hão de dizer. Moço sim, e um sonhador, mas não menos sofrido, menos experimentado e menos vivido nos ideais de justiça. Moço quero continuar, mesmo vendo passar o tempo, porque só envelhecem os que já não sonham.’ Dito isso, Senhor Presidente, Senhoras Desembargadoras, Senhores Desembargadores, afirmo que não me faltarão empenho e dedicação para bem cumprir o encargo, atuando de forma a honrar a origem da minha investidura, nunca me seduzindo pelas honrarias do poder, mas sim o sentido da grave responsabilidade de participar da distribuição da Justiça. Encerro, agradecendo a Deus Senhor Soberano dos nossos destinos, por conceder-me a graça de estar aqui com o coração cheio de humildade, de amor, de esperança e paz. Ao eminente Desembargador Jorge Henrique Schaefer Martins, que nos saudou com suas carinhosas palavras, de quem tive o privilégio de ser aluno na Universidade Regional de Blumenau e desde então privar da sua amizade. Aos meus

familiares, especialmente a Alexandra, Rafaela e Mateus. E aos muitos amigos que tenho. Talvez seja esta minha única qualidade: fazer amigos. De longe e de perto, de forma anônima ou efetiva, sempre me orientaram, ajudaram, aconselharam. Nos momentos de alegrias e nos momentos mais difíceis. Eram essas, Senhor Presidente, Senhoras e Senhores, as palavras que gostaria de pronunciar, agradecendo a atenção e a presença de todos.”

DISCURSO DE POSSE DO DOUTOR LUIZ FERNANDO BOLLER NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

“Excelentíssimo Senhor Desembargador José Trindade dos Santos, Digníssimo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em nome de quem saúdo as demais autoridades integrantes da mesa de trabalho. Excelentíssimas Senhoras Desembargadoras, Senhores Desembargadores, Juízes de Direito, membros do Ministério Público e Advogados. Meus amigos e familiares, minhas Senhoras e meus Senhores: num primeiro momento, dirijo recíprocos cumprimentos ao eminente Desembargador Jorge Henrique Schaefer Martins pelas magníficas palavras, que foram naturalmente sorvidas com grande admiração e respeito por todos os presentes, denotando a pública e notória sensibilidade e elegância que o fazem um dos mais bem preparados e respeitados integrantes desta Corte. Início minha oratória destacando, com grande orgulho, minha origem gaúcha. E neste momento – o mais importante de minha carreira – quando assumo o cargo de desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rendo homenagem ao Rio Grande do Sul. E não apenas por ter nascido sob aquele céu, mas por ter, em mil novecentos e oitenta e cinco, iniciado carreira na magistratura daquele Estado, experiência decisiva para que, certo de minha verdadeira vocação, pudesse iniciar uma fase de plenitude e alegria optando por dedicar-me a Santa Catarina, Estado belo e acolhedor, dotado de plúrimas e encantadoras paisagens, habitado por povo digno, acolhedor, inteligente e capaz. Aqui logrei êxito. Aprovado em concurso público, tomei posse em mil novecentos e oitenta e sete, tendo como colegas de turma os hoje Desembargadores Cláudio Valdyr Helfenstein, Sônia Maria Schmitz e Jairo Fernandes

Gonçalves. Nomeado para exercer o cargo de juiz substituto, iniciei desempenhando minhas funções em Criciúma, movimentando-me pelas comarcas de Içara, Urussanga, Orleans, Braço do Norte e Tubarão. Como Juiz de Direito vitalício, fui titular das comarcas de Seara, Santa Cecília, Canoinhas, Araranguá e, novamente, Criciúma, onde – além da convocação desde mil novecentos e noventa e três até mil novecentos e noventa e nove para compor o ‘quorum’ do triunvirato de julgadores nas sessões de julgamento da 4ª Turma de Recursos – estive à frente da 1ª Vara Cível e da 2ª Vara Criminal, atuando, também, como Corregedor do já então superlotado ‘Presídio Regional Santa Augusta’ e, ainda, da ‘Casa do Albergado’. Trago comigo a grata conquista de, como Juiz Diretor do Foro, ter obtido da Prefeitura Municipal de Criciúma a doação do terreno com área de dez mil metros quadrados, onde, com recursos oriundos do Fundo de Reaparelhamento do Judiciário, durante minha gestão, construí o atual prédio do Foro de Justiça, localizado na avenida Santos Dumont, inaugurado ao final da gestão do Desembargador João Martins, então Presidente do Tribunal. Depois de lá permanecer durante seis anos, fui a próprio pedido removido da comarca de Criciúma para Tubarão, onde, em mil novecentos e noventa e nove, primeiramente assumi a titularidade do Juizado Especial Cível, tendo posteriormente sido titular da 2ª Vara Cível. Em Tubarão, minha última comarca antes de ser removido para o Tribunal de Justiça, permaneci por nove anos. Como Juiz de Direito de Segundo Grau, assumi o exercício em janeiro de dois mil e nove na Câmara Especial Regional de Chapecó, onde tive a grata honraria de atuar na implantação e no desenvolvimento dos trabalhos iniciais para sua instalação, com a descentralização da Justiça, iniciativa pioneira do Judiciário catarinense em todo o País. Superada essa histórica fase de descentralização da prestação da tutela recursal rumo ao oeste, na condição de Juiz de Direito de Segundo Grau passei a compor, ainda, o grupo de julgadores da Câmara Civil Especial – a ‘Câmara dos Agra-

vos' – recebendo distribuição que, não raras vezes, ultrapassava a grandeza de sessenta recursos por dia! Nesse órgão, bastante dinâmico, pude compartilhar a agradável companhia e o incomensurável conhecimento jurídico dos Desembargadores Nelson Juliano Schaefer Martins, Solon d'Eça Neves e Antonio do Rêgo Monteiro Rocha, integrando profícuas e instigantes discussões jurídicas travadas pelos Desembargadores Substitutos Domingos Paludo, Paulo Roberto Sartorato e Carlos Alberto Civinski, que permanecem dedicando grande esforço àquela Câmara, além dos Desembargadores Substitutos Rodrigo Colação e Saul Steil, que por lá passaram, legando grande contribuição para o aqulitamento da interpretação jurídica no que toca à disciplina do recurso de agravo. Esta experiência no segundo grau de jurisdição, em várias oportunidades me fez recordar o encantamento que sentia no início de minha carreira, fazendo com que meu compromisso social fosse renovado ao raiar de cada novo dia. Não posso deixar de mencionar que inúmeros foram os desafios. Muitas foram as dificuldades, mas, sempre superadas, ensejaram momentos de rara alegria, como o reconhecimento, sentido no contato com advogados, colegas magistrados, membros do Ministério Público, servidores e funcionários. Nos momentos difíceis, não me faltaram mãos estendidas, facilitando a retomada de minha caminhada. Faço aqui, especial referência ao magnânimo Desembargador Marcus Tulio Sartorato, que, com competência e aptidão, magistralmente, apontou-me o que é a justa distribuição da justiça: julgar segundo o direito e melhor consciência. Vossa excelência bem sabe a que me refiro. Receba, pois, meu franco, público e especial agradecimento. E por falar em momentos de crise, não posso seguir adiante sem agradecer ao Grande Arquiteto do Universo, que possui planos às vezes difíceis de compreender ou aceitar, mas que o tempo se encarrega de desvendar, mostrando o quanto cada um de nós é amado e querido por ele, Deus, o ser supremo. É nesses momentos que nossa consciência se renova, viabilizando o fortaleci-

mento da alma pela experiência adquirida. Dedico esta conquista ao meu falecido pai Ary e a minha também falecida mãe Zórah, ambos funcionários de carreira do Ministério da Fazenda, que do hemisfério celeste indubitavelmente devem estar sentindo-se honrados ao ver o fruto de seu legado ideológico de honestidade, trabalho, probidade, respeito, amor e perseverança. À minha amada esposa Lúcia de Castro Boller – Desembargadora Presidente da 13ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – que teve de ser pai e mãe, representando-me em razão de minha ausência, declaro-lhe publicamente meu amor, que além de eterno é tão forte, que sempre reduziu a distância geográfica que se fez presente entre nós em razão de nossas carreiras distintas, constituindo meu porto seguro em três décadas de união. Agradeço a Deus por termos nos conhecido quando colegas na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, onde namoramos, noivamos e casamos. Exemplo de profissional, sem o estímulo, apoio e amparo de Lúcia – minha alma gêmea – certamente não teria chegado até aqui. Lúcia: obrigado por tudo! A você Marcelo de Castro Boller, meu primogênito, por ter me honrado com a carreira escolhida. Tenho muito orgulho do seu êxito e estou certo de que as portas do sucesso e da realização profissional estão diante de você. Parafraseando Calamandrei, digo-lhe que, ‘aquele que tem fé na justiça consegue fazer com que mude o curso das estrelas’. Comandante Maurício de Castro Boller, meu caçula, formando da Faculdade de Ciências Aeronáuticas da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul: sua obstinação e dedicação sempre me foram confortantes, contribuindo para a manutenção do meu equilíbrio. Lembre-se: ‘nada é pesado demais para quem tem asas’. A Leda Colmiéres de Castro, mulher maravilhosa, magnífica, que deu a luz ao amor da minha vida. Pela totalidade das coisas, muito obrigado minha amada sogra! Tudo de bom na sua vida. Muita paz, amor, saúde e força para que possas dar continuidade a esse grandioso trabalho de mais

de três décadas. Continue contando comigo! Minha querida esposa Lúcia e amados filhos Marcelo e Maurício: desde quando ingressei na magistratura como Pretor, Juiz togado, julgando nas comarcas de São Gabriel e São Jerônimo no Rio Grande do Sul, vocês vem tendo que aguardar os finais de semana para contar com a minha presença. Saibam, contudo, que nunca estive longe por um minuto sequer, e dedico esta conquista a vocês, especialmente, que são a razão de minha alegria! De outra banda, agradeço aos meus leais assessores, que sempre se mostraram interessados em aprender e me forneceram suporte em muitos momentos. Ingresso nesta nova etapa deparando-me com um momento de importante avanço tecnológico, onde se vislumbra muito próximo o fim do processo tal como conhecemos. No início, as petições eram orais. Com a evolução da civilização, os peticionamentos passaram a ser manuscritos, condição que perdurou até meados do século passado, quando, então, passaram a ser datilografados e, posteriormente, digitados. Do mesmo modo, também assim o foi a resposta jurisdicional. Hoje ainda, mas... até quando mais? Com o Sistema de Automação do Judiciário – SAJ, já estamos abandonando o papel em experiências setorizadas, com bastante sucesso. Diante disso, nossa administração vem investindo em equipamentos capazes de sustentar esse novo paradigma, onde os autos – como veículo físico – estão prestes a constituir momento histórico superado. Recebendo os processos da Quarta Câmara de Direito Civil, que, com grande honra, passo a integrar, vi-me divagando acerca da importância dessa evolução. Irreversível, a evolução digital prestes a se ampliar em nosso Tribunal contribuirá para a redução do consumo de papel, passando todas as informações que compõem o processo a integrar arquivos puramente digitais ou digitalizados. Além do benefício ecológico nítido, haverá otimização da despesa pública, pois o trabalho despendido com o ‘leva e traz’ de volumes será empregado em atividades intelectuais, mais adequadas ao múnus público que constitui a jurisdição. E digo isso não apenas para

ressaltar a importância do momento que vivenciamos, mas para destacar que essa natural aceleração e dinamização da análise e julgamento de processos e recursos, resultado do emprego adequado da informática, não pode implicar o afastamento do magistrado da comunidade que o cerca. Há necessidade de se promover uma participação mais efetiva da sociedade em suas instituições. E, no âmbito do Poder Judiciário, isso significa a aproximação do juiz aos seus jurisdicionados, possibilitando uma adequada compreensão do contexto em que deverá produzir efeito a decisão. Sem essa compreensão, as distorções serão inevitáveis e, com o processo digital, mais ampliadas, com repercussão negativa na vida dos cidadãos, o que é absolutamente indesejado. O juiz moderno e participante dos anseios de um Estado Democrático de Direito não pode se confinar nas folhas dos processos ou se isolar nos gabinetes ou salas de sessões. Passando a compor este Tribunal, creio que meu esforço de aproximação deve ser ainda maior, desafio que entendo pertinente a esta nova etapa de minha carreira, oportunidade em que reafirmo meu compromisso para com uma justiça acessível a todos, objetivando a construção de um mundo mais justo, fraterno e igualitário, para o que ainda se faz necessária a égide do Estado Democrático de Direito. O julgador deve primar pela conservação de sua maior qualidade: a independência, de si mesmo e dos poderosos; de si para que se liberte das paixões que cegam, dos poderosos para que não vingue sua opressão. Nenhuma outra virtude inspira maior confiança. É síntese das outras. Quem a possui e a exercita serenamente é senhor do seu ofício e contribui na esfera de sua atividade para que todos o sejam de seus direitos. Sob esta premissa, que cultivo ao longo dos anos, sinto-me preparado para bem exercer o cargo que me foi destinado – a sexagésima cadeira deste plenário –, e não posso deixar de referir que estou ansioso pelas lições que receberei nesta nova etapa, pois sabe-se que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina é referência nacional em inúmeros aspectos, sendo integrado por desembargadores

de reconhecido notável saber jurídico. Aliás, celeiro de conhecimento, impressiona a quantidade de obras jurídicas levadas à publicação por seus membros, produção científica que denota a magnânima capacidade não apenas de bem aplicar a lei, mas de interpretá-la de forma adequada, não raras vezes inédita e, por isso mesmo, paradigmática. E, em razão da genialidade que aqui se faz presente, o fato não poderia ser distinto. Agradeço a confiança em mim depositada por Vossas Excelências, que, assim, alçam-me à condição de par. Encerro minhas palavras mais uma vez agradecendo a oportunidade que me foi concedida, dedicando-a aos meus amigos, companheiros e parentes queridos, rendendo sincera homenagem às autoridades aqui presentes. Muito obrigado!”

HISTÓRIA JURÍDICA

**EVENTO: ABERTURA DA EXPOSIÇÃO DO MUSEU DO
JUDICIÁRIO CATARINENSE EM COMEMORAÇÃO AOS 120
ANOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Data: 3-10, às 17h

Local: Hall do TJ

Agradecimento às autoridades e demais presentes.

O Tribunal de Justiça, há 120 anos, efetiva a aplicação legítima do Direito de modo a garantir a eficácia dos mandamentos legais nas relações interpessoais e sociais. São várias décadas de um trabalho sério e dedicado a fim de corresponder às exigências a que os cidadãos têm direito.

E, é de grande importância que o dia a dia das atividades judicantes não se perca no tempo, pois é preciso manter nossas histórias acesas, já que é com base no que se fez, com base nos acontecimentos pretéritos, que as relações sociais, econômicas e políticas são desenvolvidas.

Conhecer a história faz com que o progresso se dê a partir de um ponto já construído, senão a evolução ficaria restrita e limitada à época vivida. As questões a serem descobertas seriam praticamente as mesmas, e a evolução humana e social, com toda razão, seria precária e insubsistente. Nesse passo, a memória constitui elemento imprescindível para a formação da identidade de uma pessoa, de uma comunidade ou de uma instituição, pois

os vincula a um contexto e a uma linha do tempo marcada por sucessivos fatos, valores e decisões. Decisões que são tão caras a qualquer pessoa quanto a um órgão jurisdicional, e caracterizadas não somente pelo próprio ato de eleição, mas, também, pela renúncia que compõe sua contraface e pela responsabilidade do sujeito que decide com os demais envolvidos e com o futuro.

Assim, é de extrema importância a história gravada no Museu do Judiciário catarinense, pois se hoje vivemos um estágio avançado em termos de estrutura e de Democracia isto decorre do trabalho árduo e profícuo de todos os agentes públicos que, nesses 120 anos de história, nos precederam e merecem ter seu legado reconhecido.

Muito obrigado!

**SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.847, de Santa Catarina

Relator: Ministro Gilmar Mendes

Requerente: Governo do Estado de Santa Catarina

Procurador: Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina

Interessado: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei estadual n. 13.921/2007, de Santa Catarina. 3. Serviço público de telecomunicações. 4. Telefonia fixa e móvel. 5. Vedação da cobrança de tarifa de assinatura básica. 6. Penalidades. 7. Invasão da competência legislativa da União. 7. Violação dos artigos 21, XI, 22, IV, e 175, parágrafo único, da Constituição Federal. Precedentes. 8. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, julgar procedente a ação direta, nos termos do voto do relator, ministro Gilmar Mendes.

Brasília, 1º de setembro de 2011.

Ministro Gilmar Mendes, Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Relator): Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, proposta pelo Governador do Estado de Santa Catarina contra a Lei n.

13.921, de 10 de janeiro de 2007, daquele Estado, que veda a cobrança, pelas concessionárias de telefonia, das tarifas de assinatura básica, bem como estabelece penalidades pelo descumprimento da vedação, por ofensa aos artigos 21, XI, 22, IV, e 175, parágrafo único da Constituição Federal.

Após aprovada pelo Legislativo, a lei recebeu o veto do Chefe do Poder Executivo. Rejeitado o veto, a norma foi promulgada pelo deputado estadual presidente da Assembleia Legislativa.

Eis o teor da norma impugnada:

Art. 1º Fica vedada a cobrança no Estado de Santa Catarina, pelas concessionárias prestadoras de serviços detelefonia fixa e móvel, das tarifas de assinatura básica, cobradas de seus consumidores e usuários.

Parágrafo único. As concessionárias de que trata o *caput* somente poderão cobrar pelo serviço disponibilizado efetivamente medido, mensurado ou identificado, ficando impedidas da cobrança de tarifa, taxa mínima ou assinatura básica de qualquer natureza e a qualquer título.

Art. 2º O descumprimento do disposto nesta Lei implica na aplicação, pelo órgão competente, das seguintes penalidades:

I – advertência; e

II – multa, na forma do parágrafo único do art. 57, da Lei federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, cobrada em dobro no caso de reincidência.

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

Aduz o requerente, em síntese, que a lei estadual impugnada é inconstitucional por invadir competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações, de acordo com o art. 22, IV, da Constituição.

Conforme previsto no art. 10, *caput*, da Lei n. 9.868/99, a presidência deste tribunal deferiu, em caráter liminar, o pedido de medida cautelar *ad referendum* do Plenário e até o julgamento final da ação, suspendendo, com efeitos *ex nunc*, a eficácia da Lei impugnada (fl. 22).

No entanto, o então relator desta ação direta determinou a abertura de prazo para manifestação da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República antes mesmo que a medida cautelar concedida fosse levada à apreciação do Plenário.

O Estado de Santa Catarina apresentou pedido de ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae*, o qual foi por mim indeferido, já que o postulante, que defende a mesma tese sustentada pelo requerente na petição inicial, está devidamente representado nos autos pelo autor da ação.

A Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, intimada, alegou que a cobrança da assinatura básica mensal é abusiva e ilegal e que a matéria da lei impugnada é especificamente de direito do consumidor e não de telecomunicações. Por essas razões, sustenta a constitucionalidade da lei impugnada.

A Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República manifestaram-se pela procedência do pedido, para que seja declarada a inconstitucionalidade da Lei n. 13.921, do Estado de Santa Catarina.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Relator): A questão constitucional debatida na presente ação cinge-se a saber se a Lei n. 13.921, de 10 de janeiro de 2007, do Estado de Santa Catarina – que veda a cobrança, pelas concessionárias de telefonia, das tarifas de assinatura básica, bem como estabelece penalidades para o caso de descumprimento da vedação – viola os artigos 21, XI, 22, IV, e 175, parágrafo único, da Constituição Federal.

Preliminarmente, reconheço a legitimidade do Governador do Estado de Santa Catarina para a propositura da ação (art. 103, V, da Cons-

tituição e art. 2º, V, da Lei 9.868/1999) e verifico também a regularidade dos demais requisitos de admissibilidade desta ação direta: o autor indicou os dispositivos sobre os quais versa a ação (Lei estadual n. 13.921/2007) e os fundamentos jurídicos do pedido (violação aos artigos 21, XI, 22, IV e 175, parágrafo único, da Constituição da República). Ademais, apresentou, juntamente com a petição inicial, cópia da norma impugnada.

Quanto à medida liminar concedida nos autos desta ação direta, verifico que não foi referendada pelo Plenário, tendo o antigo relator aberto prazo para manifestações definitivas da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República. Não obstante, estando os autos devidamente instruídos e em plenas condições de julgamento definitivo de mérito, perde sentido o referendo do Plenário da Corte quanto à liminar concedida pela Presidência. Assim, passo ao exame de mérito.

A Carta da República confere à União a competência para explorar os serviços de telecomunicação:

Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

Em paralelo, a Carta Magna estabelece a competência privativa da União para legislar acerca da matéria:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão.

Mais adiante, a Constituição atribui ao poder público o dever de prestar os serviços públicos, diretamente ou mediante regime de concessão ou permissão, bem como o dever de legislar sobre os direitos do usuário destes serviços e a sobre a política tarifária.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Tal dispositivo constitucional, conforme já salientado em julgados anteriores, deve ser interpretado no sentido de que a pessoa política responsável pela prestação do serviço é também a responsável pela edição das normas a que se refere o parágrafo único do art. 175.

Ressalto que, uma vez que a União é responsável pela prestação dos serviços de telecomunicações, também, incumbir-lhe-á legislar sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias do referido serviço, os direitos do usuário, a política tarifária e a obrigação de manter o serviço adequado.

Ademais, conforme se extrai do disposto no art. 175 da Constituição, a competência da União para legislar sobre telecomunicações não se restringe ao vínculo existente entre o poder concedente e as operadoras de telefonia, abrange, entre outros temas, a regulamentação da relação entre o usuário e as empresas prestadoras do serviço.

Na ação direta em análise, a legislação impugnada tem a seguinte redação:

Art. 1º Fica vedada a cobrança no Estado de Santa Catarina, pelas concessionárias prestadoras de serviços de telefonia fixa e móvel, das tarifas de assinatura básica, cobradas de seus consumidores e usuários.

Parágrafo único. As concessionárias de que trata o caput somente poderão cobrar pelo serviço disponibilizado efetivamente medido, mensurado ou identificado, ficando impedidas da cobrança de tarifa, taxa mínima ou assinatura básica de qualquer natureza e a qualquer título.

Art. 2º O descumprimento do disposto nesta Lei implica na aplicação, pelo órgão competente, das seguintes penalidades:

I – advertência; e

II – multa, na forma do parágrafo único do art. 57, da Lei federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, cobrada em dobro no caso de reincidência.

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

A Lei 13.921/07, de Santa Catarina, dispõe sobre os direitos do usuário do serviço público de telefonia. No entanto, ao versar sobre tais direitos, estabeleceu disposição referente aos pagamentos que os consumidores devem ou não realizar em benefício das concessionárias. A lei adentra, portanto, a equação econômico-financeira do contrato de concessão, além de dispor sobre direitos do usuário no tocante a serviços que não são de competência daquela pessoa política.

É característica básica dos regimes de concessão e permissão a remuneração do prestador de serviço mediante tarifa. Assim, a lógica nos leva a concluir que legislação que cuide da política tarifária tratará da remuneração daqueles entes que, mediante concessão ou permissão, prestam serviços públicos.

No caso da legislação estadual em análise, esta relação necessária entre a política tarifária e a remuneração das empresas é bastante evidente. A lei veda o pagamento de tarifa a ser percebida pelo concessionário a título de assinatura básica.

O Supremo Tribunal Federal tem firme entendimento no sentido da impossibilidade de interferência do Estado-membro nas relações jurídico-contratuais entre poder concedente federal e as empresas concessionárias,

especificamente no que tange a alterações das condições estipuladas em contrato de concessão de serviços públicos, sob regime federal, mediante a edição de leis estaduais. Em conformidade com este entendimento, os seguintes julgados: ADI(MC) n. 3.322-DF, Pleno, maioria, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 19.12.2006; ADI 3.533-DF, Pleno, maioria, rel. Min. Eros Grau, DJ 6.10.2006; ADI(MC) n. 2.615-SC, Pleno, unânime, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 6.12.2002; ADI(MC) n. 2.337-SC, Pleno, maioria, rel. Min. Celso de Mello, DJ 21.6.2002. Menciono, ainda, no mesmo sentido, recente decisão liminar proferida por este Plenário nos autos da ADI n. 4.533-MG, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski.

Ressalto que, havendo dúvida em relação a qual catálogo de competências recai determinada matéria e, portanto, ao indicar-se quem tem prerrogativa para legislar em um assunto, deve ser feita a subsunção da lei em relação ao título dos artigos constitucionais que estabelecem os limites legiferantes de todo ente federado – artigos 22, 23 e 24 da Constituição Federal.

Essa verificação faz-se a partir de critérios interpretativos. Para que se estabeleça se uma matéria refere-se a determinado tipo de competência específico, deve-se conferir se essa situação sujeita-se à estrutura básica descrita na competência em análise. Ainda, deve-se observar o fim primário a que se destina esta norma. A resposta mais precisa para tal verificação será obtida por meio de interpretação que balanceie estes dois pontos (cf, a propósito, Christoph Degenhart, *Staatsrecht, I*, Heidelberg, 22^a edição, 2006, p. 56-60).

Nesse sentido, ainda que a lei impugnada tenha o claro intuito de proteger o consumidor de cobranças entendidas como abusivas pelo legislador, a norma adentra matéria de competência da União, uma vez que trata dos direitos do usuário de serviço público de competência da União, além de intervir na economia interna do contrato de concessão. Na intenção

de proteger o consumidor, polo hipossuficiente das relações de consumo, o legislador local o faz chamando para si competência legislativa que lhe é vedada pelo constituinte.

É firme, na jurisprudência desta Corte, o entendimento segundo o qual se insere na competência privativa da União a disciplina sobre cobrança em matéria de telecomunicações, por força do que dispõem os artigos 21, XI, 22, IV, e 175, parágrafo único, da Constituição Federal.

Nesse sentido, citem-se os seguintes julgados:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO DA LEI DISTRITAL N. 3.596. IMPOSIÇÃO, ÀS EMPRESAS DE TELEFONIA FIXA QUE OPERAM NO DISTRITO FEDERAL, DE INSTALAÇÃO DE CONTADORES DE PULSO EM CADA PONTO DE CONSUMO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 22, IV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. A Lei distrital n. 3.596 é inconstitucional, visto que dispõe sobre matéria de competência da União, criando obrigação não prevista nos respectivos contratos de concessão do serviço público, a serem cumpridas pelas concessionárias de telefonia fixa - artigo 22, inciso IV, da Constituição do Brasil. 2. Pedido julgado procedente para declarar inconstitucional a Lei distrital n. 3.596/05 (ADI 3.533, Rel. Min. Eros Grau, DJ 6.10.2006).

CONSTITUCIONAL. PROJETO DE LEI ESTADUAL DE ORIGEM PARLAMENTAR. VETO TOTAL. PROMULGAÇÃO DA LEI PELA ASSEMBLEIA. NORMA QUE DISCIPLINA FORMA E CONDIÇÕES DE COBRANÇA PELAS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES. MATÉRIA PRIVATIVA DA UNIÃO. OFENSA AO ART. 21, XI, DA CF. LIMINAR DEFERIDA". (ADIMC 2.615, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 6.12.2002).

Ratificando esse entendimento, menciono, ainda, medida liminar concedida na ADI 4.369, a qual foi referendada pelo Plenário deste Tribunal, estando assim ementada:

COMPETÊNCIA NORMATIVA ESTADUAL – SERVIÇO DE TELEFONIA – ASSINATURA MENSAL. Surge, com relevância capaz de respaldar a concessão de medida acauteladora, pedido no sentido de declarar-se a inconstitucionalidade de lei estadual que haja

implicado a proibição de cobrança de assinatura mensal (assinatura básica) nos serviços de telefonia. (ADI 4.369 MC-REF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 04.05.2011)

Os recentes julgamentos das ações diretas de inconstitucionalidade 3.322, 3.846 e 4.083 também seguiram a orientação jurisprudencial da Corte:

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei Distrital n. 3.426/2004. 3. Serviço público de Telecomunicações. 4. Telefonia fixa. 5. Obrigação de discriminar informações na fatura. 6. Definição de ligação local. 7. Disposições sobre ônus da prova, termo de adequação e multa. 8. Invasão da competência legislativa da União. 9. Violação dos artigos 22, incisos I, IV, e 175, da CF. Precedentes. 10. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 3.322, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 04.03.2011)

Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Lei estadual n. 12.983/2005 de Pernambuco versus CF 5º., X; 21, XI; e, 22, I e IV. 3. Afronta por instituir controle de comercialização e de habilitação de aparelhos usados de telefonia móvel. 4. Precedentes. 5. Ação direta parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da lei pernambucana: artigos 1º, § 1º, I, “b”; 2º; 3º; 4º e 5º. (ADI 3.846, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 15.03.2011)

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. INTERNET. COBRANÇA DE TAXA PARA O SEGUNDO PONTO DE ACESSO. ART. 21, INC. XI, E 22, INC. IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE TELECOMUNICAÇÕES. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI DISTRITAL N. 4.116/2008. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A Lei distrital n. 4.116/2008 proíbe as empresas de telecomunicações de cobrarem taxas para a instalação do segundo ponto de acesso à internet. 2. O art. 21, inc. IX, da Constituição da República estabelece que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, enquanto o art. 22, inc. IV, da Constituição da República dispõe ser da competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações. 3. Ainda que ao argumento de defesa do consumidor, não pode lei distrital impor a uma concessionária federal novas obrigações não antes previstas

no contrato por ela firmado com a União. Precedentes. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 4.083, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 14.12.2010)

Registro que, em recente julgamento, ocorrido em 26 de agosto de 2011, o Plenário do Tribunal voltou a reafirmar a jurisprudência sobre o tema, conforme se extrai do Informativo STF n. 637:

O Plenário, por maioria, deferiu medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas - TELCOMP, para suspender a aplicação dos artigos 1º e 2º da Lei 18.403/2009, do Estado de Minas Gerais, tão-somente em relação às empresas prestadoras de serviços de telecomunicação delegados pela União. Os preceitos questionados tratam da obrigação de o fornecedor informar, no instrumento de cobrança enviado ao consumidor, a quitação de débitos anteriores. *Reputou-se que norma estadual não poderia impor obrigações e sanções – não previstas em contratos previamente firmados – para empresas prestadoras de serviço de telecomunicações, ainda que ao argumento de defesa do consumidor, considerada a competência privativa da União para legislar a respeito (CF, art. 22, IV)*. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ayres Britto, que indeferiam a medida. Afirmavam que a defesa ao consumidor – matéria a que se referiria a norma impugnada – poderia ser implementada por norma estadual, ante a competência legislativa concorrente, nos termos do art. 24, V, da CF (“Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: ...V – consumo”). (ADI 4533 MC/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 25.8.2011).

Pelo exposto, de acordo com a jurisprudência desta Corte, entendo que a legislação estadual impugnada na presente ação direta incorre em vício de inconstitucionalidade por violação aos artigos 21, XI, 22, IV, e 175, parágrafo único, da Constituição.

Com essas breves considerações, voto no sentido da procedência desta ação direta, com a consequente declaração de inconstitucionalidade da Lei estadual n. 13.921/2007 de Santa Catarina.

VOTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO: Conforme visto, a questão central a ser enfrentada na presente ação direta cinge-se à alegada usurpação da competência da União para legislar sobre o instituto das telecomunicações. De saída, esclareço, como fiz no voto-vista por mim proferido no julgamento da ADI 2615, de Relatoria do Ministro Eros Grau, que não consigo enxergar a alegada usurpação da competência legislativa da União em tema de telecomunicações. Para demonstrá-lo, entretanto, não tenho como fugir do exame da questão de fundo. Questão que consiste na natureza jurídica do instituto de *“assinatura básica (tarifa ou consumação mínima)”*. Isso porque as duas coisas se encontram tematicamente enlaçadas.

3. Com efeito, a Lei Catarinense, ao vedar a *“a cobrança no Estado de Santa Catarina, pelas concessionárias prestadoras de serviços de telefonia fixa e móvel, das tarifas de assinatura básica, cobradas de seus consumidores e usuários”* não legislou sobre serviço de telecomunicações. Noutras palavras, não dispôs o ato impugnado sobre *“a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”*; ou, ainda, sobre a *“transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meio óticos ou qualquer outro processo eletromagnético”* (art. 4º da Lei 4.117/1962). Assim como não legislou o ato impugnado sobre tudo o mais que signifique infraestrutura, instalações operacionais e condições de titularidade e investidura em prestação de serviços de telecomunicação, pois nesse preciso núcleo temático é que reside o objeto de atividade em si de legiferação sobre telecomunicações. Daí porque a autora da presente ação nada falou ou discorreu sobre em que se traduz a atividade legislativa sobre telecomunicação. Como também não diz absolutamente nada sobre o fundamento ou a base legal da cobrança por um serviço não efetivamente desfrutado pelo consumidor-usuário.

4. Em palavras diferentes mas com o mesmo sentido, legislar sobre telecomunicação nada tem a ver com relações jurídicas entre o efetivo prestador de serviço público e os respectivos usuários-consumidores. Basta ler o que dispõem os arts. 60 e 61, mais os arts. 145 a 172, todos da Lei Federal 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), assim como os arts. 4º a 9º e 30 da Lei 4.117/1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações). E assim dispõem as Leis Federais em comento porque legislar privativamente sobre telecomunicações é isso mesmo e não mais: conformar legislativamente os meios e modos significativos da comunicação vocal-auditivo-visual à distância, a implicar emissão, transmissão ou recepção de sinais, sons, imagens ou mensagens, por via elétrica ou eletrônica (telefonia, rádio, televisão, radiotelegrafia, radar e coisas do gênero). Não sobre os temas da produção e do consumo, nem da defesa do consumidor e da responsabilidade por danos a ele cometidos, pois, em tais matérias, a competência legislativa faz parte do que se poderia chamar de condomínio ou repartição de competências legislativas, a teor dos seguintes dispositivos da Constituição Federal:

Art. 5º – (...)

XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Art. 24 – Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

V – produção e consumo;

(...)

VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

5. Ora bem, a lei catarinense, no caso, limitou-se a defender os elementares direitos de consumidores-usuários localizados em seu território. Logo, de usurpação de competência legislativa da União não se cuida, pois não há como confundir telecomunicações (palavra-gênero) com direitos

do consumidor. Tanto é assim que nem a Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), nem a Lei nº 4.117/1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações) autorizam a cobrança da assinatura básica.

6. Nessa contextura, é de se ver que a nossa Constituição encartou na União a titularidade da competência privativa para legislar sobre “telecomunicações”, é certo, mas emprestando ao substantivo o significado restrito, que estamos a encarecer, para não nulificar a competência legislativa federativamente condominial em tema de produção e consumo, defesa do consumidor e prevenção de responsabilidade por danos contra este cometidos. Tanto é assim que, ao dispor sobre a competência material da União para explorar os serviços de telecomunicações, conferiu à lei federal (inciso XI do art. 21) apenas a força de dispor sobre a *organização dos serviços, da criação de um órgão regulador e de outros aspectos institucionais, de que não faz parte o tema das assinaturas básicas ou do consumo mínimo, a toda evidência. E o fato é que não há lei federal que autorize a cobrança de assinatura básica, tarifa mensal mínima ou consumação-piso.*

7. É nesse contexto normativo de elevação de defesa do consumidor a princípio constitucional que se deve ter em mente que a lei estadual em análise incide mesmo é sobre relações tipicamente de consumo, independentemente do objeto contratual a ela subjacente (prestação de serviços de telefonia fixa e móvel). Relações em que figuram como sujeitos, de um lado, os usuários, e, de outro, as empresas concessionárias dos serviços públicos ali descritos. Não o Poder Concedente (a União) perante esse ou aquele concessionário ou permissionário do serviço público. Sendo assim, não há usurpação legislativa no fato de lei estadual proteger, no âmbito do seu raio territorial de incidência, o consumidor-usuário de serviços de telefonia. Proteger, entenda-se, mediante a regra de que é só é permitido o pagamento pelo efetivo uso mensal dos serviços contratados.

8. Explico ainda uma vez: as chamadas “*tarifas e taxas de consumo mínimas ou de assinatura básica*” são instituídos como obrigação pecuniária que recai sobre consumidores de serviço público típico. Obrigação que se pretende desvinculada da quantidade do serviço efetivamente desfrutado pelo usuário. Tudo sob a justificativa de que o serviço tanto pode ser cobrado pela sua efetiva prestação como pela disponibilidade de sua utilização. Daí a definição do instituto, trazida pelo Regulamento do Serviço Telefônico Comutado (Anexo à Resolução 426/2005): “*tarifa ou preço de assinatura: valor devido pelo assinante em contrapartida da manutenção da disponibilidade do acesso telefônico de forma individualizada para a fruição contínua do serviço*” (Resoluções ANATEL 42/2005 e 85/1998¹). Definição, repito, não encartada em nenhuma lei formal da União, pois o que figura em lei federal é tão-somente a regra de que as tarifas pelo consumo dos serviços de telecomunicações deverão ser fixadas no devido contrato de concessão (inciso VII do art. 93 e §§ 3º e 4º do art. 103 da LGT). Nada existindo quanto à possibilidade de cobrança de um valor mínimo pela mera disponibilização dos serviços. Donde se concluir pela plena competência legislativa estadual para tratar sobre o tema, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 24 da Constituição Federal.

9. Não é tudo: a Constituição Federal previu, no inciso XXXII do seu art. 5º, que *o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor*. E Estado, aqui, é sinônimo cabal de Poder Público, abarcante das quatro unidades federativas: a União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios. Pelo que não assiste à União o monopólio da defesa do consumidor em tema de prestação de serviços públicos.

10. Nesse contexto, penso que a lei estadual, ora combatida, está mesmo a tutelar legítimos direitos subjetivos. Direitos dos consumidores-

1 Art. 3º - (...)

XXII – Tarifa ou Preço de Assinatura: valor de trato sucessivo pago pelo Assinante à prestadora, durante toda a prestação do serviço, nos termos do contrato de prestação de serviço, dando-lhe direito à fruição contínua do serviço”

-usuários, ao estabelecer que a cobrança por um serviço público não efetivamente prestado colide com o modelo de exploração de serviços públicos concedidos ou permitidos a empresas privadas. É como dizer: o legislador estadual atuou, em verdade, no campo das relações de consumo (inciso V do art. 24 da CF) e, mais especificamente, no âmbito das relações que a nossa Constituição Federal colocou sob a competência da União, dos Estados e do Distrito Federal, indistintamente, a título de prevenção e reparação de dano ao consumidor (inciso VIII do mesmo art. 24). Isto para que ele, consumidor-usuário, não tenha que pagar por um serviço que não lhe seja efetivamente prestado.

11. Percebe-se, pois, que a lei estadual adversada não implica senão legítima atuação normativa de prevenção de danos aos consumidores-usuários do Estado de Santa Catarina, tal como expressamente admitido nos incisos V e VIII do art. 24 da Constituição. Modo conciliado de repartir a competência da União para conformar, legislativamente, a atividade técnica em si mesma de telefonia com o poder que assiste ao Estado-membro de proteger os consumidores alocados em seu território suplementarmente à proteção federal. Noutros termos, o que interessa é, em tema de exploração privada de serviços públicos, impedir que o público pague duas vezes por um mesmo serviço: uma vez, como forma de contraprestação financeira por um serviço efetivamente desfrutado às expensas do prestador-concessionário, e, uma segunda vez, por um serviço apenas virtual (a assinatura básica), previamente estipulado para a hipótese de não haver consumo real superior ao montante financeiro daquela estipulação aprioristicamente pactuada. Sendo certo que a exigência de um pagamento mínimo sem o efetivo consumo é modalidade de enriquecimento sem causa por parte da empresa concessionária. Indisfarçável *bis in idem* remuneratório ou de receita operacional, tão às custas do consumidor-usuário quanto incompatível com o modelo de exploração desse ou daquele serviço público por um concessionário ou permissionário do setor privado da Economia. *Afinal,*

se, no âmbito das relações econômicas privadas, é vedado a qualquer empresa faturar mercadoria ou serviço sem a correspondente entrega ou prestação em prol do consumidor, como admitir que o faça no desempenho de atividade eminentemente pública ou de atendimento de necessidades básicas de toda uma população usuária?

12. Parece-me que a resposta para tal indagação remonta à época em que o Estado detinha a exclusividade da prestação dos serviços de telefonia fixa. Oportunidade em que se justificava a cobrança por serviços colocados à disposição do usuário, em face da necessidade de expansão e melhoria dos sistemas de telecomunicações, de fornecimento de energia e de água pátrios. Tal cobrança era operacionalizada mediante taxa, espécie de natureza tributária e compatível com o poder de império estatal e com a ideia-força de que, no âmbito das empresas estatais, o lucro não é um fim em si mesmo. É meio, agora sim para melhor prestar o serviço à coletividade. Contudo, não mais se justifica tal exação Exação que não é compatível com a prestação de serviços de telefonia por empresários da iniciativa privada, como acontece no caso dos autos. Empresários que, quando da celebração do contrato com o poder concedente, assumiram não só a obrigação de prestar os serviços como também o próprio risco do empreendimento, incerto por natureza ou definição. Afinal, como já se disse, vige no Brasil um sistema capitalista de livre iniciativa e concorrência. Confundir a sistemática de cobrança tributária, efetuada pelo Estado, com aquela do particular concessionário de serviço público, seria igualar os institutos jurídicos da taxa e do preço público (tarifa), o que é juridicamente impossível. Vale dizer, as empresas concessionárias hão de ser remuneradas, não por taxas, *porém mediante o pagamento de tarifa, instituto incompatível com a mera utilização potencial de serviços públicos*. Utilização potencial, isto sim, que faz parte da compostura jurídica tão-somente das taxas.

13. Diante de tudo isso, penso que o instituto da assinatura básica é mesmo incompatível com a Constituição Federal. Incompatibilidade

verificada na definição constitucional das tarifas a serem cobradas dos consumidores-usuários. É que a nossa Carta de 1988, ao prever, em seu art. 175, que a Lei Geral de Concessões e Permissões disporá sobre *política tarifária*, impossibilitou às empresas concessionárias e permissionárias a cobrança de qualquer preço que não tivesse a natureza jurídica de tarifa. Pré-excluiu do regime do serviço público concedido ou permitido qualquer exigência de preço por um serviço não efetivamente marcado pela sua individualizada consumação. Consumação *per capita*, então, para cuja defesa, ela, Constituição Federal habilitou a União, o Distrito Federal e os Estados-membros, concorrentemente.

14. Por outro ângulo de cognição do tema, não se alegue que esse tipo de proteção ao consumidor importa imiscuir-se no equilíbrio econômico-financeiro de um contrato firmado entre o poder concedente federal e as empresas concessionárias. E assim não se alegue porque à União não é dado firmar contratos que terminem por subtrair dos Estados e do Distrito Federal a competência para normar sobre relações de consumo e prevenção de danos ao consumidor. Se, no caso, a União fez “*cortesia com chapéu alheio*”, favorecendo empresas concessionárias com cláusula contratual de indevida sobre-remuneração, então que ela, União, trate de sair por conta própria da armadilha em que se meteu. O que não pode é, pela via tortuosa de um contrato celebrado entre ela e as empresas concessionárias desnaturar o instituto jurídico da tarifa, enquanto preço-público (inconfundível com taxa, sabido que esta é incompatível com a exigência de pagamento por um serviço público apenas disponibilizado, consoante o disposto no inciso II do artigo constitucional de nº 145). Menos ainda pode a União sonegar aos Estados-membros e ao Distrito Federal o poder de normar, concorrentemente, sobre relações de consumo e prevenção de danos aos usuários-consumidores, situados nos respectivos territórios (deles, Estados-membros e Distrito Federal).

15. Realmente, a figura do consumidor é especialmente protegida pela Carta Magna brasileira, inclusive mediante esse tipo de competência legislativa concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal. São pelo menos seis as passagens em que nossa Constituição Federal faz expressa referência a ele, consumidor, ou às relações de consumo². E de todas essas tutelares passagens, consoante já deixei assentado no julgamento do RE 351750 e da ADI-MC 3322, merecem redobrada atenção do intérprete os seguintes dispositivos:

I – o inciso XXXII do art. 5º, ao deixar claro que a defesa do consumidor faz parte “*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*” (TÍTULO II). Cabendo “ao Estado”, mediante lei, promover tal defesa. Estado, aqui, no mesmo sentido em que o vocábulo é usado em quatro outros incisos desse emblemático art. 5º; ou seja, “Estado” como indistinta realidade federativa, de sorte a alcançar cada qual das quatro pessoas jurídicas de que nossa Federação é composta. Sem empeco, de se reconhecer que somente a União é que foi autorizada a instituir um “código de defesa do consumidor” para todo o País. Um código veiculador de normas gerais ou federativamente uniformes, a teor dos seguintes dizeres do artigo transitório de nº 48: “*O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor*”³;

- 2 Art. 5º, inciso XXXII - “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.
 Art. 24, inciso VIII - “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre (...) responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.
 Art. 150, § 5º - “A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”.
 Art. 155, § 2º - “O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (...) VII – em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á: a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto; b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dela”.
 Art. 170, inciso V - “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V- defesa do consumidor”.
 Art. 48 - “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.
- 3 Aqui estão os demais incisos em que se desdobra o art. 5º da Constituição, a respeito do substantivo “Estado”:
 a) XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.
 b) XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático;

II – os incisos V e VIII do art. 24, para habilitar a União, os Estados e o Distrito Federal a legislar concorrentemente sobre “produção e consumo” e “responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico”. Logo, nesse tema *da produção e do consumo e mais em matéria de responsabilidade por dano ao consumidor*, comprovado fica limitar-se a competência da União ao estabelecimento de “normas gerais” (§ 1º do art. 24), cabendo aos Estados e ao Distrito Federal laborar no campo da normatividade “suplementar”;

III – o § 5º do art. 150, para insistir no compromisso *tutelar-consumei-rista*, fazendo-o pela atribuição de mais um encargo à lei: determinar “medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”. Lei, aclare-se, que volta a ser utilizada *num contexto normativo de máxima abrangência federativa*, que é o contexto “Das limitações do Poder de Tributar” (SEÇÃO II do primeiro capítulo do TÍTULO VI). Donde a competência legislativa dos Estados, do Distrito Federal e até dos Municípios para, em reforço à legislação federal de defesa do consumidor, laborar nesse espaço da informação quanto às mercadorias e os serviços por eles (entes federados periféricos) tributados nos respectivos territórios. E é certo que os serviços de telecomunicações e de energia elétrica se prestam como hipótese de incidência do ICMS (imposto que se inclui na competência *tributante* dos Estados e do Distrito Federal), a teor da seguinte disposição: “*À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País*” (§ 3º do art. 155);

IV – o inciso V do art. 170, já agora para dizer que a defesa do consumidor, além de direito fundamental, *é princípio geral de toda a atividade econômica*. Isto no interior de um capítulo (Capítulo I do Título VII): a) tipificador do Estado como “*agente normativo e regulador da atividade econômica*”, apto, mediante lei, tanto a reprimir “o abuso do poder econômico” quanto a desempenhar “*as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado*” (§ 4º do art. 173, combinadamente com

c) LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

d) LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

o *caput* do art. 174); b) incorporante do artigo em que é centralmente estabelecido o regime jurídico dos serviços públicos (art. 175, com seu parágrafo único e quatro incisos), de maneira a patentear a exegese de que *a altaneira figura do consumidor muda de nome, quando se trata do uso de um serviço público. O nome que passa a ostentar é o de "usuário" (consumidor enquanto gênero e usuário enquanto espécie), debaixo de um regime jurídico-prestacional que somente ganha plenitude de sentido se interpretado como um algo a crescer às leis de proteção consumista. Vale dizer, o regime jurídico dos usuários de serviços públicos não foi constitucionalmente concebido como um substitutivo do regime jurídico dos consumidores em geral, mas enquanto particularizada legislação de reforço.* Um *plus* protecional, então, para homenagear aqueles traços que são próprios do direito que assiste aos consumidores: um direito fundamental, uma limitação ao poder estatal de tributar e um princípio da atividade econômica *a se dotar de força irradiante*; isto é, princípio que se irradia para a relação de serviço público, mormente se prestado sob forma empresarial-privada.

16. Nesse fluxo de idéias é de se concluir que a cobrança de assinatura básica viola regras destinadas à proteção do consumidor. Violação que frustra qualquer tentativa do usuário de economizar com a fruição ou gasto daqueles serviços públicos a ele ofertados. O que agride os princípios da universalidade dos serviços públicos e da modicidade das tarifas, pois salta à evidência que do encarecido campo de atuação normativa concorrente faz parte a positivação de regras que impeçam o consumidor de ser espoliado. Espoliação, claro, a se evitar pela densificação de normas que, na própria Constituição, proíbem o aumento arbitrário de lucros empresariais (art. 173, §4º da CF). Dando-se que esse aumento arbitrário caracteriza o que a nossa Lei Fundamental designa por abuso do poder econômico. Abuso que não deixa de caracterizar ilícito pelo fato de a União para ele concorrer por qualquer modo, acumpliciando-se, voluntária ou involuntariamente, com suas concessionárias de serviço público (que é o caso *sub judice*, respeitosamente o digo).

17. Acresce que a própria lei federal que dispõe sobre serviços públicos determina sua conciliada aplicabilidade com o Código de Defesa do

Consumidor (Lei 8.078/1990), assim como este último diploma impõe sua aplicação às relações de serviço público, o que evidencia o caráter legítimo da lei estadual em análise. Confira-se:

Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) “Art. 4º A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos”;

(...)

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”.

(...)

“Art. 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Lei nº 8987/95 (Lei Geral de Concessões)

“Art. 7º - Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078/90, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

(...)”

18. Em síntese, e quanto à competência legislativa concorrente que estamos a defender, convém repetir que ela está descrita no art. 24 do Magno Texto Federal. Daí porque não cabe falar, quanto a elas, de necessidade

de delegação de competências entre pessoas federais⁴. Mais ainda: nessa passagem, a Magna Carta prestigiou as autonomias regionais, delimitando o campo de atuação dos entes federativos a partir, primeiramente, da adscrição da competência da União à edição de *normas gerais* (§ 1º do art. 24). Competência, essa, *não excludente* da atuação complementar dos Estados (§ 2º do mesmo artigo). Logo, o vetor hermenêutico em tema de competência legislativa concorrente é o da descentralização política, o que favorece os poderes regionais.

19. Por tudo quanto posto, com todo o respeito aos entendimentos contrários, *voto pela improcedência* do pedido e declaro a constitucionalidade da Lei nº 13.921/2007, do Estado de Santa Catarina.

4 Ou seja: enquanto no parágrafo único do art. 22 o exercício da competência legislativa estadual fica condicionada a uma autorização político-legislativa da União, no art. 24 o exercício das competências legislativas concorrentes por parte dos Estados independe de qualquer liberalidade do nosso ente federativo central.

HABEAS CORPUS

Habeas Corpus n. 105.051, de Santa Catarina

Relatora: Ministra Ellen Gracie

Paciente: H. H. da S.

Impetrante: Marcelo Ortolani Cardoso

Coator: Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A ROUBO CIRCUNSTANCIADO. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE INTERNAÇÃO. POSSIBILIDADE. DECISÃO VALIDAMENTE FUNDAMENTADA. WRIT DENEGADO.

1. Tendo sido a representação julgada procedente no que concerne ao ato infracional correspondente à conduta tipificada como roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, I, II e IV, do CP), incide, em tese, o disposto no art. 122, I, da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

2. Estabelece o Estatuto que “*em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada*” (art. 122, § 2º). No entanto, na espécie, a imposição da excepcional medida foi suficientemente fundamentada.

3. Juízo diverso acerca da adequação da medida socioeducativa imposta ao paciente implica, necessariamente, o exame acurado de fatos e provas, tarefa inviável em sede de *habeas corpus*.

4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em denegar o *habeas corpus*, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 2 de agosto de 2011.

Ministra Ellen Gracie, Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (Relatora): 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de menor em conflito com a lei contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça proferido no HC 163.944/SC, de relatoria do Ministro Felix Fischer.

2. Na espécie, o paciente foi apreendido em flagrante, juntamente com outros dois menores, pela prática de ato infracional equiparado ao tipo penal do art. 157, § 2º, incisos I, II e III, do Código Penal.

Apresentada representação pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, o magistrado de primeiro grau prolatou sentença determinando a aplicação de medida socioeducativa de internação ao paciente. A defesa não recorreu da decisão.

Posteriormente, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina denegou *habeas corpus* impetrado em favor do paciente.

3. Neste *writ*, o impetrante alega, em resumo, não ser a medida de internação a mais adequada para o caso concreto. Assevera que o magistrado levou em conta apenas a gravidade da infração, deixando de considerar

as características individuais do paciente, uma vez que se trata de menor primário e de bons antecedentes.

Nessa medida, conclui o impetrante no sentido de ser “injustificada a medida socioeducativa fixada na R. Sentença de fls. 73/74. O correto, sem sombra alguma de dúvidas, seria a fixação da medida menos gravosa como, por exemplo, a de liberdade assistida, em favor do paciente” (fl. 12).

Assim, requer a concessão do presente *habeas corpus* para que seja aplicada ao paciente medida socioeducativa de liberdade assistida.

4. O pedido de liminar foi indeferido.

5. A Procuradoria-Geral da República exarou parecer pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (Relatora): 1. A questão de direito tratada no presente *writ* diz respeito à medida socioeducativa aplicada ao ora paciente.

2. O impetrante alega que a medida de internação aplicada ao paciente, além de não ser a mais adequada, não foi validamente fundamentada.

3. Inicialmente, cumpre observar que, tendo sido a representação julgada procedente no que concerne ao ato infracional correspondente à conduta tipificada como roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, I, II e IV, do CP), incide, em tese, o disposto no art. 122, I, da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), *verbis*:

Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa.

De fato, estabelece o Estatuto que “em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada” (art. 122, § 2º). No entanto, a mera leitura do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça Estadual demonstra que a imposição da excepcional medida foi suficientemente fundamentada:

Não há constrangimento ilegal a sanar, porquanto, ao contrário do alegado, o Dr. Juiz de Direito declinou, suficientemente, os motivos que o levaram a aplicar a medida socioeducativa mais severa ao paciente.

Ademais, encontra-se satisfeito um dos requisitos apontados no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, tornando-se, por si só, bastante para autorizar a internação, consignando o magistrado, *verbis*:

Assim, não existindo dúvida quanto à culpabilidade, autoria e materialidade, resta aplicar aos adolescentes representados a medida sócio-educativa necessária e suficiente para evitar que os mesmos voltem a cometer ato infracional. No caso concreto, observo que o ato infracional foi cometido com violência e grave ameaça à vítima, bem como teve grande repercussão, o que leva a aplicação da medida mais grave, qual seja, a internação, nos termos do artigo 122, I, do ECA, evitando assim que os adolescentes possam se sentir impunes e que outros adolescentes possam se sentir encorajados a praticar atos da mesma natureza. Diga-se que a internação possibilitará que os adolescentes possam refletir sobre seus atos e, que, passado o período necessário, possam retornar ao convívio social como pessoas que contribuem para a pacificação social (fl. 87).

Destarte, apesar da medida sócio-educativa de internação ser excepcional e se destinar apenas às hipóteses expressamente enunciadas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, justifica-se, no caso concreto, a sua aplicação em virtude da violência empregada na perpetração do ato.

Em hipótese assemelhada, assentou a jurisprudência:

Certo é que a medida sócio-educativa da internação deve, sempre que possível, ser evitada, por ser a mais drástica.

Contudo, sendo o ato infracional cometido mediante violência à pessoa, tendo o menor, de forma premeditada, desferido facada nas costas da vítima, causando-lhe lesões corporais graves, a melhor saída é a internação, de acordo com o previsto no art. 122, I, do ECA (APR n. 99.002546-2, de Seara, rel. Des. José Roberge).

Nesse sentido, colho precedente da Corte, consistente no HC 94.193/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJe 05.02.2009:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Ato infracional. Equiparação ao crime de roubo qualificado por emprego de arma de fogo e concurso de pessoas. Grave ameaça caracterizada.

Possibilidade de internação. Observância do devido processo legal. HC indeferido. Inteligência dos arts. 121 e 122 da Lei nº 8.069/90.

A medida sócio-educativa de internação do menor constitui-se em ato excepcional que se configura quando atendidos os requisitos dos artigos 121 e 122 da Lei nº 8.069/90.

A decisão que culminou na aplicação de medida sócio-educativa de internação demonstrou com suficiente clareza as razões fáticas e jurídicas autorizadoras do ato de segregação.

Assim, presentes os requisitos previstos nos artigos 121 e 122, inc. I, ambos da Lei nº 8.069/90, possível é a manutenção da medida de internação.

Precedente: HC 84.603, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ nº 232 de 03.12.2004.

Ordem denegada.

No mesmo sentido: HC 69.480/SP, rel. Min. Paulo Brossard, 2ª Turma, DJ 27.11.1992; HC 69.935/RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ 02.04.1993; HC 78.094/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, DJ 28.05.1999; HC 84.218/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 1ª Turma, DJe 17.04.2008.

Estando o acórdão, embora de forma sucinta, suficientemente fundamentado, juízo diverso acerca da adequação da medida socioeducativa

imposta ao paciente implica, necessariamente, o exame acurado de fatos e provas, tarefa inviável em sede de *habeas corpus*.

4. Ante o exposto, *denego* a ordem.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (Presidente): É certo que a Constituição Federal, no inciso V do artigo 227, diz que a aplicação de qualquer medida privativa de liberdade a menor, por se tratar de pessoa em desenvolvimento, peculiar estado de desenvolvimento, deve-se fazer em obediência aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito, e respeito a essa condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Mas, sem dúvida, que a eminente Relatora demonstrou que o ato infracional se fez acompanhar de grave ameaça, até de uso de arma de fogo, o que me parece, também, justificar a decisão de Sua Excelência.

Também a acompanho.

Habeas Corpus n. 108.009, de Santa Catarina

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski

Paciente: Luciana Frozza

Impetrantes: Claudio Gastão da Rosa Filho e outro (a/s)

Coator: Superior Tribunal de Justiça

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. RÉ CONDENADA POR TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA DO ATO QUE DETERMINOU A EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHAS DA ACUSAÇÃO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PREJUÍZO. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

I – Preliminar da sentença na qual se destaca que tanto o ato deprecado quanto o despacho que determinou a data da oitiva das testemunhas foram publicados no Diário Oficial do Estado, não havendo, portanto, qualquer irregularidade a ser sanada.

II – Facultada à defesa a oportunidade de afastar os fundamentos utilizados para a condenação na fase de alegações finais, na apelação e nos demais recursos interpostos, não tendo ocorrido, pois, qualquer prejuízo à defesa da ré.

III – Entendimento desta Corte no sentido de que não se declara a nulidade de ato processual caso a alegação não venha acompanhada da prova do efetivo prejuízo sofrido pelo réu. Precedentes.

IV – Embora a suposta nulidade tenha ocorrido na audiência realizada em 16/8/1999, a defesa suscitou a questão somente em 13/1/2006, quando já ultrapassados mais de seis anos do alegado vício.

V – Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por decisão unânime, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 9 de agosto de 2011.

Ricardo Lewandowski, Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado por Cláudio Gastão da Rosa Filho e Nicoli Moré Bertotti em favor de LUCIANA FROZZA, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 115.944/SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho.

Os impetrantes narram, de início, que a paciente foi condenada à pena total de vinte anos de reclusão, pela prática dos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico (arts. 12 e 14, da Lei 6.368/1976), em regime inicial fechado, sendo-lhe deferido o direito de recorrer em liberdade.

Dizem, ainda, que, “*antes mesmo da prolação da sentença condenatória, a Defesa da paciente já havia peticionado nos autos informando que o feito padecia de nulidade absoluta, pois as testemunhas de Acusação haviam sido inquiridas por meio de carta precatória em horário anterior e diverso do informado ao primeiro impetrante*” (grifos no original).

Relatam, também, que, suscitando a referida nulidade, a defesa manejou *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e, posteriormente, outro no Superior Tribunal de Justiça, sendo denegada a ordem em ambas as impetrações.

É contra o acórdão da Corte Superior que se insurgem os impetrantes.

Sustentam, de início, que a decisão ora questionada “*acarreta insuportável constrangimento ilegal a paciente na medida em que, além de agregar novos argumentos para denegar o writ, desloca o dogma constitucional da ampla defesa para o mundo da ficção legal*”.

Alegam, para tanto, que

(...)

i) a defesa antes mesmo da apresentação das alegações finais alertou o juiz acerca da nulidade ventilada; ii) a certidão referida a fls. 253v, consta a intimação do Promotor de Justiça, não existindo certidão atestando a publicação de referida intimação através do Diário Oficial e, iii) o advogado nomeado, pego provavelmente ‘nos corredores do Fórum às 08:00 horas da manhã’ não fez uma pergunta sequer deixando de impugnar a prova utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação.

Aduzem, outrossim, que “*a Defesa, ao invés de ser intimada da expedição da carta precatória, foi intimada da data e horário em que seriam ouvidas as testemunhas arroladas pela Acusação*” (grifos no original).

Em outras palavras, os impetrantes sustentam a nulidade da instrução criminal, haja vista que o depoimento das testemunhas teria sido colhido

mediante carta precatória cumprida em horário anterior e diverso àquele informado à defesa, sendo posteriormente utilizado para fundamentar a condenação.

Requerem, ao final, liminarmente, a suspensão da execução da pena imposta à paciente, até o julgamento final do *writ*. No mérito, postulam a concessão da ordem para declarar a nulidade da ação penal, a partir da oitiva das testemunhas de acusação.

Em 26/4/2011, indeferi o pedido de liminar e, estando bem instruída a impetração, determinei fosse ouvido o Procurador-Geral da República.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Mario José Gisi, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator): Bem examinados os autos, tenho que o caso é de denegação da ordem.

O acórdão ora questionado tem a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. PACIENTES CONDENADOS A, RESPECTIVAMENTE, 20 E 18 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, E MULTA, POR TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ARTS. 12 E 14 DA LEI 6.368/76). ACUSADOS QUE AGUARDAM EM LIBERDADE O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE OCORRIDA DURANTE A INSTRUÇÃO DO FEITO, EM RAZÃO DE INTIMAÇÃO EQUIVOCADA DA DEFESA PARA A OITIVA DE TESTEMUNHAS, POR MEIO DE PRECATÓRIA, ARROLADAS PELO ÓRGÃO ACUSADOR. CÓPIA, TODAVIA, NOS AUTOS, DA CERTIDÃO DE PUBLICAÇÃO DA INTIMAÇÃO, NA DATA E HORÁRIO CORRETOS, NO DIÁRIO OFICIAL ESTADUAL. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR

AD HOC, ANTE A AUSÊNCIA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. SÚMULA 155/STF. FATOS OCORRIDOS HÁ MAIS DE 10 ANOS. NULIDADE GUARDADA. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

ORDEM DENEGADA.

1. Não se mostra aceitável a alegação da defesa de sua não intimação para o ato de ouvida de testemunhas de acusação por meio de precatória e que teria resultado na ausência do Defensor constituído e em prejuízo para os Réus. Analisando-se os autos, constata-se que a Defesa foi corretamente intimada para o ato questionado, através de publicação no Diário Oficial do Estado, conforme cópia de certidão juntada aos autos, quando das informações prestadas pelo egrégio Tribunal *a quo*.
2. Ademais, o ilustre Magistrado de primeiro grau, ao constatar a ausência do Advogado constituído, nomeou defensor para o ato, cumprindo o que determina a lei no tocante ao suprimento de defesa para o acusado. Súmula 155/STF.
3. Por fim, ainda que verificada, a nulidade apontada teria ocorrido na audiência realizada em 16.08.99, sem que houvesse qualquer manifestação da defesa até a impetração do *writ* na instância anterior, em 05.06.08, ou seja, 9 anos após os fatos, o que, nos termos de diversos precedentes desta Corte Superior, não autorizaria a pretendida declaração de nulidade (nulidade guardada).
4. Parecer do MPF pela denegação da ordem.
5. Ordem denegada.

Conforme relatado, o impetrante pretende a anulação da ação penal, sob o argumento de que o depoimento das testemunhas de acusação teria sido colhido mediante carta precatória cumprida em horário anterior e diverso do informado à defesa, sendo posteriormente utilizado para fundamentar a condenação.

Não tem razão, contudo.

Inicialmente, cumpre ressaltar o posicionamento desta Corte, consagrado no enunciado da Súmula 155 deste Tribunal, segundo o qual “É

relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha”.

De todo modo, ao afastar a referida nulidade, o juízo de primeiro grau destacou, em preliminar da sentença condenatória, que tanto o ato deprecado quanto o despacho que determinou a data da oitiva das testemunhas foram publicados no Diário Oficial do Estado, não havendo, portanto, qualquer irregularidade a ser sanada.

Ademais, consta dos autos que, em face da ausência do advogado constituído para acompanhar a referida assentada, o juízo deprecado nomeou defensor *ad hoc* para aquele ato processual, sendo irrelevante a alegação de que o referido profissional não fez qualquer pergunta às testemunhas.

Ressalto, ainda, que os argumentos da inicial não são suficientes para anular a ação penal a partir da oitiva das testemunhas de acusação e suspender a execução da reprimenda imposta à paciente, especialmente porque os impetrantes não lograram êxito em afastar a afirmação do magistrado sentenciante de que a defesa fora intimada de todos os atos processuais, por meio de publicação no Diário Oficial do Estado.

Destaco, ainda, que os impetrantes são os advogados da paciente desde o início do processo, não sendo crível que tenham sido pegos de surpresa em uma ação penal que teve a sua instrução prolongada por mais de seis anos.

O certo é que a defesa teve a oportunidade de afastar os fundamentos utilizados para a condenação na fase de alegações finais, na apelação e nos demais recursos interpostos, não tendo ocorrido, pois, qualquer prejuízo à defesa da ré, não podendo, agora, em sede de *habeas corpus*, alegar qualquer cerceamento.

Esta Suprema Corte, aliás, tem entendimento consagrado no sentido de que, para o reconhecimento de eventual nulidade, ainda que absoluta, faz-se necessária a demonstração do efetivo prejuízo, o que não ocorreu na espécie. Isso porque a demonstração de prejuízo, “a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que (...)’o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades – pas de nullité sans grief – *compreende as nulidades absolutas*” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie).

Na mesma esteira, transcrevo a ementa do HC 82.899/SP, Rel. Min. Cezar Peluso:

AÇÃO PENAL. Processo. (...). Ausência de prejuízo ao réu. Nulidade inexistente. HC denegado. Precedentes. Não há, no processo penal, nulidade ainda que absoluta, quando do vício alegado não haja decorrido prejuízo algum ao réu (grifos meus).

De se registrar, também, que, embora a suposta nulidade tenha ocorrido na audiência realizada em 16/8/1999, a defesa da paciente suscitou a questão somente em 13/1/2006, quando já ultrapassados mais de seis anos do acontecido, sendo certo, ainda, que a condenação, por si só, não representa ter havido prejuízo para a defesa, de modo a ensejar a nulidade da ação penal.

Ainda que assim não fosse, a condenação já transitou em julgado, inclusive, com o início da execução da pena imposta à paciente, o que denota estar preclusa a matéria.

Como tenho reiteradamente assentado, salvo em hipóteses excepcionais de evidente teratologia ou de flagrante cerceamento de defesa, que impliquem em grave prejuízo para o réu, considero que o *habeas corpus*, em que pese configurar remédio constitucional de largo espectro, não pode ser empregado como sucedâneo de revisão criminal.

Ante o exposto, denego a ordem.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhora Presidente e também, além de mais uma vez se tratar de um *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, a parte tem que provar o prejuízo. Se ela não provar o prejuízo há de haver uma verossimilhança de que a oitiva dessa testemunha poderia reverter o quadro probatório que conduziria ao resultado mais favorável. Aqui não. Aqui nós temos 4.122 gramas de cocaína apreendidas, uma condenação de vinte anos de reclusão, uma prova robusta e, de certo, uma testemunha que, pelo menos sob o juízo da plausibilidade, seria absolutamente indiferente nessa oitiva com a participação do defensor dativo.

Acompanho o Relator.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente): O *habeas corpus* não está sujeito ao critério da oportunidade, não há preclusão da matéria nele versada, desde que se aponte transgressão a direito a alcançar a liberdade de ir e vir do paciente, quer na via direta ou na indireta.

Afasto, portanto, articulação em sentido contrário. Também afasto a referente à ausência de demonstração de prejuízo. Diria que o prejuízo hoje está certificado em documento público, que é a sentença condenatória. Mas o relator informa que houve a designação de defensor, que foram observadas as datas quanto às intimações e que, portanto, improcede as alegações da defesa.

Acompanho Sua Excelência indeferindo a ordem.

**SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA**

HABEAS CORPUS

Habeas Corpus n. 127.904, de Santa Catarina (2009/0021651-0)

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: Michael P Woiciechowski

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Paciente: Ivan Cegatta

EMENTA

HABEAS CORPUS. ABUSO DE AUTORIDADE (ARTIGOS 3º, ALÍNEA “T”, E 4º, ALÍNEA “A”, AMBOS DA LEI 4.898/1965). PACIENTE PATROCINADO POR DEFENSOR DATIVO. ALEGADA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO CAUSÍDICO PARA APRESENTAR RAZÕES DE RECURSO DE APELAÇÃO. INDIGITADA IRREGULARIDADE DE CERTIDÃO NA QUAL SE ATESTOU QUE O ADVOGADO NÃO COMPARECEU AO CARTÓRIO APÓS CONTATOS TELEFÔNICOS. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT* QUANTO AO PONTO.

1. As questões referentes à alegada nulidade do feito ante a ausência de intimação pessoal do advogado dativo para apresentar as razões do apelo interposto, e à apontada irregularidade da certidão que informou não ter ele comparecido ao cartório após contatos telefônicos, não foram objeto de análise perante a Corte de origem, o que impede a sua apreciação diretamente por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de atuação em indevida supressão de instância.

2. Ainda que assim não fosse, é imperioso consignar que, atualmente, até em casos de nulidade absoluta, doutrina e jurisprudência têm exigido a comprovação de prejuízo para que o vício possa ser reconhecido.

3. Desse modo, eventual eiva decorrente da falta de intimação pessoal do defensor dativo para apresentar as razões de recurso de apelação somente poderia ser reconhecida caso evidenciado o dano à defesa do paciente, o que não restou caracterizado na espécie, já que outro causídico designado pelo Juízo singular arrazou devidamente o apelo interposto, possibilitando o seu julgamento pelo Tribunal de origem.

APONTADA INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO COMUM PARA PROCESSAR E JULGAR O PACIENTE POR CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. COMARCA EM QUE NÃO HÁ JUIZADO ESPECIAL INSTALADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Defende-se na impetração que o delito de abuso de autoridade imputado ao paciente seria da competência dos Juizados Especiais Criminais, razão pela qual a respectiva ação penal não poderia ter sido processada e julgada pela 2ª Vara Criminal da comarca de Itajaí/SC.

2. No entanto, tanto na sentença condenatória quanto no acórdão que a confirmou consignou-se inexistir unidade jurisdicional formal do Juizado Especial Criminal na comarca de Itajaí/SC, incumbindo tal competência à 1ª e 2ª Varas Criminais, de forma alternada.

3. Não havendo na comarca de Itajaí/SC Juizado Especial instalado, nada impede que as infrações de menor potencial ofensivo sejam processadas e julgadas pelo Juízo comum, consoante a legislação de organização judiciária local.

RECURSO DE APELAÇÃO JULGADO PELA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. IRRESIGNAÇÃO QUE DEVERIA SER APRECIADA POR TURMA RECURSAL. INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL.

1. Ainda que se trate de infração de menor potencial ofensivo, tendo o feito tramitado perante a Justiça Comum, ante a inexistência de Juizado Especial instalado na comarca, não há que se falar em competência da Turma Recursal para apreciar o recurso de apelação interposto contra a sentença condenatória, já que este, pelo princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, deve ser examinado pelo órgão jurisdicional hierarquicamente superior que, no caso concreto, é uma das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

ALEGADA NULIDADE DO FEITO PELA INOBSERVÂNCIA DO RITO PREVISTO NA LEI 9.099/1995. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO, MAIS BENÉFICO AO ACUSADO. INOCORRÊNCIA DE MÁCULA.

1. Conquanto o princípio do devido processo legal compreenda a garantia ao procedimento tipificado em lei, não se admitindo a inversão da ordem processual ou a adoção de um rito por outro, não se pode olvidar que as regras procedimentais não possuem vida própria, servindo ao regular desenvolvimento do processo, possibilitando a aplicação do direito ao caso concreto.

2. Assim, a eventual inversão de algum ato processual ou a adoção do procedimento ordinário em detrimento de rito especial

só podem conduzir à nulidade do processo se houver prejuízo às partes.

3. Na hipótese em apreço, a não realização de audiência preliminar não acarretou qualquer prejuízo à defesa do paciente, notadamente em razão de o crime a ele imputado ser de ação pública incondicionada, cujo processamento e julgamento não podem ser obstados ante a composição civil dos danos entre o autor do fato e a vítima.

4. Igualmente, não se pode cogitar de mácula no feito pelo não oferecimento de defesa preliminar antes do recebimento da denúncia, e pela realização do interrogatório do paciente antes da oitiva das testemunhas de acusação e de defesa, uma vez a adoção do rito comum ao caso concreto trouxe maiores possibilidades de defesa ao réu, que pôde arrolar mais testemunhas do que permitido na Lei 9.099/1995.

MEDIDAS DESPENALIZADORAS PREVISTAS NA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS. AFIRMADA INEXISTÊNCIA DE ÓBICE À SUA CONCESSÃO AO PACIENTE, QUE PREENCHERIA OS REQUISITOS LEGAIS PARA A SUA OBTENÇÃO. MANIFESTAÇÃO CONTRÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E PRONUNCIAMENTO JUDICIAL INDEFERINDO O PLEITO DEFENSIVO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA OU DE TERATOLOGIA.

1. A concessão de transação penal e de suspensão condicional do processo ao acusado de infração de menor potencial ofensivo pressupõem o preenchimento dos requisitos legais, explicitados, respectivamente no § 2º do artigo 76, e no *caput* do artigo 89 da Lei dos Juizados Especiais.

2. Na espécie, ao ofertar a denúncia o Ministério Público deixou de ofertar transação penal e suspensão condicional do

processo ao paciente ao argumento de que as medidas não seriam recomendáveis, dada a existência de outras duas acusações pela suposta prática de delitos da mesma natureza, tendo o Juízo de origem concordado com a negativa de propositura das medidas despenalizadoras.

3. Muito embora o paciente não tenha sido previamente condenado por crimes de abuso de autoridade, não há dúvidas de que possui contra si duas acusações por delitos de tal natureza, circunstâncias que justificam a não concessão das benesses pelo órgão ministerial, sob o fundamento de que seriam inadequadas ao caso concreto.

ALEGADA FALTA DE DEFESA DO PACIENTE EM RAZÃO DAS RAZÕES RECURSAIS APRESENTADAS POR NOVO ADVOGADO DATIVO NOMEADO PARA PATROCINAR O PACIENTE. NULIDADE NÃO CARACTERIZADA. DENEGACÃO DA ORDEM.

1. Nos termos do enunciado 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, “*no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu*”.

2. O caso dos autos não pode ser enquadrado como hipótese de falta de defesa, pois, consoante as várias peças processuais acostadas ao *mandamus*, o paciente viu-se assistido por causídico nomeado para patrocinar a sua defesa durante todo o curso do processo.

3. Ao contrário do que alegado na impetração, não se verifica a insuficiência no conteúdo das razões do recurso de apelação apresentadas, já que o advogado designado concentrou-se em arguir a incompetência da 2ª Vara Criminal da comarca de Itajaí para processar e julgar o paciente, a nulidade do feito pela

inobservância do rito previsto na Lei 9.099/1995, e a necessidade de aplicação dos benefícios da transação penal e da suspensão condicional do processo.

4. Desse modo, a simples falta de menção ao mérito da ação penal nas razões recursais ofertadas não é suficiente para tornar a peça inepta, ou demonstrar a inexistência de defesa efetiva do acusado.

5. Ademais, constata-se que o impetrante quedou-se em demonstrar qual teria sido o prejuízo resultante do teor da contrariedade ao recurso ministerial apresentado, cingindo-se a afirmar, num juízo de mera especulação, que a posterior condenação do paciente teria decorrido da insuficiência das contrarrazões ofertadas, razão pela qual é inviável o reconhecimento da nulidade apontada.

6. *Writ* parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem.

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, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 03 de maio de 2011. (Data do Julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de IVAN CEGATTA, apontando como autoridade coatora a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que, ao julgar a Apelação Criminal n. 2007.004956-0, negou provimento ao recurso, mantendo a condenação do paciente à pena de 22 (vinte e dois) dias de detenção, substituída por uma sanção restritiva de direitos consistente em prestação pecuniária no valor de 2 (dois) salários mínimos, pela suposta prática dos delitos previstos nos artigos 3º, alínea “i”, e 4º, alínea “a”, ambos da Lei 4.898/1965.

Notícia o impetrante que foi nomeado defensor dativo do paciente por ocasião do interrogatório judicial, tendo patrocinado a sua defesa durante toda a ação penal, inclusive interpondo recurso de apelação contra a sentença condenatória no prazo legal.

Assevera que, conquanto estivesse exercendo a função de advogado nomeado pelo Juízo, não foi intimado para apresentar as razões do apelo interposto, tendo sido destituído do cargo e substituído por outro causídico sem a observância do disposto no artigo 5º, § 5º, da Lei 1.060/1950, que prevê a notificação pessoal dos defensores dativos.

Aduz que a certidão constante dos autos informa apenas que, após contatos telefônicos, o ora impetrante não compareceu ao cartório, o que comprovaria a inexistência de intimação pessoal do defensor para apresentar as razões do recurso de apelação interposto.

Assevera, ainda, que a referida certidão seria irregular, pois não traria em seu bojo sequer o número da ação penal respectiva, e porque que teria sido lavrada por uma técnica judiciária, e não por um escrivão do cartório.

Alega a incompetência do Juízo perante o qual a ação penal em tela tramitou, pois o delito atribuído ao paciente seria de menor potencial ofen-

sivo, de competência dos Juizados Especiais Criminais, tendo o feito sido processado e julgado perante a 2ª Vara Criminal da comarca de Itajaí/SC.

Argui, igualmente, a incompetência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina para apreciar o recurso de apelação interposto pela defesa, o qual deveria ter sido examinado por uma Turma Recursal dada a natureza do crime a ele imputado, que seria da competência absoluta dos Juizados Especiais.

Entende que o acórdão e a sentença proferidos pelas instâncias de origem devem ser anulados, ante a não observância ao rito estabelecido pela Lei 9.099/1995, que seria mais benéfico ao acusado.

Assinala que deveriam ter sido ofertados ao paciente os benefícios da transação penal e da suspensão condicional do processo, e que a anterior concessão de transação penal ao acusado há mais de 5 (cinco) anos não teria o condão de impedir que usufruísse novamente das benesses previstas na Lei 9.099/1995, notadamente quando não possui contra si qualquer condenação.

Expõe, por fim, que o paciente restou indefeso ante as razões do recurso de apelação interposto, que sequer atacaram o mérito da ação penal, cingindo-se a alegar a não obediência do rito da Lei 9.099/1995 e a pleitear a incidência dos benefícios previstos no referido diploma legal.

Requer a concessão da ordem para que seja anulado o acórdão referente ao julgamento do recurso de apelação, restabelecendo o defensor irregularmente destituído, com a sua respectiva intimação para apresentar as razões do inconformismo.

Alternativamente, postula a anulação do feito, desde a citação, ante a não observância do procedimento previsto na Lei 9.099/1995; a anulação do acórdão recorrido em razão da violação ao princípio do juiz natural, remetendo-se os autos à Turma Recursal competente; a anulação

do aresto objurgado, com a determinação de baixa dos autos para que sejam oportunizados ao paciente os benefícios da transação penal e da suspensão condicional do processo; ou o cancelamento do trânsito em julgado do acórdão recorrido, reabrindo-se o prazo para a interposição de recursos.

Os autos foram inicialmente distribuídos à Relatoria do eminente Ministro Nilson Naves.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 283/286, manifestou-se pela denegação da ordem.

Por meio do despacho de fl. 294 proferido pela Presidência desta Corte, os autos foram a mim redistribuídos aos 5.4.2011, conforme certidão de fl. 297.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Conforme relatado, com este *habeas corpus* pretende-se, em síntese, a anulação do acórdão referente ao julgamento do recurso de apelação, restabelecendo o defensor irregularmente destituído, com a sua respectiva intimação para apresentar as razões do inconformismo ou, alternativamente, a anulação do aresto objurgado em razão da inobservância do rito previsto na Lei 9.099/1995, da violação ao princípio do juiz natural, da ausência de concessão dos benefícios da transação penal e da suspensão condicional do processo, e da falta de defesa efetiva do paciente.

Segundo consta dos autos, o paciente foi denunciado pela suposta prática do delito de abuso de autoridade, extraindo-se da peça acusatória os seguintes trechos:

Consta dos autos que no dia 20 de agosto de 2003, por volta das 14:00 horas, policiais militares em serviço e à paisana abordaram Eduardo José

Schotka de Andrade, em frente a residência de sua avó, Edemir Tereza Teixeira, situada na Rua das Hortências, nº 484, Bairro São Vicente, nesta Cidade, dando-lhe voz de prisão, pela prática do delito de desacato.

Após tal ato, os policiais militares invadiram a aludida residência para dominar fisicamente Eduardo, que havia adentrado no pátio da mesma, ocasião em que utilizaram de excessiva força causando desordem e agredindo outras pessoas que achavam-se no local.

A vítima Edemir Terezinha Teixeira, proprietária da casa e avó de Eduardo, ao deparar-se com a situação criada pelos policiais, passou mal e desmaiou, no entanto, viu a conduta dos mesmos e a ameaça proferida pelo denunciado ao seu neto.

Já a vítima Suzete de Andrade, escutou os gritos de socorro de sua irmã Denise, que havia sido empurrada de sua cadeira de rodas e, ao sair de casa para apurar o ocorrido, foi agredida pelo policial Cegatta.

Ressalta-se que o denunciado, contou com a ajuda de outros policiais militares, que deslocaram-se até o local para ajudar àqueles que estavam à paisana. Oportuno salientar que, toda a diligência, incluindo as ofensas à integridade física e moral das vítimas, eram comandadas pelo ora denunciado.

Tais fatos estão corroborados nos autos, pelo depoimento das vítimas, bem como pelos laudos de exame de corpo delito, que confirmam as agressões físicas sofridas pelas mesmas.

Diante de tais circunstâncias, tem-se claro que o denunciado, com abuso de poder, ordenou medida privativa de liberdade à vítima Eduardo José Schotka de Andrade, sem as formalidades legais ou com abuso de poder, além de atentar contra à incolumidade física desta e das também vítimas Denise Joaquina de Andrade e Susete de Andrade. (e-STJ, fls. 34/36).

Quando da propositura da ação penal, o órgão ministerial manifestou-se pela impossibilidade de concessão da transação penal e da suspensão condicional do processo, uma vez que o paciente já teria sido *“agraciado com a suspensão condicional do processo, quando imputado-lhe a prática do delito tipificado no art. 3º, letra ‘i’ e art. 6º, § 3º, letra ‘b’ da Lei 4.898/65”* e, *“embora já transcorridos cinco anos da concessão do benefício, verifica-se*

que o mesmo não serviu de lição ao denunciado, que, novamente, voltou a praticar crime de abuso de autoridade “ (e-STJ, fl. 82).

Quando do interrogatório do paciente, foi-lhe nomeado defensor dativo (e-STJ, fl. 87), o qual, por ocasião da defesa prévia, suscitou preliminar de ausência de representação, além de ter requerido a aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/1995 (e-STJ, fls. 88/90), tendo o magistrado singular indeferido os pedidos formulados em decisão da qual se retiram as seguintes passagens:

Não cabe o benefício da suspensão do processo - Lei nº 9.099/95 tendo em vista as certidões de antecedentes criminais de fls. 48 e 49, e conforme parecer de fls. 52 e decisão de fls. 2.

No tocante à falta de representação do ofendido para a denúncia de crime de abuso de autoridade temos que não procede.

A Lei nº 5.249/67 em seu artigo 1º alterou a Lei nº 4.898/65 e a falta de representação não obsta a iniciativa ou curso da ação pública. (e-STJ, fls. 95/96).

Sobreveio sentença na qual o paciente restou condenado à pena de 22 (vinte e dois) dias de detenção, substituída por uma sanção restritiva de direitos consistente em prestação pecuniária no valor de 2 (dois) salários mínimos, pelo cometimento dos crimes previstos nos artigos 3º, alínea “i”, e 4º, alínea “a”, ambos da Lei 4.898/1965.

Irresignado, o paciente, por intermédio de seu defensor dativo, apelou do édito repressivo (e-STJ, fl. 172), tendo o Juízo de origem recebido o reclamo e determinado a abertura de vista ao apelante para o oferecimento das razões do inconformismo (e-STJ, fl. 173).

Diante do não comparecimento do advogado dativo ao cartório após vários contatos telefônicos (e-STJ, fl. 176), o Juízo singular nomeou novo causídico para patrocinar o paciente (e-STJ, fl. 177), o qual apresentou as razões da apelação interposta (e-STJ, fls. 179/181).

E, ao julgar o reclamo, a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina negou provimento ao recurso em acórdão que restou assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. ABUSO DE AUTORIDADE. ART. 3º, I, E ART. 4º, A, DA LEI N. 4.898/65.

INCOMPETÊNCIA DA VARA CRIMINAL COMUM. VÍCIO INOCORRENTE. TRAMITAÇÃO PELO RITO ORDINÁRIO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO.

PRECLUSÃO. REQUISITOS SUBJETIVOS, ADEMAIS, NÃO PREENCHIDOS.

A transação penal e suspensão condicional do processo são institutos de conciliação que precluem com o recebimento da denúncia e prolação da sentença.

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (e-STJ, fl. 198).

Pois bem. Inicialmente, tem-se que o *mandamus* não pode ser conhecido no que se refere à alegada nulidade do feito ante a ausência de intimação pessoal do advogado dativo para apresentar as razões do apelo interposto, e à apontada irregularidade da certidão que informou não ter ele comparecido ao cartório após contatos telefônicos.

É que da íntegra da ação penal que instrui o feito depreende-se que em momento algum o paciente ou mesmo o causídico nomeado para defendê-lo se insurgiram contra a certidão por meio da qual se atestou que mencionado defensor, após vários contatos telefônicos, não teria comparecido ao cartório para apresentar as razões do recurso de apelação interposto, tampouco impugnaram a designação de outro advogado para fazê-lo.

Com efeito, embora as eivas suscitadas tenham supostamente ocorrido quando o feito tramitava em primeiro grau de jurisdição, o certo é que não foram submetidas à análise do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que, por conseguinte, sobre elas não se pronunciou.

Assim, não tendo as mencionadas máculas sido objeto de análise perante a Corte de origem, não é possível a sua apreciação diretamente por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. *WRIT* NÃO CONHECIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO NO JUIZADO ESPECIAL. INTIMAÇÃO PESSOAL DO AUTOR. ADVOGADO PREVIAMENTE CONSTITUÍDO. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO MAS NÃO PROVIDO.

1. O pleito de nulidade por alegada ausência de intimação dos advogados constituídos para a audiência de instrução e julgamento no Juizado Especial Criminal, realizada em 19/12/08, não foi objeto de análise pelo Tribunal de origem, não havendo, assim, como ser conhecida a impetração, diante da flagrante incompetência desta Corte Superior (art. 105, inciso II, alínea *a*, da Constituição da República) para apreciar originariamente a matéria, sob pena de indevida supressão de instância.

(...)

3. Agravo regimental conhecido mas não provido. Decisão monocrática mantida.

(AgRg no HC 157.150/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 02/08/2010) *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. NULIDADE DA INTIMAÇÃO E CERCEAMENTO DE DEFESA. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL *A QUO*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. (...).

1. As alegações de nulidade da intimação do Paciente, através de edital, sem o esgotamento de todos os endereços constantes nos autos, e de deficiência da defesa apresentada pelo defensor dativo, não foram apreciadas pelo Tribunal a quo, quando da análise do recurso em sentido estrito. Assim, como tais questões não foram debatidas na instância originária, não há como serem conhecidas, diante da flagrante incompetência desta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

(...)

3. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, na parte conhecida, concedida a ordem para, afastado o reconhecimento do trânsito em julgado da sentença de pronúncia, determinar que o Tribunal de origem analise o recurso em sentido estrito interposto pela defesa, da forma como melhor entender.

(HC 87.460/RO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2009, DJe 09/03/2009)

Ainda que assim não fosse, é imperioso consignar que, atualmente, até em casos de nulidade absoluta, doutrina e jurisprudência têm exigido a comprovação de prejuízo para que o vício possa ser reconhecido.

Desse modo, eventual eiva decorrente da falta de intimação pessoal do defensor dativo para apresentar as razões de recurso de apelação somente poderia ser reconhecida caso evidenciado o dano à defesa do paciente, o que não restou caracterizado na espécie, já que outro causídico designado pelo Juízo singular arrazoou devidamente o apelo interposto, possibilitando o seu julgamento pelo Tribunal de origem.

No que se refere à indigitada incompetência do Juízo perante o qual o processo penal em tela tramitou, a ordem há de ser denegada.

Defende-se na impetração que o delito de abuso de autoridade imputado ao paciente seria da competência dos Juizados Especiais Criminais, razão pela qual a respectiva ação penal não poderia ter sido processada e julgada pela 2ª Vara Criminal da comarca de Itajaí/SC.

No entanto, tanto na sentença condenatória (e-STJ, fl. 149) quanto no acórdão que a confirmou (e-STJ, fl. 201) consignou-se inexistir unidade jurisdicional formal do Juizado Especial Criminal na comarca de Itajaí/SC, incumbindo tal competência à 1ª e 2ª Varas Criminais, de forma alternada.

Desse modo, inexistindo na comarca de Itajaí/SC Juizado Especial instalado, nada impede que as infrações de menor potencial ofensivo se-

jam processadas e julgadas pelo Juízo comum, consoante a legislação de organização judiciária local.

A propósito, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flavio Gomes lecionam que “*enquanto não criados formalmente os Juizados Especiais Criminais*”, “*os juízos comuns (assim como os especiais) aplicarão normalmente os quatro institutos penais benéficos da lex nova*” (Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 54).

No caso em apreço, a Resolução n. 23/2006 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao alterar as atribuições da 1ª e 2ª Varas Criminais da comarca de Itajaí, dispôs, no inciso I do artigo 2º, competir privativamente à 2ª Vara Criminal o processo e julgamento das ações de menor potencial ofensivo, previstas na Lei 9.099/1995, *verbis* :

Art. 2º Compete privativamente à 2ª Vara Criminal da comarca de Itajaí o processo e julgamento das ações:

I – de menor potencial ofensivo, previstas na Lei n. 9.099/95 (Juizado Especial Criminal);

Assim, não há que se falar em incompetência absoluta da 2ª Vara Criminal da comarca de Itajaí/SC para processar e julgar o paciente pelo delito de abuso de autoridade.

No que diz respeito à apontada impossibilidade de o recurso de apelação interposto pela defesa ser apreciado por uma das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, melhor sorte não socorre o impetrante.

Em primeiro lugar, vale destacar que o artigo 98, inciso I, da Constituição Federal atribui às Turmas Recursais competência para examinar os recursos referentes aos processos de competência dos Juizados Especiais Criminais.

Confira-se:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

Sobre a competência das Turmas Recursais, esta é a lição de Maria Lúcia Karam:

As turmas recursais, quando instaladas, constituem, portanto, um colegiado composto de três juízes em exercício no 1.º grau de jurisdição, atuando no próprio âmbito dos juizados especiais. Embora não se destaquem dos juizados especiais, integrando-os apenas em uma outra composição, as turmas recursais, de todo modo, diferenciam-se do órgão do juizado que originariamente conhece da causa.

Ao colegiado é atribuída competência para reexaminar as decisões (sem sentido genérico) proferidas pelo órgão do juizado especial que originariamente conhece da causa, desde que estas sejam impugnadas por meio de recurso, isto é, mediante o remédio voluntário idôneo a ensejar tal reexame dentro do mesmo processo.

No exercício desta exclusiva competência recursal, o colegiado concretiza, no próprio âmbito dos juizados especiais, o duplo grau de jurisdição, cuja essência reside na possibilidade de um órgão jurisdicional diferenciado reapreciar a causa, substituindo, com seu pronunciamento, o que decidido pelo órgão jurisdicional que originariamente a apreciara. (Juizados Especiais Criminais. A concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 206/207).

Por conseguinte, tendo o feito tramitado perante a Justiça Comum, não há que se falar em competência da Turma Recursal para apreciar o recurso de apelação interposto contra a sentença condenatória, já que este, pelo princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, deve ser examinado pelo órgão jurisdicional hierarquicamente superior que, no caso concreto, à

toda evidência, é uma das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Este tem sido o entendimento adotado por esta Corte Superior de Justiça em casos semelhantes:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. INJÚRIA. SENTENÇA PROFERIDA PELO JUÍZO COMUM. APELAÇÃO. COMPETÊNCIA. JULGAMENTO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (...)

1. Proferida a sentença pelo Juízo Comum, cabe ao Tribunal de Justiça - e não à Turma Recursal dos Juizados Especiais Criminais - proceder ao julgamento da apelação.

(...)

5. Ordem concedida na extensão pedida e, de ofício, para anular o processo desde o recebimento da denúncia e declarar extinta a punibilidade, em razão da prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos do art. 109, inciso VI, do Código Penal.

(HC 75.140/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2009, DJe 13/10/2009)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO QUALIFICADA. PENA MÁXIMA DE 4 ANOS DE RECLUSÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. APELAÇÃO. PRINCÍPIO DA PERPETUATIO JURISDICTIONIS. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (...)

(...)

2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, tendo o feito tramitado no Juízo Comum, ainda que se trate de infração de menor potencial ofensivo, competente é o órgão jurisdicional hierarquicamente superior, isto é, o Tribunal de Justiça Estadual, para processar e julgar a apelação interposta contra sentença condenatória prolatada pelo referido juízo.

3. Conflito conhecido para declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

(CC 91.628/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/03/2008, DJe 22/04/2008)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 250, § 2º, DO CP. LEI N.º 10.259/2001. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA PROFERIDA POR JUÍZO COMUM. APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

I - Segundo entendimento firmado pelos Tribunais Superiores, compete ao Tribunal de Justiça Estadual apreciar e julgar recursos interpostos contra decisão de juízo comum, ainda que a ação penal trate de delito de menor potencial ofensivo (Precedentes).

(...)

Habeas corpus concedido de ofício para declarar extinta a punibilidade pelo advento da prescrição da pretensão punitiva.

(HC 72221/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA,

julgado em 19/04/2007, DJ 13/08/2007, p. 396)

Irretocável, portanto, a conclusão do Desembargador Relator da apelação interposta pela defesa do paciente, pela qual a Corte de origem seria a “*competente para conhecer o recurso de apelação, pois o feito tramitou e foi julgado no Juizado Comum*” (e-STJ, fl. 199).

De outra banda, não prospera a alegação de nulidade da sentença condenatória e do acórdão que a confirmou, em face da indigitada inobservância do rito sumaríssimo estabelecido na Lei dos Juizados Especiais, que seria mais benéfico ao acusado.

De início, é imperioso consignar que, de fato, conforme explicitado na inicial do *mandamus*, o procedimento especial previsto na Lei 9.099/1995 não foi integralmente aplicado no caso em apreço.

Contudo, tal constatação não conduz ao reconhecimento da nulidade do feito, uma vez que há peculiaridades nos autos que revelam que

a inobservância do rito sumaríssimo não trouxe quaisquer prejuízos ao ora paciente.

Conquanto o princípio do devido processo legal compreenda a garantia ao procedimento tipificado em lei, não se admitindo a inversão da ordem processual ou a adoção de um rito por outro, não se pode olvidar que as regras procedimentais não possuem vida própria, servindo ao regular desenvolvimento do processo, possibilitando a aplicação do direito ao caso concreto.

Assim, a eventual inversão de algum ato processual ou a adoção do procedimento ordinário em detrimento de rito especial só podem conduzir à nulidade do processo se houver prejuízo às partes.

Na hipótese vertente, o impetrante aduz, em primeiro lugar, que não teria sido realizada audiência preliminar para composição civil, o que ensejaria evidentes danos à defesa.

Realmente as partes não foram intimadas para comparecer à audiência prevista nos artigos 71 e 72 da Lei 9.099/1995, que se encontram assim redigidos:

Art. 71. Na falta do comparecimento de qualquer dos envolvidos, a Secretaria providenciará sua intimação e, se for o caso, a do responsável civil, na forma dos arts. 67 e 68 desta Lei.

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Ocorre que a mencionada audiência tem por finalidade a obtenção de acordo no tocante à indenização que as vítimas teriam direito a receber caso proferida sentença condenatória contra o autor do fato, a ser executada no cível.

Na hipótese de acordo entre as partes, se a infração de menor potencial ofensivo for de ação penal privada ou de ação penal pública condicionada à representação, a homologação judicial enseja renúncia ao direito de queixa ou representação, consoante o disposto no parágrafo único do artigo 74 da Lei 9.099/1995:

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

A propósito, merecem menção, mais uma vez, os ensinamentos de Maria Lúcia Karam:

Assim é que, sendo o exercício do direito de ação penal condenatória reservado ao ofendido (ação penal de iniciativa privada) ou dependente de sua autorização (ação penal de iniciativa do Ministério Público condicionada à representação), a sentença homologatória, como antes mencionado, terá o efeito de impedir a propositura da ação penal condenatória e, assim, excluir a possibilidade de imposição de qualquer pena como resposta à prática da infração penal, identificável no mesmo fato configurador do ilícito civil, tenha a composição civil dos danos se celebrado diretamente com o apontado 'autor do fato', tenha se celebrado com o chamado responsável civil.

A regra do parágrafo único do art. 74, dispondo que a composição dos danos civis implica renúncia do ofendido ao direito de propor ação penal condenatória de sua iniciativa ou ao direito de oferecer a representação para que o Ministério Público proponha a ação penal condenatória àquela condicionada, faz com que a sentença homologatória proferida na ação civil projete seus efeitos sobre o processo penal. Assim, afina-se a referida regra com o objetivo de promover a solução dos conflitos de forma rápida e conciliadora, compondo integralmente e de uma vez só o conflito surgido do alegado fato simultaneamente configurador de ilícitos civil e penal, pouco importando que réu na ação civil tenha sido o chamado responsável indireto (no dizer da Lei 9.099/95, o responsável civil). (Op. cit., p. 122).

Por outro lado, se o ilícito for de ação penal pública incondicionada, como o delito de abuso de autoridade imputado ao paciente, a homologação da composição civil não acarreta quaisquer efeitos no prosseguimento do processo criminal, passando-se ao exame da possibilidade ou não, de propositura de transação penal, na forma do *caput* do artigo 76 da Lei dos Juizados Especiais:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Dessa forma, não tendo sido evidenciado qualquer prejuízo decorrente da não realização da audiência preliminar, notadamente em razão de o crime imputado ao paciente ser de ação pública incondicionada, cujo processamento e julgamento não podem ser obstados ante a composição civil dos danos entre o autor do fato e a vítima, não há como se reconhecer a nulidade suscitada no *writ*.

Igualmente, não se pode cogitar de mácula no feito pelo não oferecimento de defesa preliminar antes do recebimento da denúncia, e pela realização do interrogatório do paciente antes da oitiva das testemunhas de acusação e de defesa.

Isso porque, segundo a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, “*mera irregularidade ocorrerá, diante da inexistência de prejuízo, se, apesar da inobservância do procedimento previsto, tiver sido adotado outro mais amplo, que dê às partes maiores oportunidades de participação*” (As nulidades no processo penal. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 237).

E, na hipótese vertente, o que se retira dos autos é que o paciente foi efetivamente beneficiado pela inobservância do procedimento sumaríssimo, uma vez que, consoante destacado na sentença condenatória, “*a adoção do rito comum trouxe maior amplitude probatória, efetivamente utilizada*”

pelo réu, que arrolou e a seu pedido foram ouvidas mais de três testemunhas” (e-STJ, fl. 149).

Por conseguinte, não tendo o impetrante demonstrado prejuízo concreto e efetivo à defesa do paciente, e havendo nos autos informações de que o acusado teria se beneficiado da adoção do procedimento comum ordinário, não é possível anular o feito, desde sua fase embrionária, como pretendido na inicial do *mandamus*.

No tocante à necessidade de oferecimento dos benefícios da transação penal e da suspensão condicional do processo ao paciente, a impetração não merece acolhida.

É que as referidas benesses pressupõem o preenchimento dos requisitos legais, explicitados, respectivamente no § 2º do artigo 76, e no *caput* do artigo 89 da Lei dos Juizados Especiais, *verbis*:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.”

“Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado

ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Na espécie, ao ofertar a denúncia o Ministério Público deixou de propor transação penal e suspensão condicional do processo ao paciente ao argumento de que as medidas não seriam recomendáveis, dada a existência de outras acusações pela suposta prática de delitos da mesma natureza (e-STJ, fl. 82).

Por ocasião da defesa preliminar, o advogado dativo do acusado arguiu a manifesta ilegalidade no não oferecimento dos benefícios previstos na Lei 9.099/1995, por entender que a anterior aceitação de *sursis* processual não implicaria aceitação de culpa, não se podendo falar, assim, que o acusado teria voltado a praticar delito, uma vez que não possuiria qualquer condenação contra si proferida (e-STJ, fls. 88/90).

Ao se pronunciar sobre os pleitos defensivos, eis o que aduzido pelo órgão ministerial:

Em segundo plano, alega-se que o acusado não possui nenhuma condenação, o que lhe oportunizaria a aplicação da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Embora isso seja correto, o que se observa no parecer ministerial de fl. 52 é que o acusado não apresenta bons antecedentes, uma vez que por duas vezes já incorreu, em tese, no delito de abuso de autoridade, conforme se atesta nas certidões de fls. 48 e 49.

Isto significa dizer que, os institutos da transação penal, bem como da suspensão condicional do processo, não se amoldam ao presente caso concreto. A instauração do processo e a aplicação de futura sanção privilegiarão a função 'preventiva' especial da pena, entendida como aquela que 'objetiva a readaptação e a segregação sociais do culpado de um crime, como meios de impedi-lo de voltar a delinquir'.

Portanto, reitera o Ministério Público que seus antecedentes NÃO PREENCHEM os requisitos subjetivos do artigo 76, § 2º e artigo 89 da Lei 9.088/95 c/c artigo 77, II do Código Penal Brasileiro, de modo

que deixa de propor a transação penal ou suspensão condicional do processo, ratificando assim o parecer ministerial de fl. 52. (e-STJ, fl. 94).

Por sua vez, o magistrado singular consignou o descabimento do “*benefício da suspensão condicional do processo - Lei nº 9.099/95 tendo em vista as certidões de antecedentes criminais de fls. 48 e 49, e conforme parecer de fls. 52 e decisão de fls. 2*” (e-STJ, fls. 95/96).

De tudo quanto foi exposto, tem-se que houve o indeferimento motivado da aplicação das benesses previstas na Lei 9.099/1995, não procedendo as assertivas expostas no *writ*, no sentido de que inexisteriam impedimentos para a concessão da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Com efeito, muito embora o paciente não tenha sido previamente condenado por crimes de abuso de autoridade, não há dúvidas de que possui contra si duas acusações por delitos de tal natureza, circunstâncias que justificam a não propositura das medidas despenalizadoras pelo órgão ministerial, sob o fundamento de que seriam inadequadas ao caso concreto (e-STJ, fls. 78/79).

De mais a mais, não se verifica qualquer teratologia ou ilegalidade flagrante na manifestação do *Parquet*, confirmada pelo Juízo de origem, motivo pelo qual não cabe a esta Corte Superior de Justiça alterar as conclusões a que chegaram as instâncias de origem, concedendo ao paciente os benefícios da transação penal ou da suspensão condicional do processo.

Por fim, no que diz respeito à indigitada falta de defesa do paciente diante das razões do recurso de apelação interposto, que não teriam atacado o mérito da ação penal, cingindo-se a alegar a não obediência ao rito da Lei 9.099/1995 e a pleitear a incidência dos benefícios previstos no referido diploma legal, a ordem há de ser denegada.

Ora, o caso dos autos não pode ser enquadrado como hipótese de falta de defesa, pois, consoante as várias peças processuais acostadas ao

mandamus, o paciente viu-se assistido por advogado dativo durante toda a instrução criminal.

Observa-se que foi elaborada defesa prévia (e-STJ, fls. 88/90), o patrono esteve presente no interrogatório do paciente (e-STJ, fls. 85/87) e nas audiências de inquirição das testemunhas (e-STJ, fls. 72/75 e 113/117), tendo sido ofertadas, ainda, as pertinentes alegações finais (e-STJ, fls. 124/143).

No que diz respeito ao conteúdo das razões do recurso de apelação, apresentadas por um novo defensor dativo nomeado, ao contrário do que alegado na impetração, não se verifica insuficiência no seu teor, já que o advogado designado concentrou-se em arguir a incompetência da 2ª Vara Criminal da comarca de Itajaí para processar e julgar o paciente, a nulidade do feito pela inobservância do rito previsto na Lei 9.099/1995, e a necessidade de aplicação dos benefícios da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Desse modo, a simples falta de menção ao mérito da ação penal nas razões recursais ofertadas não é suficiente para tornar a peça inepta, ou demonstrar a inexistência de defesa efetiva do acusado.

Nessa ordem de ideias, há que se destacar o que contido no enunciado 563 da Suprema Corte, pelo qual “*no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu*”.

Acerca da nulidade por falta de defesa, é essa a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

Nessa linha - nulidade absoluta quando for afetada a defesa como um todo; nulidade relativa com prova do prejuízo (para a defesa) quando o vício do ato defensivo não tiver essa consequência - é que deve ser resolvida a questão das nulidades por vício ou inexistência dos atos processuais inerentes à defesa técnica e à autodefesa.

Assim, inúmeros julgados, sem indagar a respeito do prejuízo, reconhecem a nulidade absoluta em casos como: inépcia da denúncia ou queixa (STJ, HC 66.195-RJ, j. 26.08.2008); ausência ou irregularidade de citação, não sanadas pelo comparecimento do réu (TACrimSP, JTACrim 28/31, 44/75, 52/272 e 65/349; RT 489/380, STJ, HC 91.210-PR, j. 21.02.2008); colidência de defesas (RT 217/78, 302/447 e 357/375; RTJ 32/49 e 42/804, STF, HC 91.946-4-RJ, j. 11.12.2007); falta ou inépcia de alegações finais (RT 511/230; JTACrim 71/295); falta ou inépcia das razões de recurso (TACrimSP, Ap. 264491, in O processo constitucional em marcha).

(...)

Nesses casos, afetado que fica o direito de defesa como um todo, o vício acarreta a nulidade absoluta (art. 564, III, *a, c, e, g, l, o*, do CPP).

Em outros casos, porém, nos termos da Súmula 523 do STF, depende a nulidade da comprovação do prejuízo: assim ocorre com a falta ou inépcia das razões de recurso, a falta de prova do álibi referido pelo acusado, a ausência do curador (ver O processo constitucional em marcha, Acórdãos 59 e 68: TACrimSP, Ap. 264.491, Ap. 266.023, Ap. 318.713, Ap. 299.561, Ap. 315.087, Ap. 348.153-1, Ap. 342.389, Ap. 347.993-6, Ap. 271834 e Ap. 83.404).

(...)

É que, nesses casos, o vício ou inexistência de ato defensivo pode não levar, como conseqüência necessária, à vulneração do direito de defesa, em sua inteireza, dependendo a declaração de nulidade da demonstração do prejuízo à atividade defensiva como um todo. (As nulidades no processo penal. 11^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 74/75).

Pois bem. Na hipótese vertente, constata-se que o impetrante deixou de evidenciar qual teria sido o prejuízo resultante do teor das razões recursais apresentadas, cingindo-se a afirmar, num juízo de mera especulação, que a posterior confirmação da condenação do paciente teria decorrido da falta de impugnação ao mérito da ação penal na referida peça.

Desse modo, ausente a comprovação do prejuízo suportado pelo paciente em razão da conduta do advogado que exercia a sua defesa em

juízo, é inviável o reconhecimento da nulidade apontada, consoante a jurisprudência pacífica desta Corte Superior de Justiça, *verbis* :

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO, FURTO QUALIFICADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. NULIDADE ABSOLUTA. INOCORRÊNCIA. DEFENSOR QUE ATUA DE MANEIRA DILIGENTE, APRESENTANDO DEFESA PRÉVIA, OFERECENDO ALEGAÇÕES FINAIS E INTERPONDO APELAÇÃO.

1. Segundo a Súmula 523 do STF, no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

2. No caso, não se pode acolher a alegação de ausência de defesa quando os patronos atuaram de forma diligente em todas as fases do processo, apresentando defesa prévia, oferecendo alegações finais, na qual pleiteava a impronúncia (mesmo se tratando de réu confesso) e interpondo tempestivamente recurso de apelação.

3. Recurso a que se nega provimento.

(RHC 18.756/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA,

julgado em 15/10/2009, DJe 03/11/2009)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 180, CAPUT, E ART. 155, § 4º, INCISO IV, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. NULIDADE. DESPACHO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE NULIDADE PROCESSUAL, AO ARGUMENTO DE EVENTUAL COLIDÊNCIA DE DEFESAS. NULIDADE RELATIVA. RÉUS DEFENDIDOS PELO MESMO ADVOGADO. DEFICIÊNCIA DE DEFESA NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 523/STF.

(...)

III - A teor do disposto na Súmula 523 do STF: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.” IV - Inocorrentes, na espécie, as hipóteses delineadas no enunciado editado pelo Pretório

Excelso. Os pacientes, durante todo o feito, estiveram assistidos por advogado por eles nomeado, que compareceu aos seus interrogatórios, apresentou defesa prévia, acompanhou o desenrolar de toda a instrução probatória e, por fim, apresentou as alegações finais.

V - Revela-se apta a peça atinente às alegações finais que apresenta tese defensiva coerente com as provas produzidas nos autos - no caso, ausência de provas - que contrariou devidamente a acusação e, ao final, pugnou pela absolvição dos réus.

VI - Ademais, a ocorrência de condenação não demonstra, por si, a relação causal exigida no verbete da Súmula nº 523/STF.

VII - Qualquer entendimento contrário, no sentido de se verificar a relação causal entre a atuação da defesa e a condenação, demandaria, necessariamente, no caso concreto, aprofundado exame do material cognitivo, o que se mostra inviável nesta estreita via.

Ordem denegada.

(HC 106.253/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2008, DJe 09/03/2009)

No mesmo sentido são os julgados do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA *Habeas corpus*. Processual penal. Improcedência da alegação de deficiência técnica da defesa prévia apresentada pelo defensor dativo. Prejuízo não demonstrado pelos impetrantes. Incidência da Súmula nº 523 do STF. Precedentes da Corte. 1. A alegação de deficiência técnica da defesa prévia apresentada pelo defensor dativo não encontra respaldo nos autos, uma vez que os impetrantes não lograram demonstrar eventual prejuízo causado ao paciente de modo a justificar a concessão da ordem. 2. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a nulidade por deficiência na defesa do réu só deverá ser declarada se comprovado o efetivo prejuízo. Esse entendimento está, ainda, preconizado na Súmula nº 523/STF, que assim dispõe: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”. 3. *Habeas corpus* denegado.

(HC 97413, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 24/11/2009, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-05 PP-00723 RT v. 99, n. 894, 2010, p. 479-483)

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. TRIPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. TESES COLIDENTES. INEXISTÊNCIA. (...) ORDEM DENEGADA. 1. A Defensora Pública desempenhou com desenvoltura a defesa técnica do acusado, sustentando a tese de negativa de autoria (mesma linha adotada na autodefesa do réu). O pedido alternativo de reconhecimento da carência de provas para a condenação se deu em perfeita sintonia com os elementos empíricos do feito. A demonstrar muito mais o zelo profissional da Defensora em juízo do que propriamente uma atuação prejudicial aos direitos assegurados ao réu. Nem prejuízo nem falta de defesa foram demonstrados, a atrair a Súmula 523 do STF. (...) 4. *Habeas corpus* indeferido.

(HC 89467, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 08/04/2008, DJe-162 DIVULG 28-08-2008 PUBLIC 29-08-2008 EMENT VOL-02330-02 PP-00371 LEXSTF v. 30, n. 358, 2008, p. 371-380)

Inexiste, portanto, qualquer constrangimento ilegal a ser sanado por este Sodalício, não merecendo reparos a sentença condenatória e o acórdão que a confirmou.

Ante o exposto, *conhece-se parcialmente do habeas corpus* e, nessa extensão, *denega-se* a ordem.

É o voto.

RECURSOS ESPECIAIS

Recurso Especial n. 953.461, de Santa Catarina (2007/0114207-8) (f)

Relator: Ministro Sidnei Beneti

Recorrente: Patrick Santos Gomes

Advogado: Alex Sandro Sommariva

Recorridos: Arley Gomes e outros

Advogado: Cristian Esmeraldino Ferreira

EMENTA

DIREITO CIVIL. VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE SEM ANUÊNCIA DOS DEMAIS. ANULABILIDADE. REQUISITOS DA ANULAÇÃO PRESENTES.

1. Segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário, a alienação feita por ascendente à descendente é, desde o regime originário do Código Civil de 1916 (art. 1132), ato jurídico anulável. Tal orientação veio a se consolidar de modo expresso no novo Código Civil (CC/2002, art. 496).

2. Além da iniciativa da parte interessada, para a invalidação desse ato de alienação é necessário: a) fato da venda; b) relação de ascendência e descendência entre vendedor e comprador; c) falta de consentimento de outros descendentes (CC/1916, art. 1132), d) a configuração de simulação, consistente em doação disfarçada (REsp 476557/PR, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, 3ª T., DJ 22.3.2004) ou, alternativamente, e) a demonstração de prejuízo (EResp 661858/PR, 2ª Seção, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, Dje 19.12.2008; REsp 752149/AL, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, 4ª T., 2.10.2010).

3. No caso concreto estão presentes todos os requisitos para a anulação do ato.

4. Desnecessidade do acionamento de todos os herdeiros ou citação destes para o processo, ante a não anuência irretorquível de dois deles para com a alienação realizada por avô a neto.

5. Alegação de nulidade afastada, pretensamente decorrente de julgamento antecipado da lide, quando haveria alegação de não simulação de venda, mas, sim, de efetiva ocorrência de pagamento de valores a título de transferência de sociedade e de pagamentos decorrentes de obrigações morais e econômicas, à ausência de comprovação e, mesmo, de alegação crível da existência desses débitos, salientando-se a não especificidade de fatos antagônicos aos da inicial na contestação (CPC, art. 302), de modo que válido o julgamento antecipado da lide.

6. Decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina subsistente, Recurso Especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andrighi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 14 de junho de 2011(Data do Julgamento)

Ministro Sidnei Beneti, Relator

RELATÓRIO

O EXMO SR. MINISTRO SIDNEI BENETI (Relator): 1. PATRICK SANTOS GOMES interpõe recurso especial com fundamento nas alíneas “a” e “c” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Relator o Desembargador MARCUS TULIO SARTORATO, cuja ementa ora se transcreve (fls. 108):

ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO - CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE (NETO) - CERCEAMENTO DE DEFESA ANTE O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - INSUBSISTÊNCIA - EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES À PLENA CONVICÇÃO DO JULGADOR - AVENTADO LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO DOS DEMAIS HERDEIROS DO ALIENANTE - DESNECESSIDADE NA HIPÓTESE - PLEITO QUE SOMENTE VISA À DESCONSTITUIÇÃO DE CONTRATO POR INOBSERVÂNCIA DA FORMA PREVISTA EM LEI - PRELIMINARES AFASTADAS - NEGÓCIO CELEBRADO SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 - INEXISTÊNCIA DE PROVA ACERCA DA ANUÊNCIA DOS DEMAIS DESCENDENTES COM A ALIENAÇÃO PERFECTIBILIZADA - INTELIGÊNCIA DO ART. 1.132 DO CÓDIGO CIVIL (CORRESPONDENTE AO ART. 496 DO CC EM VIGOR) - SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

“A transmissão de bens do ascendente ao descendente, se onerosa, deverá obedecer ao mandamento contido no art. 1.132 do CC/16 e, em seguida, obrigará o donatário a colacionar no inventário aquilo que recebeu (art. 1.785, CC/16). Sendo a transmissão efetuada por interposta pessoa (simulação relativa, art. 102, I, do CC/16), afigura-se nítido o propósito de burlar a lei, em flagrante prejuízo aos direitos hereditários dos demais descendentes, que ficam, assim, legitimados para pleitear a anulação do negócio” (AC nº 2005.002158-0, Des. Maria do Rocio Luz Santa Rita).

2. Os embargos de declaração opostos (fls. 76/79) foram rejeitados (fls. 82/85).

3. O recorrente alega que o processo é nulo, porque a ação que visa a anular a alienação de ascendente a descendente por falta de anuência dos demais herdeiros teria como litisconsortes necessários todos os herdeiros do doador. No caso, como esses herdeiros não teriam sido chamados a integrar o pólo passivo da demanda, que caracterizaria nulidade do processo por carência de ação. Afirma que essa tese foi suscitada na contestação, mas não foi apreciada na sentença. Isso teria caracterizado “supressão de instância”, cerceamento de defesa e falta de motivação e, por conseguinte, violação dos artigos 131, 165 e 458 do Código de Processo Civil.

4. Afirma que o julgamento antecipado da lide sem produção de prova pericial representaria ofensa ao artigo 330, I, do Código de Processo Civil.

5. Sustenta que a simples ausência de consentimento dos demais herdeiros não é suficiente para anular a alienação feita a descendente. Para tanto seria preciso comprovar, ainda, a existência de simulação. O Tribunal de origem, assim não entendendo, teria malferido os artigos 496 e 1.132 do Código Civil de 1916.

É o relatório.

VOTO

O EXMO SR. MINISTRO SIDNEI BENETI (Relator): 6. Os autores, ARLEI GOMES, divorciado, e sua irmã, por parte de pai, GISELI CARDOSO GOMES, solteira, moveram ação anulatória de venda de um imóvel urbano, realizada pelo pai de ambos, Sebastião Joaquim Gomes a seu neto, PATRICK SANTOS GOMES, solteiro, sobrinho dos autores, filho de Dirlei, irmão dos autores, o qual havia passado a residir no imóvel com o pai alienante após a morte da companheira deste, Maria Cardoso Machado, alienação essa feita por escritura pública de 18.10.2002, registrada no dia 11.11.2002, mas de que os autores somente teriam tido

conhecimento quando o avô alienante deixou no imóvel o filho Dirlei e sua família, inclusive o adquirente, filho deste, quando saiu do imóvel, indo residir com a ex-esposa, Célia Machado Gomes, ao com ela reconciliar-se em novo casamento.

Têm-se os seguintes fatos e a cronologia dos atos jurídicos que segue, para o deslinde das questões em julgamento:

a) O avô vendedor, Sebastião, casou-se com Célia Machado Gomes, de quem se separou, tendo o casal tido os filhos 1) Arlei (ora autor-recorrido), 2) Célia, 3) Maria das Dores e 4) Dirlei.

b) Viveu, o avô-vendedor, Sebastião, em sociedade de fato com Valquíria João Pereira, que era proprietária do imóvel, adquirido antes da união (matrícula de 24.10.1975, fls. 41), bem como proprietária de outro imóvel no litoral, a qual veio a falecer em 21.3.1976.

c) Sebastião, o avô-vendedor, teve, com a companheira Valquíria, um único filho, Dirlei. Com o falecimento de Valquíria, em 21.3.1973, o avô-doador, Sebastião, herdou o imóvel, juntamente com o outro do litoral.

d) Valquíria veio a falecer no dia 21.3.76, de modo que o imóvel, juntamente com o outro no litoral, foi dela herdado pelo seu único herdeiro, o filho Dirlei.

e) Após a morte de Valquíria, Sebastião, o avô-vendedor, veio a constituir nova sociedade de fato com a companheira Maria Cardoso Machado, tendo, com ela, tido a filha (ora autora) Giseli Cardoso Gomes (nascida a 16.1.1978, fls. 15).

f) Dirlei, filho de Sebastião, o avô-vendedor, e da falecida companheira Valquíria, veio, por sua vez, a falecer no dia, em 8.3.1988, sem filhos, de modo que o imóvel, por ele recebido de Valquíria, juntamente com outro no litoral, foi herdado por Sebastião, o avô-alienante, posteriormente ao nascimento dos autores Arlei e Gisel (nascidos, respectivamente, a 5.1.1952,

fls. 14, e 16.1.1978, fls. 15), recebendo o imóvel em inventário realizado na Comarca de Içara, fls. 30).

g) Em 18.10.2002 (fls. 17), o avô-vendedor, Sebastião, alienou o imóvel para neto (Patrick), então com 21 anos de idade (nascido a 29.1.1980, fls. 16), tendo sido a escritura pública de compra e venda de 18.10.2002, registrada no dia 11.11.2002 (fls. 17).

7. Segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário, a alienação feita por ascendente a descendente é, desde o regime originário do Código Civil de 1916 (art. 1132), ato jurídico anulável. Tal orientação veio a se consolidar de modo expreso no novo Código Civil (CC/2002, art. 496).

8. Também se consolidou o entendimento de que, para a invalidação desses atos de alienação é necessário, além da iniciativa da parte interessada: a) fato da venda; b) relação de ascendência e descendência entre vendedor e comprador; c) falta de consentimento de outros descendentes (CC/1916, art. 1132), d) a configuração de simulação, consistente em doação disfarçada (REsp 476557/PR, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, 3ª T., DJ 22.3.2004) ou, alternativamente, e) a demonstração de prejuízo (EREsp 661858/PR, 2ª Seção, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJe 19.12.2008; REsp 752149/AL, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, 4ª T., 2.10.2010).

9. No caso, regido pelo Código Civil de 1916, em que não há nenhuma dúvida a respeito da configuração dos três requisitos objetivos, ou seja, a dos três primeiros requisitos (a) fato da venda; b) relação de ascendência e descendência entre vendedor e comprador; (c) falta de consentimento de outros descendentes (CC/1916, art. 1132) já mais que presente a nulidade.

10. Os demais requisitos (“d” e “f”, supra), resultantes da evolução doutrinária e jurisprudencial, operada ainda sob a regência do Cód. Civil de 1916, também estão presentes no caso concreto dada a prática de ato

anulável, contra o qual se insurgem os dois autores, na condição de prejudicados, quer dizer, impedindo, eles, a sanação da nulidade, diante do que o que de início era apenas anulável se consolida como nulo.

11. Com efeito, a simulação de negócio jurídico de pagamento de pretensão débito atinente a transferência de parte da sociedade Tereza Gomes & Cia Ltda e a saldo de obrigações morais e materiais do avô-vendedor para com o filho, genitor do neto adquirente, não teve em seu prol nenhuma credibilidade, seja no campo probatório, visto que nenhum documento veio aos autos, como início de prova da seriedade da alegação (de forma que a ausência de credibilidade da alegação não podia autorizar produção de outras provas, não impedindo o julgamento antecipado da lide), seja porque a própria alegação veio inteiramente vazia de credibilidade, consistindo em mera referência genérica, sem pormenores ou circunstâncias, como datas, fatos, atinentes a aludidas alegações (fls. 31), descumprido, portanto, o ônus da impugnação especificada de fatos alegados na inicial (CPC, art. 302).

12. O prejuízo aos filhos ora autores é evidente, pois, com a retirada do valor do bem do ativo patrimonial do avô-doador, passam eles, filhos, a ter patrimônio sucessível do genitor em menor monta – fato que, por óbvio, é escusado mais demonstrar.

13. Por fim, nunca se poderia concluir pela anuência dos demais descendentes, do só fato de não haverem sido acionados como litisconsortes, ou não haverem sido consultados no decorrer do processo.

Se houvesse tal anuência, devia ela ter sido providenciada previamente à celebração do negócio jurídico de venda, ou, quando muito, para sanar o vício de anulabilidade, devia essa anuência ter vindo documentada ulteriormente, por intervenção espontânea ou juntada de declarações válidas de aludidos descendentes aos autos.

E, de qualquer forma, ainda que viesse a anuência de aludidos descendentes não participantes do processo, sempre restaria a não-anuência dos autores, irrecusável ante o próprio acionamento, a afastar qualquer conclusão de anuência.

14. Pelo exposto, deve subsistir o julgamento do caso dado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, negando-se provimento ao Recurso Especial.

Recurso Especial n. 996.424, de Santa Catarina (2007/0110207-9)

Relator: Ministro Castro Meira

Recorrente: Banco de Brasília S.A. – BRB

Advogados: Eduardo Dantas Ramos Junior e outro

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Taitalo Faoro Coelho de Souza e outro

EMENTA

PROCESSO CIVIL. LETRAS FINANCEIRAS DO TESOIRO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. PREJUDICIALIDADE. AÇÃO POPULAR. NULIDADE DOS TÍTULOS. PENDÊNCIA DE RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I E II, E DO ART. 18 DA LEI 4.717/65. SÚMULAS 284/STF E 283/STF. AUSÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO.

1. O Banco de Brasília S.A. – BRB ajuizou ação de cobrança de título extrajudicial buscando o recebimento das Letras Financeiras do Tesouro do Estado de Santa Catarina – LFTSC adquiridas daquela unidade da federação, no exercício de 1996. Na primeira instância, a demanda foi julgada procedente, tendo o Tribunal de Justiça reformado a sentença para extinguir o feito sem resolução do mérito, reconhecendo a impossibilidade jurídica relativa do pedido. A Corte local concluiu que, como os títulos objeto do litígio foram anulados nos autos de ação popular, não seria possível realizar a cobrança.

2. O acórdão proferido em recurso ordinário em mandado de segurança não serve como paradigma para a comprovação do dissídio pretoriano, pois envolve premissas de julgamento distin-

tas daquelas permitidas no apelo especial, especialmente quanto às restrições aplicadas ao exame do direito local e à análise dos elementos fático-probatórios da demanda. Precedentes.

3. Na hipótese, além desse óbice, é evidente a ausência de similitude fática entre os arestos confrontados no recurso. O julgado paradigma reconheceu a ineficácia da sentença, por ela não ter se submetido ao reexame necessário, enquanto que o aresto recorrido fez referência ao julgamento já realizado pela Segunda Instância, tendo o acórdão sofrido impugnação pelos recursos excepcionais.

4. O dispositivo legal suscitado pelo recorrente – art. 18 da Lei 4.717/65 – é insuficiente para reformar o acórdão impugnado. *In casu*, a impossibilidade jurídica do pedido não decorreu unicamente da eficácia *erga omnes* da coisa julgada na ação popular – até porque o Tribunal foi expresso em consignar que ainda não existe coisa julgada material e formal – mas da relação de prejudicialidade existente entre o reconhecimento “provisório” da nulidade das Letras Financeiras do Tesouro e a ação que busca a sua cobrança.

5. Ademais, o recorrente sequer impugnou o art. 267, VI, do CPC, utilizado pela Corte Estadual para fundamentar a extinção do feito sem resolução do mérito, o que impede o Superior Tribunal de Justiça de avaliar se a hipótese dos autos realmente se encaixa nos casos de impossibilidade jurídica do pedido. Incidência dos óbices contidos nas Súmulas 284/STF e 283/STF.

6. Não houve violação do art. 535 do CPC, pois o Tribunal de Justiça valeu-se de fundamentação clara e suficiente para dirimir a controvérsia. Na espécie, o juízo *a quo* obstou o transcurso do feito pela ausência das condições da ação – impossibilidade jurídica do pedido. Logo, a abordagem dos temas concernentes à ocorrência de enriquecimento ilícito do Estado, à responsabili-

dade objetiva e à obrigação de devolução do dinheiro de acordo com a Lei estadual 10.168/96 não é necessária, pois apresenta conteúdo meritório.

7. Outrossim, a Corte de origem limitou a análise da causa aos termos do requerimento inicial, isto é, o pagamento atualizado do valor nominal dos títulos, acrescidos de juros e correção monetária. A indenização pelos prejuízos obtidos em decorrência da nulidade das Letras Financeiras do Tesouro não foi objeto da demanda. Nesse contexto, os pontos suscitados como omissos pelo recorrente extrapolam os próprios contornos objetivos da ação, o que ratifica a ausência de contrariedade ao art. 535 do CPC.

8. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator. Sustentou oralmente o Dr. Henrique Neves Da Silva, pela parte RECORRENTE: BANCO DE BRASÍLIA S.A. – BRB

Brasília, 21 de junho de 2011 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Cuida-se de recurso especial fundamentado nas alíneas “a” e “c”, do permissivo

constitucional e interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, assim ementado:

COBRANÇA – TÍTULO TIDO COMO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – LETRAS FINANCEIRAS DO TESOURO DO ESTADO DE SANTA CATARINA DECLARADAS NULAS EM AÇÃO POPULAR, COM EFICÁCIA ERGA OMNES, AINDA SUB JUDICE EM FACE DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAIS – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA RELATIVA DO PEDIDO – CARÊNCIA DE AÇÃO – REEXAME NECESSÁRIO PROVIDO – APELOS PREJUDICADOS.

“Nulo o ato administrativo, retroage a declaração *ab initio*, operando eficácia *ex tunc* (desde então), fulminando o que já ocorreu, acarretando na hipótese a perda de validade das Letras Financeiras do Tesouro do Estado de Santa Catarina, pois ainda que suscitada boa fé, o vício não é convalidado” (Apelação Cível n. 99.019664-7, fls. 42/197).

“O principal efeito dos recursos, extraído da exegese a *contrario sensu* do disposto no art. 472 do Código de Processo, é o de impedir o trânsito em julgado da decisão. No nosso sistema, todos os recursos, inclusive o recurso extraordinário, visam a que o ato decisório se torne imutável e indiscutível. Essa a razão pela qual, nas impugnações, se pleiteia uma nova decisão” (Ministro Luiz Fux, *Curso de direito processual civil*. Forense. 2. ed. p. 954. n. 5 – Efeitos dos Recursos).

“Cabe ao Supremo Tribunal Federal a tutela do direito federal constitucional, por meio do recurso extraordinário *stricto sensu*, e ao Superior Tribunal de Justiça, provocado mediante recurso especial, é reservada a função de zelar pelo direito federal infraconstitucional não-especializado” (Andrea Leonardo Coimbra. *Arguição de Inconstitucionalidade em Recurso Especial*. Sérgio Antônio Frabris Editor, 2005. p. 23. n. 1.3).

“A sentença sujeita a oposição contumacial, apelação, recurso de cassação, revogação por força do art. 494, n. 4 e 5, não existe como declaração de direito: é tão somente o elemento de uma possível declaração. Certamente, é ato de magistrado não pode ter juridicamente uma vontade autônoma, mas apenas a vontade de formular aquilo que a lei quer (vol. I. n. 43), tal vontade nenhum efeito pode ter enquanto for possível, como caso normal, que o mesmo juiz ou outro, por ato posterior, formule novamente e talvez de modo diverso a vontade da lei. Somente quando, com o decurso dos prazos, ou a conformação

de parte, ou de qualquer outro modo (n. 384), se houver excluído a possibilidade de nova formulação, a sentença, de simples ato de um magistrado, se converte no ato que a ordem jurídica reconhece como formulação, de sua própria vontade” (Giuseppe Chiovenda. *Instituição de direito processual civil*. Saraiva. ano 1945. v. III. n. 386, p. 300/301).

Expressiva é a ensinança de que a impugnabilidade constitui um elemento digno de nota e enquanto estiver a sentença sujeita a impugnabilidade não há definitiva manifestação de vontade, tal como ocorre com outros atos do Estado, como, por exemplo, ocorre quando o Legislativo expede uma lei. Há certamente uma manifestação de vontade, porém, se é vetada pelo órgão executivo, não será lei enquanto não se liquidar o problema do veto (Manuel Ibañez Frocham. *Los recursos en el proceso civil*. Buenos Aires, 1943).

“(...) a tese predominante – e entre nós, de *lege lata*, expressamente consagrada (Código de Processo Civil, art. 512) – é a de que, seja qual for o sentido em que se profira, a decisão da superior instância substitui *sempre* a recorrida, nos limites do que formou o objeto do recurso” (José Carlos Barbosa Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Forense. v. V, 1974. p. 193. letra “c”).

Em se considerando que o provimento judicial está contido no dispositivo do veredicto, inarredável é a conclusão de que a coisa julgada se restringe à referida parte dispositiva, a qual formará a coisa julgada objetiva. Os limites subjetivos dizem respeito às pessoas que serão atingidas pela coisa julgada material, acolhendo o sistema codicista (CPC, art. 472) a regra de que “faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”, porém não *in casu*, porque a ação que declarou a nulidade das Letras Financeiras do Tesouro do Estado de Santa Catarina é popular, característica que persistirá até a coisa julgada material e formal, porque o art. 18 da Lei n. 4.717, de 29/06/65 (LAP), reza: “A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

Há, nesse contexto, impossibilidade jurídica relativa, isto é, “o pedido é juridicamente impossível, não em termos absolutos, porque inexistente o tipo de tutela reclamada, mas em relação ao caso concreto” (José Joaquim Calmon de Passos. *Comentários ao Código de Processo*

Civil. Forense. v. III. p. 204. n. 120). Em outras palavras: a ação de cobrança, mediante procedimento ordinário, de título extrajudicial é adequada, porém não na espécie. Em primeiro lugar porque não há o título extrajudicial, por ter sido declarado nulo em ação popular; em segundo porque não existe a coisa julgada material e formal; em terceiro, em face da interposição de recursos especiais e extraordinários. (e-STJ fls. 715-717).

O Banco de Brasília S.A. – BRB ajuizou ação de cobrança de título extrajudicial buscando o recebimento das Letras Financeiras do Tesouro do Estado de Santa Catarina – LFTSC adquiridas daquela unidade da federação, no exercício de 1996.

Na primeira instância, a demanda foi julgada procedente, tendo o Tribunal de Justiça reformado a sentença para extinguir o feito sem resolução do mérito, reconhecendo a impossibilidade jurídica relativa do pedido. A Corte local concluiu que, como os títulos objeto do litígio foram anulados nos autos de ação popular, não seria possível realizar a cobrança.

No apelo especial, o recorrente alega violação dos arts. 535, I e II, do CPC; 18 da Lei 4.717/65 e 1.507 do Código Civil. Suscita, ainda, a existência de dissídio pretoriano entre o aresto recorrido e o julgamento do STJ proferido no RMS 9.002/PR.

O BRB afirma que o acórdão impugnado foi omisso quanto aos seguintes argumentos: a) ocorrência de enriquecimento ilícito do Estado (art. 884 do CC); b) responsabilidade objetiva estatal em relação à venda dos títulos; c) obrigação de devolução do dinheiro de acordo com a Lei estadual 10.168/96.

Acrescenta que o aresto objurgado foi contraditório na interpretação do efeito *erga omnes* do provimento jurisdicional exarado na ação popular, uma vez que o art. 18 da Lei 4.717/65 explicita que o referido efeito apenas se produz a partir do trânsito em julgado.

Aduz que a emissão dos títulos cobrados é um ato complexo e decorre da ação conjunta do Poder Legislativo Estadual, do Governo do Estado de Santa Catarina, do Senado Federal, do Banco Central do Brasil e da Câmara de Custódia e Liquidação Financeira de Títulos – CETIP. Logo, para serem anulados, deveria o juízo que apreciou a ação popular ter citado todos esses entes, ante a configuração de litisconsórcio passivo necessário.

Defende que a decisão exarada no processo coletivo apenas reconheceu a nulidade da ordem de serviço que instituiu o procedimento de emissão das Letras Financeiras do Tesouro, não sendo hábil para anular os próprios títulos, por esses terem previsão legal.

Explicita, por fim, que os títulos em discussão possuem natureza cambiariforme, sendo dotados de abstração. Logo, “uma vez transferidos para um terceiro, este tem direito ao valor de face dos títulos, sem que lhe possa ser imposta qualquer exceção decorrente do negócio subjacente que gerou os títulos” (e-STJ fl. 874).

O Ministério Público Federal, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. Henrique Fagundes Filho, opinou pelo não-conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): O Banco de Brasília S.A. – BRB ajuizou ação de cobrança de título extrajudicial buscando o recebimento das Letras Financeiras do Tesouro do Estado de Santa Catarina – LFTSC adquiridas daquela unidade da federação, no exercício de 1996.

Na primeira instância, a demanda foi julgada procedente, tendo o Tribunal de Justiça reformado a sentença para extinguir o feito sem

resolução do mérito, reconhecendo a impossibilidade jurídica relativa do pedido. A Corte local concluiu que, como os títulos objeto do litígio foram anulados nos autos de ação popular, não seria possível realizar a cobrança.

No apelo especial, o recorrente alega violação dos arts. 535, I e II, do CPC; 18 da Lei 4.717/65 e 1.507 do Código Civil. Suscita, ainda, a existência de dissídio pretoriano entre o aresto recorrido e o julgamento do STJ proferido no RMS 9.002/PR.

O BRB afirma que o acórdão impugnado foi omissivo quanto aos seguintes argumentos:

- a) ocorrência de enriquecimento ilícito do Estado (art. 884 do CC);
- b) responsabilidade objetiva estatal em relação à venda dos títulos;
- c) obrigação de devolução do dinheiro de acordo com a Lei estadual 10.168/96.

Acrescenta que o aresto objurgado foi contraditório na interpretação do efeito *erga omnes* do provimento jurisdicional exarado na ação popular, uma vez que o art. 18 da Lei 4.717/65 explicita que o referido efeito apenas se produz a partir do trânsito em julgado.

Aduz que a emissão dos títulos cobrados é um ato complexo e decorre da ação conjunta do Poder Legislativo Estadual, do Governo do Estado de Santa Catarina, do Senado Federal, do Banco Central do Brasil e da Câmara de Custódia e Liquidação Financeira de Títulos – CETIP. Logo, para serem anulados, deveria o juízo que apreciou a ação popular ter citado todos esses entes, ante a configuração de litisconsórcio passivo necessário.

Defende que a decisão exarada no processo coletivo apenas reconheceu a nulidade da ordem de serviço que instituiu o procedimento de emissão das Letras Financeiras do Tesouro, não sendo hábil para anular os próprios títulos, por esses terem previsão legal.

Explicita, por fim, que os títulos em discussão possuem natureza cambiariiforme, sendo dotados de abstração. Logo, “uma vez transferidos para um terceiro, este tem direito ao valor de face dos títulos, sem que lhe possa ser imposta qualquer exceção decorrente do negócio subjacente que gerou os títulos” (e-STJ fl. 874).

O recurso não preenche os requisitos de admissibilidade quanto à alínea “c” do permissivo constitucional.

Com efeito, acórdão proferido no julgamento de recurso ordinário em mandado de segurança não serve como paradigma para a comprovação do dissídio pretoriano, por envolver amplo espectro de cognoscibilidade, abrangendo normas de direito local e análise do contexto fático-probatório da demanda. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL, TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO. PRE-QUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. EXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO PRETORIANO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL DE CONHECIMENTO.

1. O recurso especial foi interposto nos autos de ação ordinária no qual se discute o repasse de ICMS, calculado com base no valor adicionado fiscal, sobre a produção de energia elétrica gerada pela Usina Hidrelétrica de Salto Osório/PR.

2. O Tribunal a quo não emitiu juízo de valor acerca das alegações de nulidade dos atos processuais em virtude de incompetência absoluta e necessidade de reconhecimento de conexão (artigos 103, 105, 111, 113, do CPC); cerceamento de defesa (arts. 130, 330, inciso I, e 398, do CPC); impossibilidade de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública (arts. 1º da Lei nº 9.494/97 e 1º da Lei nº 8.437/92). O recorrente deveria ter aviado embargos de declaração com o fim de prequestionar as teses ora suscitadas, não o fez. Tal fato impõe a incidência das Súmulas 282 e 356, do Pretório Excelso.

3. Não é possível discutir os pressupostos da decisão que antecipa os efeitos da tutela no âmbito de recurso especial, dada a impossibilidade de reexaminar matéria fática ante o impedimento da Súmula 7/STJ.

4. As assertivas do recorrente – de desrespeito ao contraditório e ampla defesa por ocasião do uso de prova emprestada, “documento de folhas 595 dos autos” (e-STJ fls. 1.157-1.158), bem como sobre a necessidade de serem produzidas outras provas com o intuito de comprovar a localização da usina – também atraem o óbice do enunciado sumular nº 7 desta Corte, pois o Tribunal a quo entendeu haver provas suficientes para comprovar a localização da usina hidrelétrica cuja atividade deu origem ao discutido repasse do ICMS.

5. A indicação de paradigma proferido em recurso ordinário em mandado de segurança não serve à demonstração da divergência jurisprudencial, tendo em vista seu efeito devolutivo amplo. Precedentes.

6. É possível a análise de questões de ordem pública, mesmo não alegadas pelas partes, haja vista a existência do efeito translativo do recurso, desde que a instância especial tenha sido aberta pelo conhecimento do recurso, hipótese inexistente no caso dos autos.

7. Recurso especial não conhecido. (REsp 1189771/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 28/06/2010).

Ademais, ainda que assim não fosse, o apelo não ultrapassaria as barreiras da admissibilidade, ante a evidente ausência de similitude fática entre os arestos confrontados pelo recorrente. O julgado paradigma reconheceu a ineficácia da sentença, por ela não ter se submetido ao reexame necessário, enquanto que o aresto recorrido fez referência ao julgamento já realizado pela Segunda Instância, tendo o acórdão sofrido impugnação pelos recursos excepcionais.

Passo a enfrentar o recurso fundamentado na alínea “a”, do art. 105, III, da Constituição Federal.

No tocante à suscitada violação do art. 18 da Lei 4.717/65, observa-se que a fundamentação do apelo com base nesse dispositivo legal não é suficiente para a reforma do acórdão recorrido. Veja-se a redação desse normativo:

Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível “erga omnes”, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina dirimiu a controvérsia nos seguintes limites:

Enquanto a sentença, na espécie provimento judicial porque existem julgamentos no segundo grau, não tiver transitado em julgado, não poderia – reitera-se – ter sido proposta ação de cobrança de título extrajudicial (fl. 02), eis que as cópias foram declaradas nulas (fls. 42/98).

(...)

Assim ‘(...) a tese predominante – e, entre nós, de *lege lata*, expressamente consagrada (Código de Processo Civil, art. 512) - é a de que, seja qual for o sentido em que se profira, a decisão da superior instância substitui sempre a recorrida, nos limites do que formou o objeto do recurso’

(...)

A matéria estava e está *sub judice* nesta data, tendo em vista a interposição de recursos especiais e extraordinários. Há, pois, impossibilidade jurídica relativa, isto é, ‘o pedido é juridicamente impossível, não em termos absolutos, porque inexistente o tipo de tutela reclamada, mas em relação ao caso concreto’ (José Joaquim Calmon de Passos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Forense. v. III. p. 204. n. 120). Em outras palavras: a ação de cobrança, mediante procedimento ordinário, de título extrajudicial é adequada, porém não na hipótese. Em primeiro lugar porque não há o título judicial, por ter sido declarado nulo (fls. 42/98); em segundo porque não existe a coisa julgada material e formal; em terceiro, em face da interposição de recursos especiais e extraordinários. (e-STJ fls. 723-725).

Como se observa, a impossibilidade jurídica do pedido não decorreu unicamente da eficácia *erga omnes* da coisa julgada – até porque o Tribunal foi expresso em consignar que ainda não existe coisa julgada material e formal – mas da relação de prejudicialidade existente entre o reconhecimento “provisório” da nulidade das Letras Financeiras do Tesouro e a ação que

busca a sua cobrança. Essa também foi a conclusão do *Parquet*, consoante se verifica no seguinte trecho de sua manifestação:

Assim sendo, subsistindo a discussão acerca da nulidade dos processos de emissão das Letras Financeiras do Tesouro do Estado de Santa Catarina e, por conseguinte, dos próprios títulos, não há como efetuar a cobrança judicial dessas letras, por evidente prejudicialidade. Há de ser exaurida a questão central, qual seja, a validade das cártulas, para somente depois ser enfrentada a matéria subjacente, atinente à exigibilidade dos títulos. (e-STJ fl. 1079).

No entanto, esse aspecto não foi combatido no recurso especial, que se ateu à peculiaridade de a ação popular apenas produzir efeitos *erga omnes* após seu trânsito em julgado.

Destaque-se, também, que o recorrente sequer impugnou o art. 267, VI, do CPC, utilizado pela Corte Estadual para fundamentar a extinção do feito sem resolução do mérito, o que impede este Tribunal de avaliar se a hipótese dos autos realmente se encarta nos casos de impossibilidade jurídica do pedido.

Dessarte, aplica-se ao apelo o enunciado das Súmulas 284/STF e 283/STF, assim redigidas: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia” e “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.

Os argumentos em torno da caracterização do litisconsórcio necessário na ação popular, bem como da inoponibilidade das exceções pessoais ao terceiro de boa-fé nos títulos abstratos não foram suscitados pelo recorrente no momento oportuno, nem enfrentados pelo acórdão recorrido, o que atrai a incidência da Súmula 211/STJ, *verbis*: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*”.

Em relação à alegativa de violação do art. 535 do CPC, a irresignação do recorrente não merece prosperar, porquanto o julgado impugnado valeu-se de fundamentação clara e suficiente para dirimir a controvérsia.

A abordagem dos temas concernentes à ocorrência de enriquecimento ilícito do Estado (art. 884 do CC), à responsabilidade objetiva e à obrigação de devolução do dinheiro de acordo com a Lei estadual 10.168/96 não é necessária, pois corresponde ao próprio mérito da causa. Entretanto, o juízo *a quo* não ingressou nessa seara, pois o transcurso do feito foi obstado pela ausência das condições da ação, ante o reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido.

Por outro lado, no atinente à suposta contradição em torno do art. 18, da Lei 4.717/65, verifico que a argumentação do recorrente se confunde com a própria análise da aplicabilidade desse dispositivo legal, não se tratando de vício de fundamentação.

Outrossim, deve-se salientar que a Corte de origem limitou a análise da causa aos termos do requerimento inicial, isto é, o pagamento atualizado do valor nominal dos títulos, acrescidos de juros e correção monetária. A indenização pelos prejuízos obtidos em decorrência da nulidade das Letras Financeiras do Tesouro não foi objeto do pedido, como se observa no seguinte trecho do julgado:

Dito isso, constata-se que o pedido imediato e mediato formulado na inicial desta ação (fl. 19, letra “B”) é a condenação do “Estado de Santa Catarina, através do seu agente financeiro, o Banco do Estado de Santa Catarina, ao pagamento atualizado do valor nominal dos títulos, acrescidos de juros e correção monetária, bem como no pagamento das custas processuais, e honorários advocatícios a base de 20% sobre o valor da causa, no montante de R\$ 5.675.233,42 (cinco milhões, seiscentos e setenta e cinco mil, duzentos e trinta e três reais e quarenta e dois centavos)”. (e-STJ fl. 720).

Nesse contexto, os pontos suscitados como omissos pelo recorrente extrapolam os próprios contornos objetivos da ação, o que ratifica a ausência de contrariedade do art. 535 do CPC.

Ante o exposto, *conheço em parte do recurso especial e nego-lhe provimento.*

É como voto.

Recurso Especial n. 1.213.146, de Santa Catarina (2010/0177886-0)

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Recorrentes: Karine dos Santos e outros

Advogados: Richart José Jennrich e outro

Recorrido: Ordem dos Advogados do Brasil Seção de Santa Catarina – OAB/SC

Advogados: Cynthia da Rosa Melim e outro

EMENTA

ADMINISTRATIVO. EXAME DE ORDEM. REALIZAÇÃO DA PROVA SEM CONCLUSÃO DO CURSO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR DEFERIDA. SENTENÇA CONFIRMATÓRIA. APROVAÇÃO. COLAÇÃO DE GRAU. INSCRIÇÃO DEFINITIVA NOS QUADROS DA OAB. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO PROVIDO.

1. A controvérsia dos autos cinge-se a definir se, para a realização de exame para ingresso nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, é necessária a comprovação, por diploma ou certificado, da conclusão do curso de direito.

2. A situação das recorrentes já se encontra constituída e consolidada no tempo, tendo em vista que, realizado o exame em 12/8/09, colaram grau em 14/8/09, já tendo, inclusive, obtido a inscrição definitiva nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil em Santa Catarina.

3. “Assim, verifica-se a consolidação da situação fática do ora recorrente. O fato de o agravado ter prestado o Exame de Ordem – sem ainda ter realizado colação de grau – no curso de Direito não o impossibilitou de obter êxito na prova e a inscrição definitiva na OAB. Portanto, não faz sentido revogar a referida inscrição

agora, momento em que o agravado já regularizou a situação, uma vez que já dispõe de diploma de conclusão de curso – e, assim, é bacharel em direito – e teve aprovação no Exame” (AgRg no REsp 1.012.231/SC, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 23/10/08).

4. Vale ressaltar, inclusive, que o Edital de Abertura do IV Exame de Ordem, publicado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 15/6/11, dispõe, no item 1.4.3, que os estudantes de direito do último ano do curso ou do nono e décimo semestres poderão realizar o exame de ordem.

5. Concluído o curso de direito e logrado aprovação no exame, tendo as recorrentes inclusive já obtido a inscrição definitiva na Ordem dos Advogados do Brasil em Santa Catarina, deve prevalecer a sentença concessiva da segurança, mantendo-se os efeitos da liminar que autorizou a realização do certame quando cursavam o último semestre do curso de direito.

6. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Licenciado o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília/DF, 06 de setembro de 2011 (Data do Julgamento)

Ministro Arnaldo Esteves Lima, Relator

RELATÓRIO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator): Trata-se de recurso especial interposto por KARINE DOS SANTOS e OUTROS, com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado (fl. 118e):

ADMINISTRATIVO. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. EXAME DE ORDEM.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio do Provimento 81/96, estabeleceu que o Exame de Ordem é prestado apenas pelo bacharel em Direito, na Seção do Estado onde concluiu seu curso de graduação, situação esta que não se modificou pelo advento do Provimento 109/2005, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

O Exame de Ordem, sobre ser legal, é perfeitamente constitucional.

Afastamento do critério da consumação fática.

Sustentam as recorrentes, além de dissídio jurisprudencial, violação ao art. 8º da Lei 8.906/94, porque não seria exigível a colação de grau para se realizar o exame de ordem. Aduzem, nesse contexto, que o diploma, ou a certidão de conclusão do curso, somente pode ser exigido na inscrição definitiva nos quadros da OAB.

Salientam, ainda, que a situação já se encontra consolidada, uma vez que obtiveram aprovação no exame de ordem em 12/8/09 e a colação de grau ocorreu em 14/8/09, já tendo sido, inclusive, deferida a inscrição nos quadros da OAB/SC.

Não foram apresentadas contrarrazões (fl. 221e).

Recurso extraordinário interposto às fls. 207/208e.

O recurso foi admitido pelo Vice-Presidente do Tribunal de origem às fls. 223/224e.

O Ministério Público Federal, por meio de parecer exarado pelo Subprocurador-Geral da República JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA, opinou pelo provimento do recurso (fls. 239/242e).

É o relatório.

VOTO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator): Consoante salientado, a controvérsia dos autos cinge-se a definir se, para a realização de exame para ingresso nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, é necessária a comprovação, por diploma ou certificado, da conclusão do curso de direito.

Ocorre que a situação das recorrentes já se encontra constituída e consolidada no tempo, tendo em vista que, realizado o exame em 12/8/09, colaram grau em 14/8/09, já tendo, inclusive, obtido a inscrição definitiva nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção SC (fls. 200, 203 e 205e).

Em casos análogos ao presente, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou nesse mesmo sentido, conforme se depreende das seguintes ementas:

ADMINISTRATIVO. EXAME DE ORDEM. REALIZAÇÃO DA PROVA SEM CONCLUSÃO DO CURSO POR DETERMINAÇÃO DE MEDIDA JUDICIAL. SENTENÇA CONFIRMATÓRIA. APROVAÇÃO. COLAÇÃO DE GRAU REALIZADA POSTERIORMENTE. SITUAÇÃO CONSOLIDADA.

1. Em recente julgado desta Corte, apreciou-se caso análogo aos destes autos. E conforme já entendido anteriormente, verifica-se que o presente cuida-se de caso especial em que a situação do recorrente encontra-se consolidada e constituída pelo decurso do tempo.
2. A sentença proferida pelo magistrado confirmou a liminar anteriormente expedida no sentido de que o recorrente teria o direito de

inscrever-se no exame de ordem independentemente da apresentação do diploma.

3. Posteriormente, o recorrente concluiu o curso de Direito e obteve a aprovação, exigida por lei, no exame da OAB, do que decorreu sua inscrição nos quadros da autarquia.

4. “Assim, verifica-se a consolidação da situação fática do ora recorrente. O fato de o agravado ter prestado o Exame de Ordem – sem ainda ter realizado colação de grau – no curso de Direito não o impossibilitou de obter êxito na prova e a inscrição definitiva na OAB. Portanto, não faz sentido revogar a referida inscrição agora, momento em que o agravado já regularizou a situação, uma vez que já dispõe de diploma de conclusão de curso – e, assim, é bacharel em direito – e teve aprovação no Exame” (AgRg no REsp 1.012.231/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 23/10/2008).

5. Recurso especial provido.

(REsp 1.226.830/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 15/3/11)

ADMINISTRATIVO – OAB – APROVAÇÃO NO EXAME DE ORDEM – INSCRIÇÃO REALIZADA MESMO SEM O DIPLOMA DO CURSO DE DIREITO – COLAÇÃO DE GRAU REALIZADA POSTERIORMENTE – SITUAÇÃO CONSOLIDADA.

1. Mesmo sob o manto de medida liminar, o ora agravado concluiu o curso de Direito e obteve a aprovação, exigida por lei, no Exame de Ordem, do que decorreu sua inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, aos 31.8.2006.

2. Verifica-se a consolidação da situação fática do agravado. Inviável revogar a referida inscrição agora, sob pena de causar prejuízos severos à parte. Precedente.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.012.231/SC, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 23/10/08)

Como bem apontou o ilustre representante do Ministério Público Federal (fl. 241e):

Em recente julgado dessa Corte Superior apreciou-se caso análogo. E, conforme já entendido anteriormente, verifica-se que a situação das recorrentes encontra-se consolidada e constituída.

Note-se que a sentença (fls. 76/77e) confirmou a liminar anteriormente expedida no sentido de que as recorrentes teriam o direito de inscrever-se no exame de ordem, independentemente da apresentação do diploma.

Posteriormente, concluíram o curso de Direito, obtiveram a aprovação no Exame de Ordem e inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. Assim, verifica-se a consolidação da situação fática das ora recorrentes, conforme demonstrado às fls. 160/167 e 200/205e, não se justificando revogar as inscrições neste momento sob pena de incidir no brocardo *Summum jus, summa injuria*.

Vale ressaltar, inclusive, que o Edital de Abertura do IV Exame de Ordem, publicado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 15/6/11, dispõe, no item 1.4.3, que os estudantes de direito do último ano do curso, ou do nono e décimo semestres, poderão realizar o exame de ordem (www.oab.org.br).

Portanto, concluído o curso de direito e logrado aprovação no exame, tendo as recorrentes inclusive já obtido a inscrição definitiva na Ordem dos Advogados do Brasil em Santa Catarina, deve prevalecer a sentença concessiva da segurança, mantendo-se os efeitos da liminar que autorizou a realização do certame quando cursavam o último semestre do curso de direito.

Ante o exposto, *dou provimento* ao recurso especial.

É o voto.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SANTA CATARINA**

ÓRGÃO ESPECIAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2007.007998-9, de Quilombo

Relator: Des. Vanderlei Romer

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEITO DE LEI MUNICIPAL QUE ISENTA DO PAGAMENTO DO IMPOSTO PREDIAL TERRITORIAL URBANO OS MUNICÍPIES QUE RESIDEM NO MUNICÍPIO DE QUILOMBO HÁ MAIS DE QUARENTA E CINCO ANOS, CONTADOS DA EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO. MANIFESTA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, CONSAGRADO NO ARTIGO 125, § 2º, DA CARTA ESTADUAL. CRITÉRIO IRRAZOÁVEL. VÍCIO MATERIAL. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2007.007998-9, da comarca de Quilombo (Vara Única), em que é requerente Prefeito Municipal de Quilombo, e requerida Câmara Municipal de Quilombo:

ACORDAM, em Órgão Especial, por votação unânime, julgar procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da alínea 'g' do art. 48 da Lei Complementar Municipal n. 33/2001 – Código Tributário Municipal de Quilombo. Custas legais.

RELATÓRIO

Adota-se o relatório de fls. 131-136:

Prefeito Municipal de Quilombo promoveu ação direta de inconstitucionalidade, com pedido cautelar, em face da Câmara Municipal de Quilombo, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da alínea 'g' do art. 48 da Lei Complementar Municipal n. 33, de dezembro de 2001 - Código Tributário Municipal, a qual teria concedido isenção do pagamento do imposto predial e territorial urbano aos contribuintes que sejam moradores há mais de 45 anos e que possuem imóvel em seu nome até a data de 31 de dezembro de 2000.

Afirmou que o citado dispositivo viola disposições da Constituição Estadual, especialmente os arts. 32, 125, § 2º e 128, II.

Esclareceu ter a norma atacada concedido o benefício da isenção total do pagamento do IPTU para parcela da população, sem qualquer condicionamento ou análise acerca da capacidade financeira ou situação sócio-econômica do contribuinte.

Alegou que dita isenção conduzirá à “redução drástica na receita do principal tributo arrecadado pelo Município (IPTU).”

Asseverou a ocorrência de violação ao princípio da igualdade, “na medida em que estabelece benefício fiscal de ISENÇÃO para alguns proprietários, não levando em conta critérios isonômicos como valor venal, localização do imóvel ou condição social do titular, mas, tão-somente, o de tempo de moradia no Município.”

Esclareceu ter dita lei desrespeitado a lei de responsabilidade fiscal, pois a renúncia de receita deveria ser precedida de estimativa do impacto nas contas do ente público, entre outras condições.

Destacou a presença do *fumus boni juris* (pelas razões acima expostas) e do *periculum in mora*, consubstanciado no fato de que dita isenção poderá trazer lesão grave aos cofres municipais, pois diminuirá consideravelmente a arrecadação.

Ao final, clamou pela suspensão cautelar da eficácia da lei apontada como inconstitucional até o final do julgamento da presente ação e, por derradeiro, pela procedência do pedido (fls. 02/18).

Devidamente intimada, a Câmara Municipal, por seu presidente, prestou informações, sustentando ser o IPTU imposto real, o qual não leva em consideração a capacidade econômica do contribuinte, mas, tão-somente, o valor do imóvel.

Asseverou inexistir ofensa ao princípio da igualdade, tendo a lei impugnada apenas privilegiado as pessoas que residem no Município de Quilombo há mais de 45 anos.

Por fim, alegou a incompetência deste Tribunal para apreciar a inconstitucionalidade alegada à luz da Lei de Responsabilidade Fiscal, dada a ausência de previsão legal (fls. 104/109).

Lavrou parecer pela douda Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Procurador José Galvani Alberton, no sentido da concessão da medida cautelar pleiteada (fls. 121/124).

Vieram os autos conclusos.

Ao exposto, acresce-se que a medida cautelar foi concedida (fls. 131-136), bem como que a Câmara Municipal de Vereadores defendeu a constitucionalidade da norma impugnada.

Após, o Ministério Público, em parecer subscrito pelo Dr. Gercino Gerson Gomes Neto e pelo Dr. Mauro Canto da Silva, respectivamente Procurador-Geral de Justiça e Promotor de Justiça, manifestou-se pela procedência da *actio*.

VOTO

A alínea *g* do artigo 48 da Lei Complementar n. 48, de 17 de dezembro de 2001 prevê que os municípios que residirem no município de Quilombo há mais de 45 (quarenta e cinco) anos, e que possuam imóvel em seu nome até a data de 31 de dezembro de 2000, estão isentos do pagamento do imposto predial territorial e urbano.

Para o Chefe do Poder Executivo local, o preceito apresenta vício material, porque ofensivo aos artigos 125, § 2º, e 128, inciso II, da Constituição do Estado de Santa Catarina, *in verbis*:

Art. 125. O Estado de Santa Catarina e seus Municípios tem competência para instituir os seguintes tributos:

[...]

§ 2º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, sendo facultado à administração tributária, especificamente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei específica, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Art. 128. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado ao Estado e a seus Municípios:

[...]

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

[...]

Na ocasião do julgamento da medida cautelar, que foi deferida, pontuou o então relator, Desembargador Wilson Augusto do Nascimento, *in verbis*:

Em princípio, o disposto na norma impugnada fere o princípio da isonomia, na medida em que utiliza como critério à isenção do imposto o lapso temporal da propriedade, apenas.

[...]

Destarte, a aplicabilidade do dispositivo tido por inconstitucional poderá conduzir a situações injustas, a exemplo da isenção do IPTU conferida a determinado contribuinte e da cobrança do mesmo imposto, relativamente a outro contribuinte, proprietários de imóveis de igual valor e características idênticas, localizados no mesmo

condomínio, pelo simples fato de que um deles reside no imóvel há mais de 45 anos (fls. 135-136).

Afigura-se efetivamente correta essa conclusão.

Ao legislador infraconstitucional, ao dispor sobre tributos, cumpre observar rigorosamente os princípios constitucionais pertinentes, dentre eles o da capacidade contributiva, do qual decorre o da igualdade (isonomia).

No que pertine a esse último, urge ter em mente que

[...] dado o seu caráter relativo, não impede que o estado discrimine para fins de tributação, desde que tal discriminação seja razoável.

São admissíveis as discriminações baseadas e :

- a) em diferenças de fato entre as pessoas e os objetos tributados;
- b) no interesse fiscal do estado;
- c) no interesse social.

[...]

A igualdade perante a lei consiste em a lei dever ser igual para todos que se encontrem em situações idênticas, e na proibição de estabelecer exceções ou privilégios tais que excluam a favor de um aquilo que é imposto a outros, “em idênticas circunstâncias”. A existência de desigualdades naturais justifica a criação de categorias de contribuintes sujeitos a um diferente tratamento fiscal, sempre que ocorram as seguintes características:

- a) todo os contribuintes compreendidos na mesma na mesma categoria devem ter idêntico tratamento;
- b) a classificação em diversas categorias deve encontrar racional fundamento em diferenças reais;
- c) a classificação deve excluir toda discriminação arbitrária, injusta ou hostil, contra determinadas pessoas ou categorias de pessoas;
- d) a diferença deve comportar uma justa igualdade, sob o aspecto equitativo;

e) a diferença deve respeitar a uniformidade e a generalidade do tributo (Uckmar, citado em RTRF 4ª R 4/21).

O Supremo Tribunal Federal é taxativo: “A Constituição Federal [...] proíbe o tratamento desigual entre os contribuintes que se encontrem na mesma situação econômica. Observância aos princípios da igualdade, da isonomia e da liberdade de associação” (ADI n. 1565/PA, rel. Min. Maurício Corrêa).

Do corpo do voto, extraem-se pertinentes considerações, que, guardadas as devidas diferenças, têm plena aplicabilidade ao caso vertente:

No mérito, a vedação constitucional de tratamento desigual a contribuintes que estão em situação equivalente não foi observada pelo legislador estadual, ao editar a lei ora atacada. Um exame mais aprofundado, após o deferimento da medida liminar, revela não ser possível, no universo dos proprietários de veículos destinados ao transporte escolar, que somente os filiados a determinada cooperativa alcancem a isenção do IPVA.

Acerca do princípio da isonomia a que se refere o artigo 152 da Constituição Federal, e da observância a ele devida, bem resumir os termos de sua abrangência Sacha Calmon Navarro, ao explicitar que “o princípio da igualdade da tributação impõe ao legislador não discriminar entre os iguais, que devem ser tratados igualmente”.

Ainda sobre o tema, Roberto Catalano Botelho Ferraz alerta para o fato de que,

Apesar do reiterado e detalhado princípio da igualdade em matéria tributária, explicitado com eloquência na Constituição de 1988, o sistema tributário brasileiro vem adotando fortíssima tendência a tratar diferentemente os contribuintes, gerando regimes específicos, alíquotas diferenciadas, reduções de bases de cálculo, diferimentos, isenções e incentivos, sem que haja explicitação de critérios constitucionalmente eleitos para tal distinções.

[...]

A igualdade vem num primeiro momento afastar radicalmente qualquer distinção que implique em formação de privilégio em favor

de qualquer categoria. Essa a raiz do princípio, essa sua afirmação histórica mais básica, e, portanto, o ponto de partida para verificação de qualquer caso concreto a ser contrastado com as exigências da igualdade (Caderno de Direito Tributário - 2006).

No caso vertente, é palmar que a isenção concedida violou a isonomia entre os contribuintes, uma vez que está conferindo tratamento diverso àqueles que se encontram em situação idêntica.

Nas informações, alega-se que se está seguindo à risca a premissa maior do princípio da igualdade, pois privilegia pessoas que residem no município de Quilombo há mais de quarenta e cinco anos.

É critério irrazoável e, como dito alhures, “a classificação em diversas categorias deve encontrar racional fundamento em diferenças reais” é fator a ser necessariamente considerado em matéria de isenção.

Ao que se tem, o legislador buscou, *in casu*, “homenagear” os moradores de longa data do Município, agraciando-os com um benefício fiscal.

Ora, como obtempera Marlon Alberto Weichert, em antigo intitulado Isenções Tributárias em face do princípio da isonomia (*Revista de Informação Legislativa*, n. 145 jan/mar, 2000), “ao conceder uma isenção, total ou parcial, o Estado abre mão de recursos públicos em favor de um particular ou de um grupo de indivíduos. É o mesmo que uma subvenção, só que ao invés de influir nas despesas, acarreta uma redução das receitas. [...]. Logo, somente quando admitida pela própria Constituição, como instrumento de preservação ou promoção de valores por ela positivados, será tolerável a isenção”.

E prossegue:

5. Isenções fundamentadas e isenções odiosas: critérios para identificação

A princípio não se admitem isenções, pois, como visto, elas atentam à igualdade tributária, em especial nas vertentes da universalidade

e da graduação dos tributos segundo a capacidade econômica. No entanto, caso sejam fundamentadas em valores consagrados constitucionalmente, podem ser admitidas, enquanto fruto da ponderação de vários valores situados no mesmo plano (o constitucional).

Logo, fora das hipóteses de consagração no plano fiscal de direitos ou interesses abraçados constitucionalmente, toda isenção será um privilégio odioso, repellido pelo nosso sistema jurídico.

Ricardo Lobo Torres pondera que: “A odiosidade do privilégio, como qualquer desigualdade inconstitucional, decorre da falta de razoabilidade para a sua concessão. Se o privilégio não atender ao ideal da justiça, se se afastar do fundamento ético, se discriminar entre pessoas iguais ou se igualar pessoas desiguais, se for excessivo, se desrespeitar os princípios constitucionais da tributação será considerado odioso.” (Torres, p. 288).

Com efeito, na concessão de isenção se opera uma desigualação na distribuição dos encargos do Estado, fundada não necessariamente no princípio da capacidade econômica. O elemento de *discrimen* para a concessão do benefício fiscal reside, normalmente, em outros valores.

Ou seja, enquanto a aplicação do preceito genérico da isonomia tributária impõe a adoção da capacidade econômica como elemento de *discrimen*, na concessão de isenção o cerne da desigualação dá relevo a outros valores constitucionais.

Pode-se, dessa forma, fixar os seguintes critérios para a identificação da juridicidade da isenção: (a) ter fundamento na proteção de um valor econômico ou social consagrado constitucionalmente; (b) haver pertinência lógica entre o seu fundamento e os elementos que atinge na obrigação tributária; (c) ser concedida por meio de mecanismos razoáveis e em valores proporcionais ao fim buscado.

(a) Fundamento em um valor econômico ou social consagrado constitucionalmente

Com efeito, sendo a igualdade um princípio fundamental, somente mediante a influência de outros princípios constitucionais poderá ser mitigada a sua aplicação.

Em outras palavras, é o cotejamento dos valores constitucionais que sinaliza quem, quando e em quais situações podem receber tratamento de desoneração tributária – por meio da isenção.

Isso porque, como demonstrado, o valor capacidade contributiva é a base da igualdade material tributária. A priori, portanto, é ela que define as situações

equivalentes e norteia as desigualações, enquanto instrumento de isonomia tributária.

No entanto, a igualdade-capacidade contributiva poderá sofrer interação com outros valores, não só econômicos como sociais, postos também no plano constitucional, passíveis de serem alcançados por meio de um tratamento tributário diferenciado.

Exemplificativamente, seguem alguns preceitos constitucionais indicativos de valores justificadores do afastamento ou da mitigação da capacidade contributiva como elemento de *discrímen* na fixação da carga tributária e que, desse modo, poderiam fundamentar a concessão de isenções:

- a proteção ao mínimo existencial, que, apesar de também ser alcançada por meio do princípio da capacidade contributiva, antecede qualquer consideração sobre a existência dessa capacidade. É corolário de um dos fundamentos do Estado brasileiro: a dignidade da pessoa humana (artigos 1º, III, e 3º, III). Os impostos diretos colocam em risco essa proteção, quando incidem indiscriminadamente sobre produtos integrantes do rol necessário à subsistência (ex.: arroz, feijão). No mesmo vício incorrem tributos, como a CPMF, que alcança todos os cidadãos indistintamente, inclusive nos seus rendimentos mínimos. Para esses casos, aliás, o legislador deve ou instituir uma isenção ou criar instrumentos de compensação (v.g., compensar o encargo da CPMF com aumento do salário mínimo);
- a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III), inclusive como instrumento acessório nas ‘ações afirmativas’, propiciando facilidade de acesso a bens e serviços públicos (imagina-se, aqui, v.g., a isenção de custas judiciais

para facilidade no acesso à Justiça a determinados grupos sociais usualmente discriminados, como os quilombolas);

- a redução das desigualdades regionais, mediante incentivo ao desenvolvimento regional (art. 3º, III, art. 43, § 2º, III, e art. 151, I), tais como os

concedidos a empresas instaladas na área da SUDENE;

- os direitos sociais, notadamente a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados (art. 6º).

É o caso das isenções de imposto sobre a renda concedidas a portadores de algumas doenças crônicas (AIDS, cardiopatias, ...) ou a quem realiza doações a instituições de amparo às crianças e adolescentes;

- o incentivo ao pleno emprego e às pequenas e microempresas (art. 170, VIII, IX, e art. 179). Fundamenta, atualmente, o tratamento favorecido dado às microempresas e às pequenas empresas, por meio do 'SIMPLES';
- estímulo ao cooperativismo (art. 174, § 2º);

- desenvolvimento agrícola (art. 187). Autoriza que o imposto sobre a

produção rural seja inferior ao da produção industrial;

- o incentivo à produção de bens e valores culturais (art. 216, § 3º). Há, nesse sentido, o incentivo fiscal à cultura, mediante deduções no imposto de renda;

- o fomento do desporto (art. 217, II);

- o investimento em ciência e tecnologia (art. 218, § 4º); e

- o estímulo à guarda de criança ou adolescente órfão ou abandonado (art. 223,

§ 3º, VI). Nesse particular, seria o caso de instituir isenções de imposto sobre a renda para aqueles que promovessem a guarda das crianças ou adolescentes referidos.

É oportuno ressaltar que os valores fundamentantes do sacrifício da igualdade tributária variam historicamente, assim como em função da cultura dos povos. Dessa forma, o valor que no Brasil de hoje autoriza a isenção não será necessariamente o mesmo do Brasil de ontem ou de amanhã, da mesma maneira que não precisa coincidir com o vigente em outros países.

Imagine-se, por exemplo, uma isenção na venda de perfumes no Brasil e na França. No Brasil, não teríamos dúvida em afirmar a odiosidade dessa isenção, em face da notória superfluidade do produto no hábito e nas necessidades do nosso País.

O mesmo, todavia, não poderíamos firmar com relação à França, onde se diz não ser comum o banho diário. Lá o perfume pode assumir até mesmo ares de bem relacionado com o mínimo existencial e, com isso, justificar tratamento tributário favorecido.

(b) Pertinência lógica entre a isenção concedida e o fundamento da concessão

Evidentemente que a isenção deve estar intimamente relacionada com o

fundamento que lhe deu causa. Isso diz respeito tanto ao contribuinte beneficiado (critério subjetivo) como à renda, bem ou atividade desonerada (critério objetivo).

Não se concebe, por exemplo, uma isenção fundada na busca do pleno emprego sendo concedida a uma empresa que não tenha planos de contratação de mão-de-obra ou sem projeto de abertura de novos postos de trabalho (vício no critério subjetivo). Ou que um incentivo fundamentado no mínimo existencial implique a isenção do imposto incidente sobre a venda de automóveis (vício no critério objetivo).

(c) Proporcionalidade entre a isenção e o bem jurídico que visa garantir

A pretexto de se proteger algum daqueles valores colhidos pelo constituinte, não pode a isenção gerar ao contribuinte benefício desproporcional ao seu esforço. Assim, por exemplo, uma empresa não pode ser isentada do pagamento de todo o seu imposto sobre a renda em virtude de aplicar parte dos seus lucros no fomento ao desporto.

A proporcionalidade, portanto, assim como ocorre quando se trata da graduação da desigualação enquanto instrumento de isonomia (vide o item 1 supra), deve ser observada na definição do quanto a isenção vai afetar a obrigação tributária originária, para que não se transforme em benefício exagerado.

Gilmar Ferreira Mendes já registrou que

“A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

Essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (Geeignetheit) e a necessidade de sua utilização (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit). Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito)”. (Mendes, p. 475) Em sendo a isenção uma relativização da isonomia tributária, está, pois, circunscrita às medidas adequadas e necessárias a se alcançar o fim proposto. De fato, a isenção não pode afetar o direito à isonomia tributária além do necessário ao alcance do seu objetivo.

Além disso, a norma discrimina até mesmo os quilombenses residentes há mais de 45 anos no Município, pois só beneficiou aqueles que possuísem imóveis em seu nome até a data da 31 de dezembro de 2000. Veja-se que o Código Tributário Municipal entrou em vigor em 17-12-2001. Qual o diferencial existente entre aqueles que adquiriram um bem até tal dia e aqueles que o haviam feito antes?

Tollitur quaestio.

Malgrado o exposto seja suficiente para o reconhecimento da eiva, acresce-se que, no tocante à apregoada ofensa à Lei de Responsabilidade Fiscal, mais especificamente ao seu artigo 14, “a concessão ou ampliação de incentivo fiscal ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto

orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes [...]”, é nítido que o preceito questionado nada diz a respeito dos requisitos nele mencionados.

Aliás, convém deixar claro que a inconstitucionalidade, se porventura acolhida nesse aspecto, resultaria da violação ao princípio constitucional da legalidade. E também por esse fundamento, antecipa-se, tem-se nítida afronta ao artigo 16 da Carta Estadual.

Foi o que ficou decidido em valioso precedente oriundo do egrégio Tribunal de Justiça do Paraná – ADIn n. 544.234-4, rel. Des. Leonardo Lustosa:

Em relação à inconstitucionalidade material, alega o autor a ofensa ao princípio da legalidade (art. 27, CE), em razão da afronta ao artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/200).

Observa-se que, por ocasião do veto, o Prefeito Municipal de Londrina, após transcrever o texto da Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 14), alertou para o fato de que “independente do valor a ser considerado, é obrigatório que se demonstre as medidas de compensação” (fls. 150-151). No mesmo sentido foi o parecer da Comissão de Justiça, Legislação e Redação (fl. 152): “Esta Comissão, quando da análise da matéria, emitiu parecer alertando que a proposta descumpria o art. 14 da LRP”, fazendo referência ao parecer de fl. 137, do qual se extrai:

“Caracterizada modalidade de isenção, seria então necessária referência à Lei de Responsabilidade Fiscal, que trata do tema no artigo 14, dispondo que tais isenções são de caráter não geral, no interesse da disciplina fiscal, necessitam atender, necessariamente, às três condições que relaciona:

- (I) estimativa de impacto orçamentário e financeiro da renúncia fiscal, durante três exercícios financeiros;
- (II) declaração de que a renúncia não afeta as metas fiscais da LDO;
- (III) aumento compensatório de tributo diretamente arrecadado pelo Município.”

Ocorre que o autor do projeto se antecipa, aduzindo na justificativa serem “nulas” tanto a renúncia fiscal quanto o impacto financeiro, pelo fato de a lei beneficiar apenas oito pessoas.

Não nos parecer ser o caso, não apenas porque abriria perigoso precedente (outros pequenos nichos de pessoas poderiam conseguir, com os mesmos argumentos – insignificância, especialmente – benefícios semelhantes), mas também porque vai contra o próprio objetivo da LRF” (fl. 137).

[...]

Portanto, resta evidenciada a inobservância das exigências do art. 14, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000) do que resulta a afronta ao princípio da legalidade específica, que exige, para a concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita, a estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, e o atendimento ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias, bem como que não haja ofensa às metas de resultados fiscais previstos na LDO ou a apresentação de medidas de compensação.

Assim, mesmo tendo competência para a instauração de processo legislativo em tema de direito tributário, o Poder Legislativo, tal como o Executivo, deve também observar os preceitos norteadores da Lei de Responsabilidade Fiscal, sob pena de afrontar o disposto no artigo 27, *caput*, da Constituição Estadual, *in verbis*:

“Art. 27. A administração pública direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, eficiência, motivação, economicidade, e também, ao seguinte [...]”.

Os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade, que, por via de regra, são *ex tunc* para todos os que foram beneficiados pela norma, devem, na hipótese, ser limitados à data deste julgamento.

Por tudo o que ficou aqui exposto, julga-se procedente a ação direta de inconstitucionalidade com efeitos a partir desta data.

DECISÃO

Ante o exposto, o Órgão Especial decidiu, por votação unânime, julgar procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da alínea *g* do artigo 48 da Lei Complementar n. 33/2001 – Código Tributário Municipal de Quilombo.

O julgamento, realizado no dia 15 de junho de 2011, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Nelson Schaefer Martins, José Volpato de Souza, Sérgio Roberto Baasch Luz, Cesar Abreu, Ricardo Fontes, Jaime Ramos, Newton Janke, Lédio Rosa de Andrade, Sérgio Izidoro Heil, João Henrique Blasi, Carlos Prudêncio, Gaspar Rubik, Pedro Manoel Abreu, Cláudio Barreto Dutra, Newton Trisotto e Mazoni Ferreira. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Odil José Cota.

Florianópolis, 29 de junho de 2011.

Vanderlei Romer
RELATOR

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

EMBARGOS INFRINGENTES

Embargos Infringentes n. 2010.042511-7, de Joinville

Relator: Des. Fernando Carioni

EMBARGOS INFRINGENTES. SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. DESMEMBRAMENTO. ÁREA URBANA. PROCEDIMENTO REGULAMENTADO PELA LEI DE PARCELAMENTO DO SOLO URBANO. IMÓVEL CORTADO POR ÁGUAS CORRENTES. ATENÇÃO A FAIXA NÃO-EDIFICÁVEL. AUTORIZAÇÃO DOS ÓRGÃOS MUNICIPAIS RESPONSÁVEIS. POSSIBILIDADE DE DESMEMBRAMENTO. PREVALÊNCIA DO VOTO MAJORITÁRIO. DESPROVIMENTO.

Em se tratando do uso do solo nos imóveis localizados em área urbana, é aplicável a Lei de Parcelamento do Solo Urbano – Lei n. 6.766/1979.

É possível o desmembramento de áreas urbanas, ainda que cortadas por águas correntes, desde que reservada uma faixa *non aedificandi* de 15 (quinze) metros de cada lado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2010.042511-7, da comarca de Joinville (1ª Vara da Fazenda Pública), em que é embargante Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e embargados Francisco Ritzmann e outros:

O Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por votação unânime, negar provimento aos embargos infringentes. Custas legais..

Presidiu a sessão, realizada no dia 10 de agosto de 2011, com voto, o Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha, e dela participaram os Exmos. Srs. Des. Luiz Carlos Freyesleben, Marcus Tulio Sartorato, Jaime Luiz Vicari, Joel Figueira Júnior, Henry Petry Júnior, Sérgio Izidoro Heil, Victor Ferreira, Luiz Fernando Boller, Ronei Danielli, Stanley da Silva Braga, Saul Steil, Odson Cardoso Filho, Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt e Nelson Schaefer Martins. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. André Carvalho.

Florianópolis, 25 de agosto de 2011.

Fernando Carioni
RELATOR

RELATÓRIO

Hercílio da Conceição, delegado do serviço de registro de imóveis da 2ª Circunscrição da comarca de Joinville, suscitou dúvida contra Francisco e Íris Ritzmann, que pretendem o desmembramento do imóvel matriculado sob o n. 24.794, do livro 2-RG, no serviço registral.

Informou que, feita a respectiva prenotação, autuou o pedido de desmembramento e o remeteu com vista ao Ministério Público, o qual, por sua representante, apresentou impugnação ao pedido dos interessados e requereu que a dúvida fosse submetida à apreciação do Poder Judiciário.

Após promoção ministerial, o Magistrado *a quo*, diante da impossibilidade legal do parcelamento do solo tal qual postulado pelos proprietários, acolheu a suscitação de dúvida e não autorizou o registro de desmembramento, determinando o cancelamento da prenotação.

Inconformados, Francisco e Íris Ritzmann interpuseram recurso de apelação.

A Segunda Câmara de Direito Civil, em acórdão da relatoria do Desembargador Mazoni Ferreira, por maioria de votos, deu provimento ao apelo, ao fundamento de que, *“respeitadas todas as exigências legais e ambientais, não há óbice ao registro do desmembramento da área”* (fl. 132). Vencido o Desembargador Luiz Carlos Freyesleben, uma vez que votou no sentido de negar provimento ao recurso por entender que o imóvel em questão está localizado em área de preservação permanente, o que impede o registro do desmembramento.

Contra essa decisão, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina opôs embargos infringentes, no qual sustentou que, no caso concreto, ao entender que os órgãos municipais podem atenuar os limites ao parcelamento do solo impostos pela legislação federal, o voto prevalecente contrariou o disposto nos arts. 2º, “a”, 1, e parágrafo único, da Lei n. 4.771/1965, e 3º, parágrafo único, inciso V, da Lei n. 6.766/1979.

Afirmou que, da conjunção de tais dispositivos legais, constitui área de preservação permanente a faixa de 30 (trinta) metros ao longo dos cursos d’água inferiores a 10 (dez) metros de largura, e, sendo assim considerada, nela é expressamente vedado o parcelamento do solo.

Destacou que, ao considerar viável a realização do desmembramento de solo a partir da faixa de 20 (vinte) metros contados da margem do Rio Jaguarão, o voto majoritário, sem qualquer fundamento razoável, desconsiderou o limite de preservação ambiental imposto pela lei federal em casos tais, que é de no mínimo 30 (trinta) metros de largura a longo do curso d’água.

Enfatizou que não foi demonstrada nos autos a existência, no plano diretor ou em outra legislação municipal, de qualquer disposição normativa que ampare o desmembramento do solo nos termos pretendidos, sendo

certo, apenas, que os órgãos municipais autorizaram que ele fosse levado a efeito.

Esclareceu que não se desconhece a possibilidade de o plano diretor e a lei de uso do solo disciplinarem acerca das áreas de preservação ambiental dentro do perímetro urbano municipal, mas tendo o Código Florestal determinado a obrigatória observância dos princípios e limites nela previstos, fácil concluir-se que a norma municipal poderá, quando muito, ampliar as medidas protetivas dispostas na lei federal, mas nunca restringi-las.

Concluiu que a redução da faixa de proteção estabelecida pelos órgãos municipais não encontra fundamento legal e é impossível o parcelamento e ocupação de solo em áreas de preservação ecológica, como as áreas de preservação permanente.

Reafirmou, por fim, que é inegável que o acórdão recorrido, ao reformar a decisão de primeiro grau para não acolher a suscitação de dúvida, e consequentemente, autorizar o registro do desmembramento pretendido, acabou distanciando-se das normas legais, devendo prevalecer, por esse motivo, o voto proferido pelo Desembargador Luiz Carlos Freyesleben.

Intimidados, os embargados não apresentaram contrarrazões.

Instada, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, na lavra do Exmo. Sr. Dr. André Carvalho, confirmou as razões já consignadas pelo Ministério Público, no sentido do conhecimento e provimento dos embargos de infringência.

Este é o relatório.

VOTO

O conteúdo do postulado comporta conhecimento, visto que estão presentes os pressupostos de admissibilidade recursal.

Cinge-se a controvérsia sobre a possibilidade de registro do desmembramento de um lote com área de 1.539,48 m², trazida ao Judiciário por meio de dúvida suscitada pelo delegado do serviço de registro de imóveis da 2ª Circunscrição da comarca de Joinville, em razão de manifestação do Ministério Público que, amparado nos arts. 1º, § 2º, II, e 2º, “a”, da Lei n. 4.771/1965 – Código Florestal, opinou pela impossibilidade do desmembramento por ser a área de preservação permanente – APP.

Determina a Lei n. 4.771/1965, em seu art. 1º, § 2º, inciso II, que *“para efeitos deste Código, entende por área de preservação permanente a área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”*.

Ao passo que o art. 2º, “a”, item 1, da mesma norma preceitua: *“Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas ao longo dos rios ou de qualquer curso d’água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será de 30 (trinta) metros para os cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura”*.

Inicialmente, cumpre destacar que a área objeto da contenda está localizada na Zona ZPR1, conforme certidão exarada pela Prefeitura Municipal de Joinville (fl. 34). Logo, verifica-se que o imóvel encontra-se em área urbana, porquanto a Lei Municipal n. 27/1996, que redefine o perímetro urbano e institui o parcelamento do solo urbano do município de Joinville, em seu art. 15 define as áreas urbanas do município e, entre elas, inclui a Zona de Proteção de Faixas Rodoviárias (ZPR), na qual se acha inserido o imóvel objeto do pedido de desmembramento.

Partindo dessa premissa, tem-se que a legislação aplicável ao caso concreto é a Lei de Parcelamento do Solo Urbano, porquanto o próprio

Código Florestal no parágrafo único do art. 2º institui que *“no caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo”*.

Nesse sentido, colhe-se precedente deste Tribunal de Justiça:

A lei que trata do uso do solo nas áreas urbanas assinala diferenças em relação ao Código Florestal, mas sem quebra da ordem jurídica, uma vez que este é aplicável na área rural e a Lei de Parcelamento do Solo Urbano no perímetro das cidades, conforme autorizado pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 4.771/1965.

Em razão do disposto na Constituição Federal (art. 24) e no Código Florestal (art. 2º, parágrafo único), não se verifica incompatibilidade de normas, nem a necessidade de declaração de inconstitucionalidade para que se aplique a Lei n. 6.766/1979 na área urbana (ED em Ap. Cív. em MS n. 2010.061220-8, de Joinville, rel. Des. Luiz César de Medeiros, j. em 26-4-2011).

A Lei n. 6.766/1979, que dispõe acerca do parcelamento do solo urbano, define as distâncias mínimas entre as edificações e as margens de rios, córregos e canais, vejamos:

Art. 4º. Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos:

[...]

III – ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias e ferrovias, será obrigatória a reserva de uma faixa não-edificável de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica.

Outrossim, dispõe a mencionada norma, em seu art. 11, que *“aplicam-se ao desmembramento, no que couber, as disposições urbanísticas vigentes para as regiões em que se situem ou, na ausência destas, as disposições urbanísticas para os loteamentos”*.

A respeito, colhe-se da jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. CONSTRUÇÃO EM ÁREA URBANA. DISTÂNCIA DA MARGEM DO CANAL DA BARRA DA LAGOA DA CONCEIÇÃO. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL DO PARCELAMENTO DO SOLO URBANO EM DETRIMENTO DO CÓDIGO FLORESTAL. DISTÂNCIA MÍNIMA DE 15 METROS. RECURSO PROVIDO.

Em se tratando de área urbana, a distância para construções das margens de rios, córregos e canais deve ser aquela estabelecida pela Lei Federal 6.766/79, qual seja, 15 metros, salvo limite maior imposto por lei municipal (TJSC, Ap. Cív. n. 2008.013065-1, da Capital, rel. Des. Newton Janke, j. em 10-8-2010).

REEXAME NECESSÁRIO - CONSTRUÇÃO EM ÁREA URBANA - DISTÂNCIA DE CURSO D'ÁGUA - PREVALÊNCIA DA LEI DO PARCELAMENTO DO SOLO URBANO SOBRE O CÓDIGO FLORESTAL - DISTANCIAMENTO MÍNIMO DE 15 METROS - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - AUTARQUIA ESTADUAL - ISENÇÃO DE CUSTAS - INTELGÊNCIA DO ART. 35. "H", DA LEI COMPLEMENTAR N. 156/97, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI COMPLEMENTAR N. 161/97 - REMESSA PARCIALMENTE PROVIDA.

“O art. 2º da Lei n. 4.771/65 - Código Florestal e art. 4º, inc. III, da Lei n. 6.766, de 19/12/79 - Parcelamento do Solo, não se contradizendo, mas convivendo, ocupam-se de situações de fato diferentes: o Código Florestal é aplicável à área rural, sendo estranho, por isso, quando se trata de parcelamento de área do solo urbano, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal (art. 3º, da Lei n. 6.766/79)” (TJSC - ACMS n. 2003.003060-3 - Rel. Des. Luiz César Medeiros) (TJSC, Ap. Cív. em MS n. 2008.058286-7, de Itajaí, rel. Des. Cid Goulart, j. em 15-12-2009).

Em se tratando de área urbana consolidada, há que prevalecer a Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei n.º 6.766/79), a qual estabelece em 15 (quinze) metros a distância mínima para construções ao longo dos rios (TJSC, Ap. Cív. n. 2009.028857-7, da Capital, rel. Des. Ricardo Roesler, j. em 20-10-2009).

O fato de ser área de preservação permanente, cujo objetivo é a proteção ambiental, por si só não exclui o direito de construir. O *jus aedificandi* não é incompatível com a preservação ambiental.

O art. 2º do Código Florestal (Lei-BR 4.771/65), dispõe a respeito das áreas de preservação permanente, dentre elas, as margens dos rios, na largura de trinta metros, quando a do curso d'água for de até dez metros. Porém, quanto ao uso do solo urbano, ressalva, no parágrafo único, os Planos Diretores dos Municípios e as leis específicas. O próprio Código, em relação ao perímetro urbano, remete a questão do *jus aedificandi*, às leis específicas. Por isso, desde que haja resguardo ambiental, conforme os itens apontados pelos órgãos competentes, nada obsta a construção em área de preservação permanente.

No que tange ao uso do solo urbano, há apenas observar a Lei-BR 6.766/79 (Lei do Parcelamento), e a Lei Municipal, que estabelecem como área *non edificandi* quinze metros de largura de cada margem dos cursos d'água. Assim, relativamente aos demais quinze metros, ainda abrangidos pela preservação permanente, não está vedada a construção, uma vez cumpridos os requisitos (TJRS, Ap. Cív. n. 70037681210, de Bento Gonçalves, rel. Des. Irineu Mariani, j. em 11-5-2011).

Observa-se, assim, que a legislação pertinente, Lei de Parcelamento do Solo Urbano, permite o desmembramento de áreas urbanas, ainda que cortadas por águas correntes, desde que reservada uma faixa não edificável de 15 (quinze) metros de cada lado, e que o Município de Joinville atendeu a legislação federal ao prever no Código Municipal do Meio Ambiente (Lei Municipal n. 29/1996) as faixas de drenagem não edificáveis.

Diante desse contexto, verifica-se que a Prefeitura Municipal, após consultar a Secretaria de Infraestrutura Urbana – Divisão de Drenagem e Saneamento, apontou a viabilidade do desmembramento pretendido e consignou, todavia, que “na área a desmembrar e na área remanescente deverá ser mantida a faixa de drenagem não edificável do Rio Jaguarão de 20,00 metros para cada lado da margem, passível de embargo judicial” (fl. 34). Indicou, também, que “fica a área a desmembrar passível de ocupação somente

fora da faixa de drenagem do Rio Jaguarão conforme parecer da Divisão de Drenagem, obdecendo-se os índices de ocupação local do zoneamento” (fl. 34).

Além disso, foi concedida pela Fundação do Meio Ambiente - FATMA licença ambiental prévia para a atividade de desmembramento, conforme documento de fl. 38.

Por tais razões, entendo como possível o desmembramento pretendido, desde que observadas as restrições impostas pela Municipalidade.

Não fosse isso, os limites impostos pelo Código Florestal merecem ser mitigados no caso concreto, porquanto a legislação municipal assegura preservação do meio ambiente através das áreas *non aedificandi* nos imóveis urbanos cortados por águas correntes. Logo, a viabilidade do pedido de desmembramento atende a legislação ambiental e garante a ordenada expansão urbana.

Sobre o tema, já decidiu este Tribunal:

Considerada a autonomia reinante da legislação federal com a estadual e a municipal acerca das faixas não edificáveis em áreas de preservação permanente ao longo dos cursos d'água situados em região urbana, deve-se interpretar com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para que a edificação, além de preservar razoavelmente o meio ambiente, seja adequada a uma boa ordenação da cidade e cumpra a função social da propriedade sob o pálio do desenvolvimento sustentável, da precaução e da cautela (Ap. Cív. em MS n. 2009.002367-2, de Joinville, rel. Des. Jaime Ramos, j. em 3-12-2009)

“Não se pode perder de vista que a legislação ambiental brasileira, na esteira da normatização ambiental em todo o mundo, foi erigida e necessariamente há de ser interpretada como suporte jurídico para o desenvolvimento sustentável, não se admitindo que dos textos legais sejam extraídas estereis conclusões que, em última instância, prejudiquem o bem-estar social, no caso, das comunidades urbanas que necessitam de obras de infra-estrutura, de construção de novas moradias e de centros comerciais.

“A organização de áreas urbanas deve seguir regras próprias e adequadas à realidade urbana, o que, muitas vezes, no que concerne à proteção ao meio ambiente, serão distintas daquelas normas aplicáveis ao meio rural. Desse modo, urge a flexibilização da tutela dos recursos naturais nas cidades, de modo a conciliá-la com o crescimento econômico e com o interesse social” (<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8762>) (AI n. 2010.027473-0, de Joinville, rel. Des. Vanderlei Romer, j. em 28-9-2010).

Ante o exposto, merece ser mantida a decisão hostilizada de relatoria do eminente Desembargador Mazoni Ferreira, a qual concluiu que, *“respeitadas todas as exigências legais e ambientais, não há óbice ao registro do desmembramento da área, sobretudo quando toda a cercania mostra-se devidamente urbanizada em torno do mesmo curso d’água”*.

Este é o voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2008.081988-1, de Itajaí

Relator: Des. Joel Dias Figueira Júnior

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DEMORA NO CONserto DE CAMINHÃO SINISTRADO. VEÍCULO UTILIZADO PARA TRANSPORTE DE CARGA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA RÉ FABRICANTE. AUSÊNCIA DE VÍCIO DO PRODUTO. FORNECIMENTO DE SERVIÇO CUJA RESPONSABILIDADE PELO ATRASO NÃO FICOU CONFIGURADA EM RELAÇÃO À FABRICANTE. DENUNCIÇÃO DA LIDE À SEGURADORA PELA OFICINA MECÂNICA DEMANDADA. POSSIBILIDADE POR BENEFICIAR NO CASO CONCRETO O CONSUMIDOR. APLICAÇÃO DO CÓDIGO CONSUMERISTA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. OBRIGAÇÃO INDENIZATÓRIA POR LUCROS CESSANTES EM DECORRÊNCIA DA DEMORA DA SEGURADORA. DEVER DE INDENIZAR QUE PERMANECE EM RELAÇÃO À OFICINA. AGRAVO RETIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO. PROVA PERICIAL CONTÁBIL DESNECESSÁRIA. APURAÇÃO DO *QUANTUM* EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. AGRAVO DESPROVIDO. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DA DENUNCIANTE E DA DENUNCIADA. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA ECONOMIA E INSTRUMENTALIDADE. RECURSOS DESPROVIDOS.

I – Não há cerceamento de defesa quando as provas existentes nos autos são suficientes à plena convicção do julgador (art. 130, CPC).

II – Tratando-se de lide que se funda em cumprimento de contrato de seguro, aplicável o Código de Defesa do Consumidor para dirimir a controvérsia, admitindo-se, assim, a inversão do ônus da prova, nos termos do artigo 6º, VIII, da Lei Consumerista, porquanto presente a verossimilhança do direito alegado e caracterizada a hipossuficiência do consumidor.

III – Em que pese a proibição da incidência do instituto da denunciação da lide em demandas de natureza consumerista (art. 88, CDC), essa regra foi inserida na lei específica com o objetivo de proteger o consumidor, notadamente no que concerne à celeridade e efetividade do processo em face da responsabilidade solidária que norteia a matéria. Contudo, havendo assentimento das partes e da litisdenunciada, nada obsta que se aceite a denunciação da lide, se a prática for mais benéfica ao consumidor, como neste caso.

IV – Dispõe o artigo 333, II, do Código de Processo Civil que incumbe ao réu o ônus da prova acerca da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Nessa esteira, *in casu*, caberia à seguradora comprovar a existência de cláusula contratual excludente da cobertura a que foi condenada solidariamente a primeira Ré (lucros cessantes). Deixando de assim proceder, no que tange ao valor total da apólice, fica obrigada ao pagamento de indenização pelos danos sofridos pela segurada.

V – Por ser presumível que a empresa segurada tenha deixado de auferir lucro durante o tempo em que ficou impedida da utilização de seu veículo destinado para o transporte de cargas, em virtude do acidente ocorrido, o pagamento da indenização a

título de lucros cessantes é medida que se impõe, apurando-se o *quantum* em liquidação de sentença.

VI – Responde a seguradora por lucros cessantes quando o atraso no conserto do veículo decorre de ato por si praticado, consistente no atraso do fornecimento de autorização dos serviços.

Não se confunde a exclusão de responsabilidade de pagamento de lucros cessantes, contratualmente previstos, em face de danos praticados por terceiros com responsabilidade decorrente da prática omissiva de seguradora em cumprir com presteza e retidão as cláusulas contratuais atinentes às coberturas dos danos materiais do veículo segurado.

VII – Não tendo a autora especificado o *quantum* pretendido a título de compensação pelo alegado dano moral (ônus processual – art. 282, IV c/c art. 286, *caput*), deixando a sua fixação ao prudente arbítrio do juiz, e acolhido o pedido, ausente se afigura o interesse recursal (binômio necessidade-utilidade) em modificar o julgado, com o escopo de ampliar a importância fixada pelo magistrado na sentença objurgada, porquanto vencedora neste ponto.

Frise-se que os pedidos hão de ser certos e determinados, segundo preceitua o art. 286, *caput*, ressalvadas as hipóteses enumeradas nos três incisos do citado dispositivo legal (*numerus clausus*), nas quais não se enquadram a lide pendente.

Por conseguinte, se a autora deixou de determinar o *quantum* pretendido sem estabelecer nenhum parâmetro ou balizamento pecuniário a ser observado pelo julgador, transferindo por mera liberalidade o ônus do arbitramento aleatório, há de contentar-se com a importância estabelecida na sentença impugnada, donde exsurge a sua falta de interesse recursal, notadamente se a quantia estabelecida na sentença recorrida não é irrisória ou desproporcional ao dano sofrido.

VIII – Pertinente a condenação da litisdenunciada a arcar com o ônus da sucumbência quando, embora ela não tenha oposto qualquer resistência à sua intervenção no processo, a condenação ao pagamento de indenização por lucros cessantes decorre justamente da sua conduta morosa em proceder ao reparo do veículo pertencente à demandante.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.081988-1, da comarca de Itajaí (1ª Vara Cível), em que são apelantes/apelados VFR Transportes Raimondi Ltda. – ME, Mecânica de Veículos Piçarras Ltda. – Mevepi e Bradesco Seguros S.A., sendo apelados Vanderlei Francisco Raimondi e Scania Latin America Ltda.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por unanimidade de votos, conhecer dos recursos, negar provimento ao agravo retido, afastar as preliminares, e negar provimento aos apelos. Custas legais.

RELATÓRIO

VFR Transportes Raimondi Ltda. – ME e Vanderlei Francisco Raimondi ajuizaram *ação de indenização* contra Mecânica de Veículos Piçarras Ltda. – Mevepi e Scania Latin America Ltda. pelos fatos e fundamentos jurídicos descritos na exordial de fls. 2-11, integrando este acórdão o relatório de fls. 339-342 contido na sentença recorrida.

Regularmente citados, os Réus e a litisdenunciada Bradesco Seguros S.A. ofereceram resposta em forma de contestação (fls. 40-53 (Mevepi); 94-108 (Scania); 143-156 (Bradesco)).

Ao sanear o processo (fls. 228-229) foi declarado extinto o feito em relação ao segundo Autor (Vanderlei Francisco Raimondi), por ilegítimi-

dade ativa, bem como indeferida a produção de prova pericial contábil requerida pela litisdenunciada.

Embargos declaratórios com pedido de efeitos infringentes foram opostos pelos Autores (fls. 234-237), da mesma forma que também opostos pela segunda Ré, Scania (fls. 242-245), ambos acolhidos (fls. 248-250).

Através de agravo retido (fls. 253-255), a Bradesco Seguros S.A. demonstrou sua irrisignação quanto à negativa da prova pericial.

Sentenciando (fls. 339-353), o Magistrado *a quo* julgou procedente, em parte, o pedido inicial em relação à Ré Mevepi, condenando-a ao pagamento de lucros cessantes em valor a ser apurado em fase de liquidação, a ser obtido com base na média dos últimos doze meses de faturamento da empresa Autora, descontados os encargos, durante o período que excedeu a 50 dias de paralisação do veículo, considerado tempo médio necessário para o conserto do caminhão, acrescido de juros de mora a contar da citação, bem como a ressarcir os danos morais decorrentes do ato ilícito, no valor de R\$ 10.000,00, também acrescidos de juros de mora, porém a contar do primeiro dia útil subsequente ao 50º dia de paralisação do bem, isto é, considerada data do evento danoso.

A Autora e a primeira Ré (Mevepi) foram condenadas ao pagamento das despesas processuais *pro rata*, e no tocante à verba honorária, foi condenada a primeira Ré (Mevepi) ao seu pagamento de 20% sobre o valor de sua condenação.

Em relação à litisdenunciada Bradesco Seguros S.A., julgou procedente a denúncia, condenando a Seguradora a ressarcir a denunciante no montante da condenação que lhe coube. A título de honorários advocatícios em favor dos procuradores da denunciante, a denunciada foi condenada ao pagamento de 10% sobre o valor do ressarcimento.

Quanto à Scania Latin America Ltda., julgou improcedente o pedido da Autora, ficando esta responsável pelo pagamento de honorários advocatícios em favor do patrono da segunda Ré, no importe de R\$ 1.000,00.

Inconformada, a Ré Mevepi opôs embargos de declaração (fls. 357-359) que foram parcialmente acolhidos, apenas para complementar a sentença no que tange à condenação por lucros cessantes, devendo ser contados retroativamente do dia 4-8-2004, data em que o serviço foi contratado (fls. 361-362).

A empresa Autora interpôs recurso de apelação (fls. 364-374), pedindo o reconhecimento da legitimidade da segunda Ré Scania Latin America Ltda., bem como a majoração dos danos morais para 100 salários mínimos, sob os mesmos fundamentos articulados em primeira instância.

A Ré Mecânica de Veículos Piçarras Ltda. – Mevepi também interpôs recurso de apelação (fls. 384-390), repisando os mesmos fatos e fundamentos jurídicos alegados no Juízo *a quo*, concluindo por pedir a reforma total da sentença a fim de julgar improcedentes os pedidos formulados na exordial.

A Bradesco Seguros S.A., por sua vez, apresentou suas razões recursais às fls. 406-421, das quais extrai-se, inicialmente, o pedido de análise e julgamento do agravo retido de fls. 253-255, além de, no mérito, argumentar acerca da necessidade de limitação da condenação ao valor pactuado e da não cobertura em apólice quanto à indenização por lucros cessantes. Reiterou alusões feitas em primeira instância, aduziu inconformismo quanto à data de início da contagem dos juros de mora incidentes sobre o dano moral, e pediu, ao final, a exclusão de sua condenação em honorários advocatícios por tratar-se de litisdenunciada e não parte confrontante. Prequestionou artigos de lei e requereu a reforma do *decisum*.

Contrarrazões às fls. 392-401 (Scania); 426-430 (Mevepi); 431-440 (Autora); 441-452 (Autora); 453-457 (Mevepi); e 464-468 (Scania).

Presentes os requisitos de admissibilidade dos recursos.

É o relatório.

VOTO

1 Preliminarmente

1.1 Do agravo retido da litisdenunciada Bradesco

1.1.1 Cerceamento de defesa

Sustenta a Seguradora o cerceamento de defesa quando da negativa de realização de perícia contábil requerida ante o pleito inicial da Autora de indenização por lucros cessantes.

O Magistrado indeferiu *ab initio* o pedido, apesar de consignar a possibilidade de reanálise oportunamente.

Em sentença, entretanto, manteve seu posicionamento, e determinou que a apuração do *quantum* relativo aos lucros cessantes deverá ser promovida em posterior fase de liquidação (fl. 352).

Segundo previsto no artigo 131 do Diploma Instrumental, “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”.

Desse modo, consoante o princípio do livre convencimento motivado, mesmo cabendo às partes o ônus da prova (art. 333 do CPC), cumpre ao magistrado verificar se o processo está em condições de julgamento, lhe sendo lícito o indeferimento da produção das provas que considerar impertinentes para o deslinde da questão.

Colhe-se da doutrina de Humberto Theodoro Júnior:

O Código [...] não consagra o princípio dispositivo em sua plenitude. Se a parte tem a disposição da ação, que só pode ser ajuizada

por ela, o impulso do processo, após o ajuizamento, é oficial. Além do interesse da parte, em jogo na lide, há o interesse estatal, em que a lide seja composta de forma justa e segundo as regras do direito.

Eis por que o juiz, no processo moderno, deixou de ser simples árbitro diante do duelo judiciário travado entre os litigantes e assumiu poderes de iniciativa para pesquisar a verdade real e bem instruir a causa (Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, 46. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, vol. I, p. 470).

É deste Tribunal:

Não se vislumbra cerceamento de defesa, advindo da não-designação de audiência e do julgamento antecipado da lide, quando a oitiva de testemunhas, ou a realização de outras provas, pouco ou em nada influenciariam no convencimento do Magistrado, que pode, ademais, segundo o preceituado no art. 130 do CPC, indeferir aquelas que entender inúteis ou meramente protelatórias (Ap. Cív. n. 2003.007444-9, de Timbó, rel. Des. Ricardo Fontes, j. em 3-6-2004).

Ainda:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO EM DOBRO - CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - INOBSERVÂNCIA AOS PRESSUPOSTOS DO ARTIGO 514 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - **CERCEAMENTO DE DEFESA - INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL - PRELIMINARES REJEITADAS** - DIFERENÇA DO VALOR DO BEM À VISTA E A PRAZO - LIVRE PACTUAÇÃO - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICABILIDADE *EX OFFICIO* - CAPITALIZAÇÃO DE JUROS - VEDAÇÃO - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - PERMISSIBILIDADE NA FORMA SIMPLES - REVISÃO DOS ENCARGOS - COMPENSAÇÃO DE DÍVIDAS - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

O indeferimento de prova pericial não caracteriza cerceamento de defesa, visto que, mesmo cabendo às partes o onus probandi, é o juiz quem verifica a sua conveniência, seleciona quais as indispensáveis

para a instrução e julgamento do feito, porquanto é livre a apreciação da prova pelo Magistrado diante do princípio da persuasão racional.

(...)(Grifo nosso. TJSC, Apelação Cível n. 2007.057804-7, de Joinville. Relator Des. Fernando Carioni, j. 19-3-2008).

Analisando os autos, constata-se descabida a instrução processual – pelo menos no que tange à declaração do direito da Autora em ser indenizada pelos lucros cessantes –, porquanto a matéria trazida à baila pode ser perfeitamente dirimida mediante a análise da prova documental colacionada ao feito, na exata medida em que a lide envolve questão de fato e de direito que dispensa a produção de prova pericial.

Portanto, mostra-se plenamente prescindível a realização da prova pericial contábil requerida, razão pela qual nega-se provimento ao agravo retido.

1.2 Da legitimidade passiva da Ré Scania alegada pela Autora VFR

A empresa Autora argumenta que a responsabilidade pelo atraso no conserto de seu veículo (caminhão) deve ser atribuída de forma solidária à Scania Latin America Ltda. (fabricante), pela demora injustificada da remessa da peça requisitada pela concessionária.

Tal preliminar foi devidamente apreciada pelo julgador ao sentenciar o feito, merecendo confirmação (fl. 344). *In verbis*:

Ora, concernente à demandada Scania Latin America Ltda, não há como imputar-lhe qualquer responsabilidade, porquanto, na condição de fabricante, sua responsabilidade emergiria somente em decorrência de defeito ou vício do produto, por dicção dos artigos 12 e 18 do Código de Defesa do Consumidor.

Contudo, este não é o caso dos autos, uma vez que, conforme alhures mencionado, tem origem no defeito da prestação de serviço.

Vale destacar que eventual responsabilidade da Ré Scania não seria por vício do produto (caminhão ou peça), mas, sim, por vício no serviço de fornecimento de produto requisitado.

Afinal, não se olvida a extensão da responsabilidade àqueles fornecedores que indiretamente venham a participar da relação. Até porque, conforme depreende-se do contrato social da empresa (fl. 113), a sociedade Ré tem por objeto “(a) a indústria, comércio, importação, exportação e representação de veículos, motores e grupo geradores, bem como dos equipamentos, maquinários, componentes, peças, ferramentais e acessórios, insumos e matérias-primas; (b) a prestação de serviços, manutenção e assistência técnica nas áreas de atuação da sociedade; (...)”.

E a doutrina já analisou a hipótese:

Contudo, é necessário fazer uma observação. Ainda que a norma esteja tratando do fornecedor direto, isso não elide a responsabilidade dos demais que indiretamente tenham participado da relação. Não só porque há normas expressas nesse sentido (art. 34 e §§ 1º e 2º do art. 25) mas também e em especial pela necessária e legal solidariedade existente entre todos os partícipes do ciclo de produção que geraram o dano (cf. o parágrafo único do art. 7º) e, ainda mais, pelo fato de que, dependendo do tipo de serviço prestado, o fornecedor se utiliza necessariamente de serviços e produtos de terceiros.

(...)

Há, ainda, outros serviços que são necessariamente compostos pela prestação dos serviços e da utilização de produtos. Não há serviço sem o produto. Por exemplo, os serviços de conserto de automóveis e as respectivas trocas de peças, os serviços de assistência técnica de conserto de eletrodomésticos, os serviços domésticos de pintura e instalação elétrica etc. (Grifo nosso. NUNES, Rizzatto. *in* Curso de Direito do Consumidor. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 229/232).

Entretanto, este não é o caso dos autos. Apesar de incontroverso o fato de a fabricante ter sido requisitada a fornecer peça indispensável ao

conserto do caminhão, não se tem notícia acerca da data da requisição e, em consequência, do tempo de demora na entrega, não se podendo presumir tenha sido excessivo.

Sendo assim, comunga-se do entendimento do Juízo *a quo*, afastando da Ré Scania Latin America Ltda. qualquer responsabilidade sobre os danos sofridos pela empresa Autora.

Afastada a preliminar.

2 No Mérito

2.1 Do recurso da empresa Autora VFR

2.1.1 Do *quantum* compensatório

Além da preliminar já enfrentada, a Autora busca a reforma da sentença quanto ao valor fixado a título de danos morais, pedindo sua majoração para 100 salários mínimos.

Sem razão a Recorrente.

Denota-se da peça exordial que em seus pedidos a Autora limitou-se a requerer a condenação dos Réus, na “*quantia referente aos danos morais, a ser arbitrada por Vossa Excelência*”. (fl. 11), sem apontar o valor que pretendia a título de compensação pecuniária, deixando a fixação da quantia ao livre arbítrio do julgador.

Assim procedendo, deixou a Requerente de atender às normas cogentes inculpidas nos artigos 282, IV, e 286, *caput*, ambos do Código de Processo Civil, na exata medida em que não especificou o quanto de natureza compensatória pretendia obter com a sentença de mérito favorável ao acolhimento de sua pretensão, somando-se ao fato de que o pedido formulado era certo e determinado.

Em sede doutrinária, assim já tive oportunidade de me manifestar:

(...) No sistema do Código de defesa do consumidor, nas ações coletivas voltadas a defesa de direitos individuais homogêneos, a regra é a formulação de pedido genérico (art. 81, parágrafo único, III, e art. 95, ambos do CDC).

Assim, considera-se como *pedido certo* “e” *determinando* todo aquele articulado de forma a permitir com clareza a identificação de seus contornos, extensão e profundidade, de maneira a proporcionar o delineamento do objeto mediato (bem da vida a ser tutelado) e imediato (providência jurisdicional perseguida), via de regra respaldado em elementos previamente constituídos e que servirão também para o elenco probatório. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007. vol. 4, t. II, art. 286. item n. 2. p.105).

E, mais adiante, assinalo:

(...) Em situações como essa e outras similares, não é função do Estado-juiz fixar o valor da indenização mediante o seu “prudente critério” (conforme chavão forense), porquanto a expressão representa nada menos do que um pedido de julgamento por equidade (critério equitativo), vedado como regra e só admitido nos casos previstos expressamente em lei (art. 127, CPC) (*idem*, p. 109).

A Autora, ao articular a especificação de seus pedidos no item VI-2 da peça inaugural, não determinou o quanto pretendia obter. Em contrapartida, o Magistrado sentenciante condenou a primeira Ré ao pagamento de R\$ 10.000,00 a título de danos morais. Assim, não há falar em sucumbência, neste ponto, por parte da Requerente, já que vencedora nesta pretensão, inexistindo, por conseguinte, interesse em recorrer, até porque o julgador não fixou de maneira irrisória o *quantum* compensatório por ela perseguido .

Com a devida vênia, entendimento diverso viola normas de ordem pública definidas nos artigos 282, IV, e 286, *caput*, da Lei Processual Civil.

Ademais, o *quantum* estabelecido na sentença não é irrisório nem desproporcional ao dano sofrido, razão pela qual não há motivo para modificá-lo.

Nestes termos, nega-se provimento ao recurso da Autora.

2.2 Do recurso da litisdenunciada Bradesco Seguros S.A.

A Bradesco Seguros S.A. recorreu da sentença, pedindo, além da análise do agravo retido abordado em item anterior, a reforma do *decisum* para limitar sua condenação ao valor pactuado na apólice securitária, bem como isentá-la do pagamento de lucros cessantes pois excluída sua cobertura contratual.

Argumentou também sobre a data de início da contagem dos juros de mora incidentes sobre o dano moral, e pediu, ao final, a exclusão de sua condenação em honorários advocatícios por tratar-se de litisdenunciada e não de parte confrontante. Prequestionou, ainda, artigos de lei.

2.2.1 Dos limites da apólice

Quanto aos lucros cessantes, a sentença bem reconheceu a sua ocorrência, deixando para estimá-los em liquidação.

Tratando-se de bem (caminhão) utilizado para o transporte de cargas, com percepção de rendimentos, indiscutível que a sua parada para reparos, desde o acidente, está a impedir a Autora de concretizar ganhos.

Mas a efetiva discussão residiu, até aqui, no contrato entabulado entre as partes (litisdenunciada e empresa Autora) e a real contratação, ou não, de cláusula de cobertura para lucros cessantes.

Pois bem, a existência de contrato de seguro entre as partes é incontroversa, evidenciando a verossimilhança do direito e a possibilidade da denúncia à lide da Seguradora, por ser mais benéfico ao consumidor a interpretação da regra insculpida no art. 88 do CDC. Assim, afigura-se admissível a inversão do ônus da prova em casos como o dos autos, nos termos do artigo 6º, VIII, da Lei Consumerista. Desse modo, o ônus da prova recai sobre a Seguradora litisdenunciada.

Dispõe o art. 333, II, do Código de Processo Civil: art. 333: O ônus da prova incumbe: II – ao réu, quanto a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Compulsando os autos, observa-se que a Seguradora, em sua resposta, afirma que o contrato entabulado entre ela e a empresa Autora não possui previsão de indenização por lucros cessantes, juntando o Manual do Segurado, com as informações relativas às coberturas contratadas, vide fl. 165, item 5.2.d. *In verbis*:

5. RISCOS EXCLUÍDOS NO SEU SEGURO

5.2. Riscos Excluídos Especificamente no Seguro do Veículo

Não serão indenizados os prejuízos:

d) decorrentes de lucros cessantes, mesmo quando em consequência de qualquer risco coberto por esta apólice.

Todavia, no caso, os lucros cessantes pretendidos derivam da demora da Seguradora em liberar a autorização para a feitura do serviço de reparo.

Diz a sentença sobre a matéria:

(...) Razão não lhe assiste, no entanto, pois os lucros cessantes ora pleiteados pela autora não dizem respeito à apólice firmada entre as partes, mas, sim, em relação à conduta da seguradora que resultou numa delonga injustificada no reparo do caminhão, privando a autora de dar continuidade às suas atividades de transporte.

‘Rechaçado fica, portanto, o argumento de que o contrato exclui a indenização por lucros cessantes.

‘Quanto à percepção dos referidos lucros cessantes, resulta óbvio o prejuízo gerado pela inatividade do caminhão, porquanto trata-se de bem imprescindível à atividade comercial empreendida pela autora, cuja demora na reposição acarretou-lhe inegáveis prejuízos.

Da jurisprudência do no nosso e. Tribunal de Justiça, colhe-se o seguinte precedente que, *mutatis mutandis*, aplica-se ao caso vertente:

“O tardio pagamento securitário enseja lucros cessantes quando o automóvel segurado, destinado à locação, não está a serviço do arrendatário,

Também respondem por lucros cessantes a seguradora que demora em pagar o valor indenizatório à arrendante, e esta última, pelo tardio repasse do mesmo valor à segurada” (TJSC, Apelação Cível n. 2001.024691-0, de Balneário Camboriú. Relator Des. Monteiro Rocha. j. 27-4-2006).

O pleito da autora encontra amparo na legislação civil, que em seu art. 402 prevê:

“Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Sobre a matéria, busca-se a brilhante lição de Ozéias J. Santos:

“O princípio dominante da responsabilidade civil é o *restitutio in integrum* repondo integralmente a vítima na situação anterior, implicando em colocar as partes na situação em que estariam se não houvesse sido causado o dano, assim se dirá que a reparação é completa quando o prejudicado receber o que perdeu e também o que deixou de lucrar.

‘Os danos classificam-se em positivos, *damnum emergens*, a real diminuição do patrimônio do credor e negativos, *lucrum cessans*, a privação de ganho que o prejudicado tinha o direito de esperar.

‘Nos acidentes automobilísticos, é cabível a verba relativa aos lucros cessantes, integrando o montante da indenização a ser paga por danos materiais.

‘Nos casos em que o veículo era utilizado como fonte de renda, como os táxis, caminhões de transporte etc., durante o tempo em que ficarem parados em consequência do acidente automobilístico, calcula-se os lucros cessantes pelo tempo de privação do uso” (*Responsabilidade civil e criminal em acidentes de trânsito, teoria, legislação, jurisprudência e prática*, v. 1. São Paulo: Editora de Direito, 1999. p. 107/108). (...). (fls. 377-349).

Neste sentido, destaca-se precedentes desta Câmara:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAS E LUCROS CESSANTES. CONTRATO DE SEGURO DE VEÍCULO UTILITÁRIO FINANCIADO. FURTO. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 6º, INCISO VIII, DO CÓDIGO CONSUMERISTA. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. DANOS MATERIAIS. ABATIMENTO DAS PARCELAS INADIMPLIDAS DO FINANCIAMENTO DO MONTANTE INDENIZATÓRIO. POSSIBILIDADE. DANOS MATERIAS DECORRENTES DA RETENÇÃO INDEVIDA PELO BANCO DA TOTALIDADE DA INDENIZAÇÃO PAGA PELA SEGURADORA. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DA DIFERENÇA ENTRE O VALOR PAGO E O VALOR DO SALDO DEVEDOR DO FINANCIAMENTO DO BEM DADO EM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA AO BANCO. LUCROS CESSANTES. **INJUSTIFICADO RETARDAMENTO, DA SEGURADORA, NO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO DEVIDA. VEÍCULO UTILIZADO NO TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS. PREJUÍZOS FINANCEIROS PRESUMIDOS. LUCROS CESSANTES DEVIDOS. QUANTIA A SER APURADA EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA.** CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ARTIGOS 475-C E 475-D. DANOS MORAIS. ATRASO SIGNIFICATIVO NO CUMPRIMENTO DO CONTRATO. DESCUMPRIMENTO QUE EXACERBA O MERO DISSABOR. AUTOR QUE DECAIU DE PARCELA SIGNIFICATIVA DE SUA RENDA EM DECORRÊNCIA DO ATRASO. CARACTERIZAÇÃO DE DANO DE NATUREZA ANÍMICA EVIDENCIADA. DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (Grifo nosso. TJSC, Apelação Cível n. 2007.004378-8, de São José. Relatora Desembargadora Denise Volpato. j. 28-3-2011)

A recusa ou o retardamento injustificado do pagamento da cobertura de contrato de seguro pode, independentemente da existência de cláusula contratual, render ensejo à responsabilização por lucros cessantes, desde que estes sejam cumpridamente provados pelo segurado como resultado necessário da mora da seguradora (TJSC, Apelação Cível n. 2003.017784-1, de Itapiranga. Relatora Desembargadora Denise Volpato. j. 29-10-2009).

Ainda deste Tribunal de Justiça, colhe-se:

SEGURO. RECUSA INJUSTIFICADA DO PAGAMENTO. LUCROS CESSANTES. PROVA. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. DANO MORAL. SEGURADORA QUE SE NEGA PAGAR VERBA.

A recusa ou o retardamento injustificado do pagamento da cobertura de contrato de seguro pode, independentemente da existência de cláusula contratual, render ensejo à responsabilização por lucros cessantes, desde que estes sejam cumpridamente provados pelo segurado como resultado necessário da mora da seguradora (TJSC, Apelação Cível n. 2005.009590-1, de Itapema. Relator: Des. Newton Janke. j. 11-7-2008).

LUCROS CESSANTES. MORA DA SEGURADORA. VEÍCULO UTILIZADO NA ATIVIDADE PROFISSIONAL DO SEGURADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA”. (TJSC, Apelação Cível n. 2002.027488-2, de Tubarão. Relator Des. Jorge Schaefer Martins. j. 16-2-2006).

Tratando-se de empresa dedicada ao transporte de mercadorias, é conclusivo que a falta de disponibilidade de um de seus caminhões gera efeitos patrimoniais negativos, cabendo, pois, ao causador do evento danoso, indenizar a vítima pela renda que deixou de auferir, a teor dos artigos 1.059 e 1.060 do Código Civil de 1916, simétricos aos artigos 402 e 403 da novel codificação civil (TJSC, Apelação Cível n. 2001.007635-7, de Sombrio. Relator Des. Luiz Carlos Freyesleben. DJU 12-6-2003).

Portanto, responde a seguradora por lucros cessantes quando o atraso no conserto do veículo decorre de ato por si praticado, consistente no atraso do fornecimento de autorização dos serviços.

Além disso, não se confunde a exclusão de responsabilidade de pagamento de lucros cessantes, contratualmente previstos, em face de danos praticados por terceiros com responsabilidade decorrente da prática omissiva de seguradora em cumprir com presteza e retidão as cláusulas contratuais atinentes às coberturas dos danos materiais do veículo segurado.

Assim, afastada a tese de limitação contratual, por derivarem os lucros cessantes de inércia da seguradora em fornecer autorização para o conserto do veículo, a co-responsabilidade da litisdenuciada no que diz respeito ao seu pagamento é medida que merece ser confirmada, e seu valor apurado em fase de liquidação de sentença.

Destarte, nega-se provimento ao recurso da Bradesco neste ponto.

No que tange à limitação de sua condenação ao valor segurado, não há como prosperar o pedido. Isto porque, apesar de constar dos autos o Manual do Segurado, deixou a Seguradora de juntar a apólice contratada, ônus que lhe cabia.

2.2.2 Da data inicial para contagem dos juros de mora

A Bradesco Seguros requer a incidência de juros de mora apenas a partir da citação e não da data em que o veículo foi colocado para conserto.

Inicialmente vale destacar que a sentença não determinou o início da incidência dos juros de mora a partir da colocação do caminhão no conserto, mas, sim, a partir do quinquagésimo dia da paralisação do veículo no conserto, data que considera a de início do evento danoso.

Elucidada esta questão, permanece o pedido da litisdenuciada requerendo que sua incidência se dê a partir da citação, considerando que até então não estaria em mora.

Não merece reparo a sentença neste ponto.

Afinal, ficou claro que foi a partir do 50º dia no conserto que se concretizou um retardo demasiado e injustificado para que o veículo estivesse pronto. E ainda mais sabendo-se que a maior parte da demora se deve às paulatinas e quase intermináveis autorizações de conserto que se arrastaram pelo menos por três meses.

Ademais, quando configurada a ocorrência de ato ilícito, a incidência de juros de mora deve ser computada a partir do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ.

Nega-se provimento ao recurso neste tópico.

2.2.3 Da condenação da litisdenunciada em honorários advocatícios

Não merece guarida o pleito recursal da litisdenunciada no que concerne à sua condenação em ônus de sucumbência.

Isso porque, embora a Bradesco Seguros S.A. tenha aceitado a denúncia da lide, não opondo qualquer resistência à sua intervenção no processo, tendo exclusivamente rebatido as alegações da Autora e da denunciante, procurando limitar a sua obrigação ao patamar firmado na apólice, sem, contudo, procurar isentar-se de participar da lide secundária instaurada ou negar a sua responsabilidade civil, a condenação ao pagamento de indenização por lucros cessantes decorreu justamente da sua demora em proceder ao reparo no caminhão pertencente à Autora, consoante assinalado no item 2.2.3, motivo pelo qual se mostra pertinente a condenação em tela.

Em resumo, o recurso da Bradesco Seguros S.A. deve ser desprovido em sua totalidade.

A fim de evitar-se oposição de embargos aclaratórios, consideram-se prequestionados todos os artigos de lei mencionados pela litisdenunciada em suas razões recursais.

2.3 Do recurso da Ré Mevepi

Exceto pelos pontos acima delineados, a sentença proferida pelo Magistrado Juiz Osvaldo João Ranzi merece ser adotada como razão de decidir, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos (fls. 339-353). Transcreve-se:

Concernente à requerida/denunciante Mevepi, nada obstante não se possa imputar-lhe culpa direta pelo evento, o certo é que o veículo

encontrava-se sob sua responsabilidade, pois com ela contratou a autora a prestação dos serviços de reparo.

Ademais, tratando-se de cadeia de consumo, entendo que deva prevalecer a responsabilidade solidária, sem prejuízo, no entanto, do direito regressivo.

A questão da solidariedade em relação de consumo é matéria que suscita amplo debate jurisprudencial e doutrinário, quando se trata de interpretação dada aos artigos 12 ao 25 do CDC acerca da responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, ou por vício do produto ou serviço.

Contudo, repito, tenho que a responsabilidade, cuidando-se de relação consumerista, é sempre solidária, independente até mesmo de previsão contratual, consoante dicção do parágrafo único do art. 7º do Código de Defesa do Consumidor.

Prevê o referido dispositivo legal:

Art. Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo. (grifei)

Em comentário ao dispositivo em comento, José Geraldo Brito Filomeno empresta elucidativo ensinamento acerca da solidariedade em relação de consumo, *verbis*:

[...]

Como a responsabilidade é objetiva, decorrente da simples colocação no mercado de determinado produto ou prestação de dado serviço, ao consumidor é conferido o direito de intentar as medidas contra todos os que estiverem na cadeia de responsabilidade que propiciou a colocação do mesmo produto no mercado, ou então a prestação do serviço.

Assim, por exemplo, no caso do automóvel com grave defeito de fabricação em um item de segurança, embora o acidente possa ser causado por uma peça fornecida ao montador daquele por um outro fabricante, pode o consumidor preferir intentar a ação competente contra o aludido montador, ou contra o fabricante da peça defeituosa, ou contra ambos ao mesmo tempo, porquanto ambos concorrem para que o efeito lesivo se verificasse. (destaques que não constam do original)

A jurisprudência, de igual sorte, nesse mesmo sentido já se manifestou:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – VENDA DE PACOTE TURÍSTICO – COPA DO MUNDO DE 1998 – INGRESSOS NÃO DISPONIBILIZADOS – [...] ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM – ALEGADA AUSÊNCIA DE RELAÇÃO CONTRATUAL – APLICAÇÃO DA TEORIA DA APARÊNCIA E DO CÓDIGO CONSUMERISTA.

Evidenciada a associação de inúmeras empresas para a formação de pacote turístico, comprovado pelos documentos acostados aos autos, o fato de apenas uma ter pactuado diretamente com a parte lesada não afasta a obrigação das demais em caso de inadimplemento contratual.

A inclusão do logotipo das empresas envolvidas nos documentos fornecidos aos adquirentes, sendo estas mencionadas como organizadoras, indiscutível a legitimidade e responsabilidade destas pelos prejuízos causados, independentemente de terem agido ou não com dolo.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – APLICAÇÃO DO ART. 7º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC.

O código consumerista é claro ao estabelecer a obrigação solidária, independentemente de previsão contratual, visando, assim, permitir ao lesado maior facilidade no ressarcimento da quantia reparatória.

[...]

Como se vê, o código consumerista é taxativo ao estabelecer a obrigação solidária, com o intuito, por óbvio, de conferir ao consumidor lesado maior facilidade na busca por ressarcimento da quantia reparatória.

Destarte, conclui-se que a requerida/denunciante também deve responder por eventuais danos sofridos pela autora.

A cronologia dos fatos denota que os serviços foram prestados de acordo com a autorização da seguradora, após prévia vistoria e aprovação orçamentária, como assim determina a cláusula 1ª ou 2ª – “a” do manual do segurado (fl. 168).

De outro vértice, a seguradora argumenta a impossibilidade de sua condenação, visto que o contrato de seguro não prevê a indenização por lucros cessantes.

Razão não lhe assiste, no entanto, pois os lucros cessantes ora pleiteados pela autora não dizem respeito à apólice firmada entre as partes, mas, sim, em relação à conduta da seguradora que resultou numa delonga injustificada no reparo do caminhão, privando a autora de dar continuidade às suas atividades de transporte.

Rechaçado fica, portanto, o argumento de que o contrato exclui a indenização por lucros cessantes.

Quanto à percepção dos referidos lucros cessantes, resulta óbvio o prejuízo gerado pela inatividade do caminhão, porquanto trata-se de bem imprescindível à atividade comercial empreendida pela autora, cuja demora na reposição acarretou-lhe inegáveis prejuízos.

Da jurisprudência do no nosso e. Tribunal de Justiça, colhe-se o seguinte precedente que, *mutatis mutandis*, aplica-se ao caso vertente:

O tardio pagamento securitário enseja lucros cessantes quando o automóvel segurado, destinado à locação, não está a serviço do arrendatário,

Também respondem por lucros cessantes a seguradora que demora em pagar o valor indenizatório à arrendante, e esta última, pelo tardio repasse do mesmo valor à segurada.

O pleito da autora encontra amparo na legislação civil, que em seu art. 402 prevê:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Sobre a matéria, busca-se a brilhante lição de Ozéias J. Santos:

O princípio dominante da responsabilidade civil é o *restitutio in integrum* repondo integralmente a vítima na situação anterior, implicando em colocar as partes na situação em que estariam se não houvesse sido causado o dano, assim se dirá que a reparação é completa quando o prejudicado receber o que perdeu e também o que deixou de lucrar.

Os danos classificam-se em positivos, *damnum emergens*, a real diminuição do patrimônio do credor e negativos, *lucrum cessans*, a privação de ganho que o prejudicado tinha o direito de esperar.

Nos acidentes automobilísticos, é cabível a verba relativa aos lucros cessantes, integrando o montante da indenização a ser paga por danos materiais.

Nos casos em que o veículo era utilizado como fonte de renda, como os táxis, caminhões de transporte etc., durante o tempo em que ficarem parados em consequência do acidente automobilístico, calcula-se os lucros cessantes pelo tempo de privação do uso.

O *quantum* pleiteado a título de lucros cessantes, todavia, está a merecer melhor adequação, por não representar a realidade do que efetivamente deixou a autora de perceber.

Os valores consignados nos documentos de fls. 25/27 dizem respeito ao faturamento bruto e, portanto, não refletem, necessariamente, o lucro que a requerente teria auferido, pois deixou de levar em consideração as despesas e encargos decorrentes da atividade, tais como gastos com combustível, manutenção do veículo, encargos tributários etc.

Destarte, nada obstante devida a indenização a título de lucros cessantes, remeto a apuração do *quantum* para a liquidação de sentença por arbitramento, que deverá ser obtido com base na média dos últimos dozes meses de faturamento da autora, descontados os encargos já mencionados, durante o período que excedeu a 50 dias, tempo médio necessário para conserto do bem, conforme informações obtidas pelos depoimentos de fls. 281/284.

É da jurisprudência:

(...) - Comprovados os lucros cessantes na fase de conhecimento, em face da inicial, documentos que a acompanharam e testemunhas,

o *quantum* respectivo será apurado em liquidação de sentença, por arbitramento.

Razão também assiste à parte autora, no tocante ao pedido de indenização por danos morais.

A demora no cumprimento da obrigação pela seguradora configura ato ilícito, passível de indenização.

A propósito, em caso análogo, colhe-se o seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO DE VEÍCULO. AÇÃO DE COBRANÇA. DIFERENÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DEMORA INJUSTIFICADA DA SEGURADORA EM AUTORIZAR O CONserto DO VEÍCULO SINISTRADO. (...) A demora excessiva e injustificada da seguradora, para autorizar o conserto do veículo sinistrado configura-se em ato ilícito, cujos prejuízos materiais devem ser indenizados. (...)

De igual sorte, preleciona Rui Stoco:

“Configura ato ilícito a mora de seguradora em efetuar a cobertura de sinistro ocorrido em estabelecimento comercial. Se, em conseqüência, o segurado tem que desativar seu negócio por longo período, deve ser indenizado por perdas e danos, incluindo-se os lucros cessantes.”(TJSP - 1.^aC. - Ap. - Rel. Luís de Macedo - j. 02.12.1986 - RT 618/50).

Assim, demonstrado de forma incontestável o ato ilícito praticado pela seguradora, resulta satisfatoriamente comprovada a situação vexatória e desagradável a que foi submetida a requerente, suficiente a ensejar a indenização por danos morais.

A reparação do dano moral, como é ressabido, é o *pretium doloris*, que, se não repara integralmente o mal feito, ao menos procura minimizar o sofrimento do ofendido, pela compensação pecuniária, a qual, como sanção que é, “*deve ser dosada de forma a refletir a maior ou menor gravidade da culpa por parte do réu no evento, a situação econômica do lesante, a intensidade e a duração da dor sofrida pelos autores, a condição pessoal (idade, sexo etc.) e social do lesado, dentre outros fatores*”.

Assim, embora os danos morais sejam inestimáveis, atento à situação econômica desconhecida da requerente e presumivelmente privilegiada da ré seguradora, analisadas as peculiaridades do presente caso, em que a culpa da denunciada foi grave, e ciente de que a indenização não deve ser demasiadamente elevada, a ponto de tornar-se fonte de enriquecimento, e que nem há de ser tão inexpressiva de modo a não atender aos fins a que se destina, hei por bem de fixar a indenização R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Assim sendo, nega-se provimento ao recurso da Ré Mevepi.

Pelo exposto, conhece-se dos recursos, nega-se provimento ao agravo retido, afastam-se as preliminares, e nega-se provimento aos apelos.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Primeira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer dos recursos, negar provimento ao agravo retido, afastar as preliminares, e negar provimento aos apelos.

O julgamento, realizado no dia 12 de agosto de 2011, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Carlos Prudêncio, com voto, e dele participou a Excelentíssima Senhora Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt.

Florianópolis, 12 de agosto de 2011.

Joel Dias Figueira Júnior
RELATOR

Apelação Cível n. 2011.020805-7, de Gaspar

Relator: Des. Joel Dias Figueira Júnior

APELAÇÃO CÍVEL. PODER FAMILIAR. DESTITUIÇÃO. PAIS ADOTIVOS. AÇÃO AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ADOÇÃO DE CASAL DE IRMÃOS BIOLÓGICOS. IRRENUNCIABILIDADE E IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. RENÚNCIA DO PODER FAMILIAR. ADMISSIBILIDADE, SEM PREJUÍZO DA INCIDÊNCIA DE SANÇÕES CIVIS. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 166 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PERDA DO PODER FAMILIAR EM RELAÇÃO AO CASAL DE IRMÃOS ADOTADOS. DESCONSTITUIÇÃO EM FACE DA PRÁTICA DE MAUS TRATOS FÍSICOS, MORAIS. CASTIGOS IMODERADOS, ABUSO DE AUTORIDADE REITERADA E CONFERIÇÃO DE TRATAMENTO DESIGUAL E DISCRIMINATÓRIO ENTRE OS FILHOS ADOTIVOS E ENTRE ESTES E O FILHO BIOLÓGICO DOS ADOTANTES. EXEGESE DO ART. 227, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C ART. 3º, 5º, 15, 22, 39, §§ 1º, 2º E ART. 47, TODOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE C/C ART. 1.626, 1634, 1.637 E 1.638, INCISOS I, II E IV, TODOS DO CÓDIGO CIVIL. MANUTENÇÃO DOS EFEITOS CIVIS DA ADOÇÃO. AVERBAÇÃO DO JULGADO À MARGEM DO REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO DOS MENORES. PROIBIÇÃO DE QUALQUER ESPÉCIE DE OBSERVAÇÃO. EXEGESE DO ART. 163, § ÚNICO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE C/C ART. 227, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DANO MORAL CAUSADO AOS MENORES. ILÍCITO CIVIL EVIDENCIADO. OBRIGAÇÃO DE COMPENSAR PECUNIARIAMENTE OS INFANTES. APLICAÇÃO DO ART. 186 C/C ART. 944, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. JUROS MORATÓRIOS. MARCO INICIAL. DATA EM QUE A SEQUÊNCIA DE ILICITUDES ATINGE O

SEU ÁPICE, MATIZADA, NO CASO, PELO ABANDONO DO FILHO ADOTADO EM JUÍZO E SUBSCRIÇÃO DE TERMO DE RENÚNCIA DO PODER FAMILIAR. EXEGESE DO ART. 398 DO CÓDIGO CIVIL EM INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA COM O ART. 407 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. PERTINÊNCIA ENTRE O PEDIDO E O PRONUNCIADO. NECESSIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO E RELATIVIZAÇÃO DAS REGRAS PROCESSUAIS CLÁSSICAS EM SEDE DE DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MITIGAÇÃO DA DISPOSIÇÃO CONTIDA NO ART. 460 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VÍTIMAS QUE, NA QUALIDADE DE IRMÃOS BIOLÓGICOS E FILHOS ADOTIVOS DOS RÉUS MERECEM RECEBER, EQUITATIVAMENTE, A COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA PELOS DANOS IMATERIAIS SOFRIDOS. HIPOTECA JUDICIÁRIA. EFEITO SECUNDÁRIO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. APLICAÇÃO DO ART. 466 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

I – A adoção é medida irrevogável e irrenunciável, assim como o é a filiação biológica, sendo impossível juridicamente a prática de qualquer ato dos pais buscando atingir tal desiderato.

Por outro lado, por aplicação analógica do art. 166 do ECA, os pais podem renunciar ao poder familiar, sem prejuízo da possibilidade de decretação pelo Estado-juiz da sua suspensão ou extinção pelos motivos elencados nos artigos 1.635, 1.637 e 1.638, todos do Código Civil, combinados com os dispositivos do Estatuto específico que dispõe também sobre a matéria.

Assim, considera-se inexistente o “termo de declaração de renúncia ao poder familiar” firmado pela genitora dos menores, notadamente no que concerne a prática do malsinado ato, por instrumento de mandato, na qualidade de procuradora represen-

tante de seu marido, cidadão estrangeiro que se encontrava no exterior para a realização de curso de pós-graduação.

Destarte, se a lei veda a adoção por procuração (ECA, art. 39, 2º), *mutatis mutandis*, estaria igualmente proibida a sua desconstituição ou poder familiar por instrumento de mandato.

Assinala-se, por oportuno, a tomada de vulto em todo o território nacional da infeliz prática de situações idênticas ou semelhantes a que se examina neste processo, atos irresponsáveis e de puro desamor de pais adotivos que comparecem aos fóruns ou gabinetes de Promotores de Justiça para, com frieza e desumanidade, “devolver” ao Poder Público seus filhos, conferindo-lhes a vil desqualificação de seres humanos para equipará-los a bens de consumo, como se fossem produtos suscetíveis de devolução ao fornecedor, por vício, defeito ou simples rejeição por arrependimento.

E, o que é mais grave e reprovável, a desprezível prática da “devolução” de crianças começa a assumir contornos de normalidade, juridicidade, legitimidade e moralidade, em prol do pseudo benefício dos infantes.

O Poder Judiciário há de coibir essas práticas ignóbeis e banidas do nosso contexto sócio-jurídico de uma vez por todas. Para tanto, há de, exemplarmente, punir os infratores das lei civis, destituindo-os do poder familiar e condenando-os pecuniariamente pelo ilícito causador de danos imateriais a crianças e adolescentes, vítimas já marcadas pela própria existência desafortunada que se agrava com os atos irresponsáveis de seus adotantes, sem prejuízo da responsabilidade criminal de seus agentes.

Frisa-se, ainda, que a inserção de crianças e adolescentes em famílias substitutivas objetiva atender primordialmente os inte-

resses dos menores (art. 1.625, CC) e não as pretensões dos pais, mesmo que altruísticas, em que pese não raramente egoísticas.

II – Castigar imoderadamente os filhos, humilhá-los e desqualificá-los no seio familiar e publicamente, ameaçá-los com castigos e malefícios diversos, inclusive a “desconstituição” da adoção, o abuso de autoridade, violência psicológica, desamparo emocional e a conferição de tratamento desigual entre os irmãos adotados, e, entre estes e o filho biológico do casal adotante, entre outras práticas vis, são suficientes para ensejar a destituição do poder familiar com fulcro no art. 1.637 c/c art. 1.638, incisos I, II e IV do Código Civil, e art. 18 c/c art. 24 do ECA, na exata medida em que o instituto jurídico da adoção confere aos adotados idêntica condição de filho, com os mesmos direitos e qualificações, segundo regra insculpida na Lei Maior (art. 227, § 7º), art. 1.626 do Código Substantivo Civil e art. 20 do ECA.

Assim, a prática desses atos que dão ensejo à perda do poder familiar sobrepõem-se ao eventual desinteresse posterior dos réus à renúncia formulada. Sem dúvida, os pais têm o condão de, em tempo hábil, desistir da renúncia ao poder familiar eventualmente por eles formulada ou assentida. Todavia, serão destituídos do poder familiar pela prática de outros atos graves, como sucede no caso em exame.

III – Nada obstante as ilicitudes praticadas pelos réus estejam mais identificadas com a pessoa do filho adotado, sobretudo no que concerne a rejeição do infante, o poder exercido pelos adotantes em relação aos dois irmãos adotados é uno e indivisível, não podendo a desconstituição do poder familiar incidir apenas em face de um deles.

Ademais, assim como se faz mister evitar o rompimento do vínculo fraternal para fins de adoção (ECA, art. 28, § 4º), a

mesma regra há de ser observada, em contrário senso, para o caso de destituição do poder familiar envolvendo irmãos biológicos adotados pelo mesmo casal.

IV – A sentença que decreta a perda do poder familiar será averbada à margem do registro de nascimento das crianças (ECA art. 163, p. único). Contudo, por aplicação analógica da regra contida no art. 47, § 4º do ECA, nenhuma observação poderá constar nas certidões do registro.

V – A perda do poder familiar não extingue os demais vínculos civis decorrentes da adoção, inclusive os sucessórios, mantendo-se os infantes na condição de filhos dos adotantes (CF, art. 227, § 7º c/c CC, art. 1.626 c/c e ECA, art. 41).

VI – A prática de atos que dão ensejo a desconstituição do poder familiar é causadora, por ação ou omissão, de danos imateriais aos infantes (na hipótese, casal de irmãos) que experimentam sofrimentos físicos e morais, decepções e frustrações por não encontrarem um lar substitutivo capaz de proporcionar-lhes amor, harmonia, paz e felicidade.

In casu, agrava-se o dano das infelizes crianças a circunstâncias de procederem de família cujos genitores biológicos já haviam sido destituídos, igualmente, do poder familiar, sendo que residiam em abrigo especializado enquanto aguardavam, esperançosamente, pela adoção que ora se frustra.

Por essas razões, acertada a formulação de pedido condenatório do Ministério Público e o seu acolhimento pela magistrada sentenciante, por danos morais, em face dos atos praticados pelos réus contra seus filhos menores, servido a providência como medida punitiva e profilática inibidora, além de compensar pecuniariamente as vítimas do ilícito civil, tendo a quantia estabelecida

observado bem a extensão do dano e a qualidade das partes, em sintonia com princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

VII – O dano moral, na qualidade de ilícito civil de natureza imaterial, há de ser compensado pecuniariamente, nos termos do disposto no art. 186 do Código Civil, tendo-se como balizamento para a quantificação a extensão do dano sofrido pelas vítimas.

Por sua vez, os juros haverão de incidir desde a data em que o ilícito foi praticado, segundo regra definida no art. 398 do Código Civil que, praticamente, repete na íntegra as disposições contidas no art. 962 do revogado Código de 1916. Esses dispositivos, por outro lado, haverão de ser interpretados sistematicamente com o art. 407 do Código Civil (correspondente art. 1.064 do CC/16), que define a incidência de juros legais mesmo que a parte não alegue prejuízo, uma vez que lhe seja quantificado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento ou acordo entre as partes, em se tratando de prestação de valor, dispositivos estes, que se complementam.

Destarte, como o dano moral tem natureza imaterial, a dívida dele decorrente não é de dinheiro, mas de valor, e, por conseguinte, para verificar-se a incidência e contagem dos juros legais, mister se faz que a compensação pecuniária venha a ser primeiramente quantificada, o que ocorreu, no caso vertente, em sentença condenatória.

Por presunção legal, tratando-se de ilícito civil, o devedor encontra-se em mora desde a prática do ato acoimado, nada obstante ainda se apresente ilíquida a obrigação, pois a sua quantificação somente tornar-se-á certa quando da fixação por decisão judicial transitada em julgado. Assim, nas “obrigações provenientes de *ato ilícito*, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou” (art. 398, CC).

Trata-se de mora *ex re*, imposta pela própria lei, equivalente ao inadimplemento absoluto, sendo irrelevante, portanto, a perquirição acerca da liquidez da obrigação, tendo em vista que haverá de incidir os juros retroativamente em qualquer das hipóteses. Assim, desde a prática do ilícito causador de dano moral ou imaterial (art. 186, CC), os riscos da prestação e a mora, correm por conta do autor da ilicitude (devedor).

Em outros termos, por ficção jurídica, a lei presume o autor do ilícito em mora desde a data do cometimento do ato, razão pela qual é conhecida na doutrina como “mora automática, presumida ou irregular”.

VIII – Considerando-se que os irmãos, filhos adotivos dos réus, foram vítimas de atos distintos praticados contra eles, porém, todos de extrema gravidade capaz de acarretar em perda do poder familiar de ambos, não se pode compensar pecuniariamente pelos danos morais sofridos apenas um deles (o menino) conforme pretensão do Ministério Público acolhida na sentença condenatória objurgada, mas também a irmã, pois ambos sofreram danos imateriais evidenciados por provas cabais produzidas durante toda a instrução.

De outra parte, compensar pecuniariamente uma das vítimas e deixar a outra ao desamparo jurisdicional equivaleria a fomentar desigualdade entre os irmãos, além de deixar de minimizar o sofrimento da pequena vítima, ambos sujeitos passivos das ilicitudes perpetradas pelos algozes genitores.

Assim, em que pese o requerimento de condenação por danos morais formulado na inicial e acolhido na sentença ter sido direcionado apenas em favor de uma das vítimas, nada obsta a relativização e flexibilização do princípio da congruência (relação entre o pedido e o pronunciado), de maneira a fazer-se alcançar

o mesmo benefício à outra vítima, pois a regra contida no art. 460 do CPC, apropriada para o processo civil clássico, há de ser mitigada quando projetada para atender o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em arremate, o ajuste da sentença recorrida, neste ponto, não importa em *reformatio in pejus*, pois o acórdão mantém o mesmo *quantum* objeto da condenação, repartindo apenas a importância, equitativamente, entre os menores, vítimas do ilícito.

IX – Tratando-se a hipoteca judiciária de efeito secundário das sentenças condenatórias de pagamento de soma em dinheiro, ordena-se a constituição desta decisão como título garantidor do cumprimento do julgado, no Registro Imobiliário, nos termos do art. 466 do CPC *c/c* art. 167, inc. I, item 2, da Lei 6.015/73.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.020805-7, da comarca de Gaspar (1ª Vara), em que é apelante D. E. O. S. C. e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento e, de ofício, modificar parcialmente os fundamentos do julgado, corrigir a incidência dos juros de mora, bem como repartir em 50% os danos morais entre os menores e determinar ao registro civil a vedação de expedir acerca dos fatos atinentes a perda do poder familiar. Custas legais.

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina ajuizou *ação de destituição de poder familiar* contra D. E. O. S. C. (mãe adotiva) e S. D. C. (pai adotivo), pelos fatos e fundamentos jurídicos descritos na exordial

de fls. 01-13, integrando este acórdão o relatório de fls. 518-522, contido na sentença recorrida, que ora se transcreve. *In verbis*:

(...) Informou que, no ano de 2004, os réus adotaram nesta Comarca de Gaspar os irmãos M. e T., na época, com 03 e 06 anos de idade, respectivamente.

Argumentou que passados cinco anos após concluída a adoção, os réus procuraram a Assistente Social forense da Comarca de Blumenau, em 12/03/2010, afirmando que a criança M. não queria mais conviver com eles, insatisfação que se evidencia de forma recíproca, posto que manifestaram firmemente os réus a intenção de renunciar ao poder familiar que possuem sobre o menino.

No dia seguinte, como não obtiveram êxito na Comarca de Blumenau, os réus compareceram neste Fórum de Gaspar, onde conversaram com a Assistente Social e solicitaram que M. fosse ouvido para que manifestasse sua intenção de não mais permanecer com a família.

Na ocasião, os réus foram atendidos também pela psicóloga do Ministério Público, Sra. Viviane Giambelli, a qual constatou que o menino não tinha intenção de continuar convivendo com os réus, pois não sentia afeto por eles, e que os réus não queriam permanecer com o encargo de tê-lo como filho.

Ante as referidas constatações, a especialista concluiu que os réus não têm condições de arcar com o poder familiar sobre o filho M., por manifestarem conscientemente e expressamente sua falta de interesse em assegurar-lhe as medidas de proteção legalmente conferidas às crianças.

Asseverou que a situação relatada em documentos que acosta aos autos demonstra que os requeridos mantinham atitudes discriminatórias em relação ao filho M., deixando de lhe assegurar os direitos previstos no Estatuto da Criança e Adolescente, diferentemente da forma que agiam com a menina T.

Arguiu que a conduta perpetrada pelos réus reflete diretamente na formação psíquica de M., que se encontra sozinho, sem qualquer pessoa ao seu lado para garantir sua proteção integral. Entende, também, que não é correto que os réus procedam à adoção de irmãos e, após cinco anos, “devolvam” uma das crianças, pretendendo per-

manecer apenas com a outra, burlando os preceitos expressamente previstos em Lei.

De igual forma, defende ser prejudicial à T. permanecer no seio desta família, mormente quando os réus refugam o outro filho, seu irmão. A atitude dos requeridos possivelmente será também utilizada como maneira de “chantagear” T., ameaçando-a de devolvê-la em instituição acolhedora caso não se comporte da forma que os réus entendem adequada.

Consignou que os dados coletados com a exordial demonstram que os réus estão despreparados para assumir a maternidade/paternidade adotiva e não possuem um ambiente familiar favorável ao crescimento saudável dos seus filhos.

Justificou a necessidade da destituição do poder familiar dos réus com relação aos irmãos M. e T., frente à violação dos deveres inerentes ao encargo de pai e mãe, tornando-se figuras totalmente ausentes na vida de M.

Requeriu a concessão de liminar para suspensão do poder familiar, a citação dos réus, a realização de estudo social e a produção de provas. Juntou documentos.

Recebida a inicial, foi oficiado ao Juízo da Comarca de Blumenau e a escola onde estudavam as crianças para juntada de relatórios do acompanhamento realizado com a família.

Durante o tramitar do processo, especificamente em 09 de setembro desse ano, a requerida compareceu nesta Comarca, acompanhada pela criança M. e, em audiência, na presença do Ministério Público, renunciou ao poder familiar com relação a este, representando no ato também o pai, mediante procuração outorgada para este fim.

Diante da atitude e argumentos esposados em audiência pela requerida, o Ministério Público requereu a busca e apreensão da criança T., o que foi deferido de pronto, sendo a menina, juntamente com o irmão, encaminhada para instituição de acolhimento.

Em virtude dos novos fatos, o representante do Ministério Público aditou a inicial, informando que teve conhecimento que na data de 07/09/2010, por volta das 22:00 horas, M. fugiu de casa, mas demorou a retornar. Todavia, a requerida não permitiu que o menino

entrasse na residência familiar sem que lhe pedisse desculpas, o que só ocorreu após a intervenção da polícia militar.

Alertou que a psicóloga conveniada a instituição lhe noticiou que duas pessoas lhe relataram que a ré obrigava a criança M. a lavar os lençóis que suja, pois urina na cama, o que demonstra os transtornos psicológicos que o menino sofre.

Destacou que o casal possui um filho biológico que está regularmente matriculado e estudando em colégio particular, enquanto que as crianças T. e M. estudam em escola pública, o que atesta o tratamento desigual impingido aos filhos.

Afirmou que o pai, ora réu, adota um comportamento omissivo frente a todas as situações apresentadas, nada fazendo para cessar as constantes violações aos direitos de seus filhos, deixando a ré tomar conta da situação, tanto que lhe outorgou procuração com plenos poderes. Firmou convicção no sentido de restar caracterizado o abandono ensejador da destituição do poder familiar.

Requeru, outrossim, a condenação dos réus ao pagamento de indenização por dano moral em favor dos infantes, uma vez que, após concluída a adoção e passados cinco anos, devolveram em Juízo a criança M., caracterizando ofensa moral e expondo a criança a pressão psicológica.

Pugnou, ainda, pela produção de prova psiquiátrica e psicológica e solicitou a instauração de inquérito policial, devendo ser oficiado ao Juízo da Infância e Juventude Blumenau sobre possíveis procedimentos judiciais adotados naquela Comarca.

Juntou documentos.

Despachado o feito, foram mantidas as crianças na instituição acolhedora em que se encontram, sendo também deferidos os requerimentos ministeriais e determinada a citação dos requeridos.

A requerida, então, interpôs agravo de instrumento contra a decisão que determinou a busca e apreensão da criança T., recurso não recebido pelo Egrégio Tribunal de Justiça.

Interpôs também agravo de instrumento contra a decisão que manteve as crianças em instituição de acolhimento, recurso que foi negado provimento.

Citados, os réus deixaram transcorrer *in albis* o prazo de defesa.

O Ministério Público, por sua vez, requereu a realização de estudo social e designação de audiência.

Este Juízo, em análise aos requerimentos, determinou a realização de perícia psiquiátrica e estudo psicossocial, com a apresentação de quesitos próprios, sendo também designada audiência de instrução e julgamento.

Foi juntada nova procuração pelos requeridos constituindo novo procurador, fls. 218.

Intimado da decisão, o Ministério Público requereu que a perícia fosse realizada por médico psiquiatra, enquanto que o laudo psicossocial deveria ser elaborado pela equipe técnica interdisciplinar das instituições de acolhimento, conforme preconiza o Estatuto, o que foi deferido.

Apesar de intimados, os requeridos quesitos para perícia psiquiátrica, apesar de protocolizarem o rol de testemunhas de defesa.

Juntado aos autos o laudo pericial e o estudo psicossocial, as partes foram intimadas.

Os réus, então, requereram a complementação da perícia psiquiátrica, indicando quesitos complementares, e, em petição apartada, requereram a análise de pedido liminar objetivando o desacolhimento das crianças.

Durante a audiência foram ouvidos os réus, duas testemunhas do Ministério Público e três informantes arrolados pelos requeridos.

Foi indeferido o pedido de complementação da perícia psiquiátrica feito pelos réus. Os réus efetuaram dois pedidos, conforme consta no termo de audiência a serem objeto de análise da sentença. Encerrada a instrução, as partes apresentaram alegações finais.

Em audiência preliminar, a mãe adotiva firmou *termo de renúncia ao poder familiar* (fl. 29), em seu próprio nome e em nome do pai adotivo, através de procuração (fls. 30-31).

Regularmente citados, os Réus deixaram transcorrer *in albis* o prazo de defesa, tendo sua revelia sido decretada em despacho de fls. 213-215,

sem aplicação, contudo, de seus efeitos. Nada obstante, os Réus participaram da lide e peticionaram às fls. 265-270, 368-399, 462-471, 482-484, além de comparecerem à audiência de instrução e julgamento, inclusive prestando depoimento.

Os Réus chegaram a promover recurso de agravo de instrumento (processo n. 2010.057379-3, fls. 161-177), cujo seguimento foi negado através de decisão monocrática da lavra do eminente Des. Luiz Fernando Boller (fls. 259-263), depois confirmada quando do julgamento do agravo do § 1º do art. 557 do Código de Processo Civil, em 18 de novembro de 2010.

Sentenciando, a Magistrada de primeiro grau, Juíza A. Paula Amaro da Silveira, julgou procedentes os pedidos, decretando a perda do poder familiar antes concedido aos pais adotivos D. E. O. S. C. (mãe) e S. D. C. (pai), em relação aos irmãos biológicos M. S. C. (irmão) e T. V. S. C. (irmã), bem como condenando-os ao pagamento de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) em favor do menor M. S. C. (irmão), a título de compensação moral, acrescido de juros de mora e correção monetária, a partir da sentença.

Os Réus interuseram recurso de apelação (fls. 571-603), alegando o interesse em manter os menores como seus filhos e o respectivo poder familiar, dizendo não terem sido esgotadas as possibilidades de tentativas de re-inserção familiar dos infantes. Concluíram por pedir a reforma total da sentença. Sucessivamente, caso mantido a sentença, requereram a redução do *quantum* arbitrado a título de dano moral.

Contrarrazões às fls. 637-654.

Ao despachar às fls. 657-661, a Magistrada sentenciante reforçou seus fundamentos, mantendo o *decisum* inalterado (ECA, art. 198, VII).

Aos autos foram juntados o relatório atualizado em 22 de março de 2011, elaborado pelas equipes técnicas do Centro Gasparensense de Proteção

ao Adolescente Masculino e do Abrigo Casa Lar Sementes do Amanhã, dando conta do atual estado psicológico dos menores (fls. 665-669).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer às fls. 675-679, opinando pelo conhecimento e desprovemento do recurso.

Em sessão de julgamento, o mui digno Representante do Ministério Público, Dr. André Carvalho, após os fundamentos lançados pelo Relator, pediu a palavra para complementar o parecer já lançado e manifestar-se pela alteração parcial da sentença, a fim de que a importância estabelecida a título de danos morais, fosse igualmente partilhada entre os infantes (50% para cada um).

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de ação de destituição do poder familiar ajuizada pelo Ministério Público contra os réus D. E. O. S. C. e seu marido S. D. C., ora recorrentes, na qualidade de pais (adotivos) de duas crianças, irmãos biológicos (T., atualmente com 10 anos, nascida em 11-5-2001 e M., com 12 anos, nascido em 22-9-2008), após o decurso de seis anos do trânsito em julgado da sentença de acolhimento do pedido de adoção, quando então os infantes contavam apenas com 03 (três) e 07 (sete) anos, respectivamente, em síntese, sob o fundamento de prática reiterada de maus tratos físicos e morais, castigos imoderados, abuso de autoridade e tratamento discriminatório entre os irmãos.

A sentença da ilustre Magistrada de primeiro grau (fls. 518 – 568), Juíza A. Paula Amaro da Silveira, é extensa, profunda e bastante pormenorizada na análise do farto elenco probatório constante dos autos, não deixando escapar, inclusive, detalhes da experiência vivida pelas crianças

na convivência com os Réus antes da “devolução” do menor M. (irmão) e do recolhimento da menor T. (irmã), por ordem judicial, ao Centro de Proteção ao Adolescente Masculino e Unidade de Acolhimento Institucional Semente do Amanhã.

A sentença objugada merece ser confirmada e adotada como razão de decidir, ressalvados alguns pontos que são merecedores de reparo, de ofício, no que concerne ao dano moral e incidência de juros.

Extrai-se da sentença recorrida os seguintes excertos (fls. 522/568):

“Versa este processo sobre requerimento formulado pelo douto Promotor de Justiça para destituição do poder familiar dos réus em relação aos seus filhos M. e T., adotados em 2004, em razão da prática reiterada de violência psicológica contra as crianças.

Destaco, por oportuno, que citados e intimados acerca da decisão que determinou o acolhimento das crianças, os réus não apresentaram contestação tempestiva. Todavia, não obstante a revelia, foilhes deferida a produção de prova pericial e testemunhal, ante o comparecimento espontâneo por intermédio de novo procurador.

Entendo importante ressaltar que, apesar de não aplicado os efeitos da revelia aos réus, a matéria a ser analisada diz respeito a fatos noticiados pelo Ministério Público e não contraditados.

Assim, pelos princípios basilares do processo civil, a matéria a ser examinada se limita ao que foi alegado na inicial, diante da inexistência de contestação oportuna tempore, autorizado o contraditório e ampla defesa.

Quanto a decisão liminar que determinou o acolhimento e manutenção das crianças em instituição, ressalto que repousa sob o manto da coisa julgada, descabendo pelo princípio da preclusão temporal qualquer reanálise do tema, mormente ante a inexistência de fato novo.

No mérito, conforme bem relatado pelo douto Promotor de Justiça, não se trata de ação para revogação de adoção, mas de destituição do poder familiar por infração ao disposto nos artigos 3º, 5º, 15 e 22 do Estatuto da Criança e Adolescente, que discorrem acerca das obrigações inerentes ao poder familiar, obrigando os responsáveis

pelas crianças a garantir-lhes um desenvolvimento físico e mental digno, respeitável e livre de qualquer violência física ou psicológica.

Extraio dos documentos juntados aos autos e dos depoimentos testemunhais, que os réus praticavam reiteradamente atos de violência psicológica contra seus filhos, adotados, atos estes que importam em rejeição, discriminação, sentimento de baixa-estima e que causaram, ou agravaram, problemas psiquiátricos e/ou psicológicos nas crianças.

A fim de elucidar as características da violência psicológica, cito conceito extraído da doutrina pátria:

Em relação à violência, entendida em linhas gerais, como toda forma de constrangimento físico ou moral, as crianças e adolescentes constituem o elo mais fraco do encadeamento das relações sociais. (pg 51 Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 9ª edição. Coordenador Munir Cury. Malheiros Editores).

Por diversas vezes, a violência psicológica é discutida como maus tratos emocionais:

“Os maus-tratos emocionais pertencem mais à categoria de omissão e correspondem a situações crônicas no relacionamento entre adultos, crianças e adolescentes. Ignorar, rejeitar, aterrorizar, isolar, negar bem estar de que os outros familiares usufruem são as atitudes mais frequentes. São considerados como falhas orgânicas que impedem o progresso no desenvolvimento da criança e do adolescente.” (pg. 75 da mesma obra).

Destaco, ainda, por oportuno, a definição de abuso emocional segundo o Ministério da Saúde (fls. 446), mencionada no laudo psicossocial juntado aos autos:

“Toda a atitude constante do adulto em relação à criança ou adolescente de forma a depreciá-lo, bloqueá-lo em seus esforços de auto aceitação, interferindo de maneira negativa causando-lhe sofrimento mental.” Inclui: “insultos constantes, humilhação, desvalorização, chantagem, isolamento de amigos e familiares, ridicularização, rechaço, manipulação afetiva, exploração, negligência, ameaças, privação de liberdade, confinamento doméstico, críticas pelo desempenho sexual, omissão de carinho, negar atenção e supervisão.”

Ainda:

“VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA: “É o conjunto de atitudes, palavras ou ações para envergonhar, censurar e pressionar a criança de forma permanente, como: ameaças, humilhações, gritos, rejeição, isolamento.” (Claves – centro Latino-Americano de Estudos de Violência e Saúde).

Em livro publicado no mês de setembro do corrente ano, intitulado Retratos dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil: Pesquisa de Narrativas sobre a Aplicação do ECA, constatou-se que a violência psicológica cometida por familiares lidera o ranking de violação aos direitos de crianças e adolescente, correspondendo a 36% dos casos pesquisados.

Considerando que é por deveras dificultoso, mormente porque a violência psicológica não deixa marcas físicas e normalmente é efetivada no seio da família, dentre os limites do lar, a prova pericial é imprescindível em busca da verdade, porquanto elaborada por técnicos em psicologia e/ou psiquiatria com capacidade de extrair do contexto familiar a situação em que as crianças se encontram. Nessa esteira, estabelece o Estatuto da Criança e Adolescente a necessidade da realização de estudo psicossocial pelas equipes interprofissionais da rede de atendimento à criança e juventude como meio de embasar decisões nos procedimentos de destituição.

Consigno, por oportuno, que a Casa Lar, instituição acolhedora de crianças nesta Comarca de Gaspar, onde atualmente se encontra a criança T., e se encontravam os dois irmãos antes da adoção, foi escolhida pela Associação de Magistrados Brasileiros, no projeto Mude um Destino (vide site AMB), como uma das sete melhores instituições de acolhimento do país, em respeito aos preceitos do ECA, o que transmite respeito e segurança aos trabalhos realizados pela equipe técnica da instituição, referência junto a Central Judiciária de Adoção - CEJA do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Dessa forma, a insinuação de que a instituição de acolhimento “empurrou” a adoção M. junto a sua irmã T. me parece ter sido formulada pelos requeridos de forma a justificar as atitudes perpetradas pelos requeridos em desfavor de M., bem como o ato de devolução do menino.

Em pesquisa junto ao cadastro único informatizado de adoção – CUIDA, gerenciado pela CEJA, verifico que existem cadastrados

para adoção neste Estado de Santa Catarina 3.522 casais nacionais, além de 500 casais estrangeiros. Dentre este número, extraio que cerca de 85 casais aceitam o perfil que as crianças apresentavam na época. Mesmo incluindo no perfil, tratar-se de criança com problema mental, ainda assim, há inscritos quatro casais nacionais, além dos casais internacionais.

Por estes dados, resta claro que a instituição acolhedora não precisava “empurrar” M. para os requeridos, ante a existência de outras possibilidades para a criança. Os requeridos é que teriam que aguardar para receber uma criança dentro do perfil que esperavam, porquanto no mesmo cadastro encontram-se 166 casais esperando por uma menina, entre quatro e seis anos, sem irmãos.

O laudo psicossocial às fls. 446 ao tratar sobre os atos que caracterizam abuso emocional esclarece que “quase todas essas características estavam presentes na relação de D. com M. e indiretamente na relação com T.”

É fato incontroverso que M. nunca foi desejado. Isso porque os réus afirmam várias vezes, em diferentes ocasiões e para diferentes pessoas, que pretendiam adotar T. e, diante da exigência de manter os irmãos juntos, adotaram também M.

Como bem mencionado pelo Ministério Público em alegações finais e no relatório psicossocial: “a requerida deixou claro seu desprezo por M. e que sua intenção foi sempre adotar somente T., quando afirmou que “eu me apaixonei pela T.. Deus fez ela para mim. Ela quer ser minha e eu dela” Complementando. Tudo isso foi pela T.. Estava apaixonada por ela e não pelo M.”

Verifico que ao longo destes seis anos de convivência não se formou um vínculo de filiação entre os requeridos e M., como também não há esta vinculação entre M. e os outros membros da família. As relações foram se desgastando cada vez mais e culminaram, após muitas idas ao fórum, busca de psicólogos e psiquiatras, na devolução de M. junto ao fórum.

A devolução foi apenas a constatação de que não havia ambiente de amor entre os réus e a criança, não é o referido ato isolado que demonstra a violência psicológica impingida contra M. e sua irmã, é só mais uma delas.

Na ausência de contestação, passo a analisar alguns argumentos apresentados pelos réus para justificar sua conduta e fundamentar o agravo de instrumento interposto no Tribunal de Justiça tão logo ocorreu a determinação de busca e apreensão de T.. Tais argumentos retratam, mais uma vez, a forma discriminatória e o desafeto para com M.

Os réus afirmam que adotaram M. porque já estavam apaixonados por T. e foram enganados pela instituição que não havia lhes dito que ela tinha um irmão, que o juiz só permitiria a adoção conjunta e omitiram que o menino já era doente e, agora, é perigoso. Pedem pelo imediato retorno de T. e que se mantenha M. na instituição, enquanto se apura se seus atos podem acarretar risco de vida para os demais membros da família.

Acerca do argumento de que “foram enganados”, cabe uma análise dos documentos da época:

Consta dos autos de habilitação e de adoção, ambos em apenso, que os requeridos estavam regularmente habilitados e frequentavam o grupo de apoio à adoção da Comarca de Blumenau, cientes de temas como adoção tardia e vínculos entre irmãos.

O processo de adoção foi interposto diretamente pelos réus, sem intervenção de advogado, conforme faculta a lei. Naquele ato, pediram os requeridos pela adoção das duas crianças, sem distinção.

Fixado estágio de convivência, acompanhados pela assistente social e psicóloga, não foi constatado qualquer problema de vinculação dos adotantes com M., inexistindo registros de que a família se sentia forçada a receber o menino.

Destaco que o estágio de convivência foi reduzido a pedido dos réus que queriam viajar para o exterior com as crianças, sendo o processo de adoção das duas crianças concluído, inclusive com a desistência dos requerentes do prazo recursal, a fim de que fossem expedidos os documentos necessários.

É sabido que no estágio de convivência é que o casal deve observar se tem ou não condições e vontade de concretizar a adoção, podendo e devendo manifestar eventual inadaptação ou rejeição, pois cientes das consequências da perfectibilização da adoção.

No caso em análise, verifico que os réus são pessoas maduras, civilmente capazes e de nível intelectual elevado. Assim, alegar desconhecimento, falta de acompanhamento ou coação, equivale a fugir da responsabilidade de seus atos e suas escolhas.

Extrai-se do livro “Adoção é Doação” que:

“As pessoas interessadas em requerer a adoção devem auto-analisar-se para que conheçam seguramente a real motivação que as leva a esse compromisso. Devem se conscientizar nitidamente da responsabilidade e complexidade do ato. É extremamente doloroso o arrependimento dos pais, e mais doloroso ainda para a criança saber-se novamente indesejada, podendo mesmo ser devolvida para a instituição.”

Os requeridos manifestaram-se no processo de adoção, mantendo o desejo pela adoção das duas crianças e, após juntado o estudo psicossocial, tendo opinado o promotor pelo deferimento do pleito, este Juízo proferiu sentença, inexistindo qualquer manifestação dos requeridos frente as alegadas dificuldades de M., que até aquele momento era apresentado como uma criança dócil, sociável e afetiva.

Se havia alguma dúvida ou dificuldade caberia aos requeridos terem expressado estas deficiências, pleiteado a prorrogação do prazo do estágio de convivência, ainda que esta situação importasse em adiamento da viagem pretendida, posto que o que estava em questão era de muito maior relevância e só poderia ser evidenciado pelos próprios réus, os quais pleiteavam a adoção de irmãos.

Ocorre que, concluído o processo de adoção, extraí-se do documento de fl. 27 destes autos, que os requeridos compareceram por diversas vezes ao Fórum de Blumenau, relatando dificuldades no comportamento de M.

Por intermédio de relatório, a Assistente Social de Blumenau menciona que a requerida afirmou que sua intenção era adotar apenas T., mas como ela tinha um irmão, adotou M. também. Assevera que a ré lhe relatou que os desentendimentos com M. ocorreram desde o primeiro dia, quando o requerido surrou M., após a criança ter lhe agredido com um chute no rosto. Afirma, também, que a requerida procurou o serviço de assistência social, algumas vezes, para relatar suas dificuldades com M., sendo orientada a buscar acompanhamento psicológico. No último atendimento, em março deste ano,

os réus lhe informaram que M. não queria mais morar com eles, ocasião em que foram encaminhados para a Comarca de Gaspar.

No relato da Assistente Social desta comarca (fl. 15), os requeridos expressaram que renunciariam ao poder familiar, desde que a criança confirmasse que não mais queria permanecer com eles. Ou seja, quando da adoção não havia real interesse pela criança e durante estes seis anos de convivência não houve a formação do vínculo de filiação.

A avaliação psicológica feita pela profissional do Ministério Público assevera que o casal e a criança apresentavam dificuldade de se relacionar. M. percebia-se como alguém indesejado, posto que afirma que seus pais não gostam dele. Visível era o sofrimento psíquico da criança, concluindo a psicóloga que a família (pais e criança) fosse encaminhada para atendimento diante também da dificuldade dos pais de agir diante das circunstâncias apresentadas.

A situação agravou-se e a intenção de devolução, insinuada nos outros atendimentos ao longo dos últimos seis anos, concretizou-se.

No mês de setembro, a requerida compareceu em juízo e, perante esta magistrada e o promotor de justiça, renunciou ao poder familiar em seu nome e de seu cônjuge, com relação ao filho M.. Argumentou acerca da impossibilidade de mantê-lo consigo, face ao seu comportamento agressivo e aos freqüentes desentendimentos. Afirmou que seu marido tinha conhecimento do seu ato e estava de acordo e disposto a comparecer perante este juízo a fim de renunciar ao poder familiar, não o fazendo naquele momento por estar na Inglaterra.

Neste sentido imperioso é reconhecer que o termo de renúncia firmado pela ré, é ato jurídico válido, feito dentro da norma legal e expressa a manifestação de vontade dos réus, posto que no termo a requerida, de posse de procuração representando o requerido, informou que ele estava ciente e de acordo com a decisão.

O termo de renúncia formulado na presença de juiz e promotor, conforme determinação legal, tem justamente o condão de legalizar a manifestação de vontade da parte, com muito mais formalismo até do que nas manifestações feitas pelos requeridos no processo de adoção, no qual requereram a adoção das crianças sem precisar de procurador.

A requerida, nesta audiência, confirmou que ao assinar o termo de renúncia “entendeu perfeitamente todo o termo; que naquela data comentou que a declarante achava que M. tinha um problema psiquiátrico grave e temia pela segurança de sua família por causa do uso de facas; que tinha ciência que M. seria encaminhados para uma família substituta não voltando a residir com a requerida; que foi alertada que esta situação poderia acarretar o retorno de T.”

Quanto ao requerido S., colhe-se do seu depoimento em audiência:

“Que sabia que sua esposa iria entregar M. para fazer uma avaliação temporária e estava de acordo; que sabia que sua esposa renunciou ao poder familiar e o declarante foi até a embaixada para fazer a mesma coisa, mas não foi possível.” Qual o pai que amando seu filho, concorda que ele seja encaminhado para uma instituição de acolhimento, ainda que temporariamente? A avaliação psiquiátrica não exigia que M. fosse recolhido a uma instituição. Caso se constatasse que era portador de uma patologia perigosa, então poderia ficar recolhido para sempre na instituição?

Não cabe aqui a alegação de não entendimento das conseqüências da decisão tomada pelos réus porque a própria requerida reconhece que tinha noção de todo o texto que assinou.

Desta feita é incontroversa a renúncia ao poder familiar efetivada pelos réus, fazendo com que a criança M. não mais esteja sujeito à convivência com a família adotiva.

De fato a adoção é irrevogável, assim como os vínculos de filiação biológica, mas a renúncia ao poder familiar não é. Ela encontra previsão legal no art. 166 do ECA que estabelece a possibilidade dos pais, na presença da autoridade judiciária e do Ministério Público, não exigindo advogado para o ato, renunciar expressamente ao poder familiar, reconhecendo sua impossibilidade de assumir a criança.

Ademais, os pais adotivos estão sujeitos às obrigações do poder familiar tanto quanto os pais biológicos, sobre eles incidindo também a previsão de destituição.

Ainda que a previsão legal de retorno da criança seja apenas durante o estágio de convivência, é fato que devoluções ocorrem, posto que nos casos em que não houve vínculo afetivo entre a criança e o casal e que a convivência traz consigo o estigma da rejeição, que pode

acarretar mais prejuízos à criança e sua convivência familiar, elas são processadas, como nos casos de pais biológicos que reconhecem em juízo a impossibilidade do exercício do poder familiar.

A situação de M. não é assim o único caso de adoção frustrada.

Contudo, considerando que a colocação em família substituta é direito assegurado à criança, forçoso é verificar quais os danos emocionais e psicológicos advindos desta relação, que não podem persistir sob pena de impingir às crianças um sofrimento maior, por ter de conviver em um ambiente que não lhe é favorável.

No dizer de Hália Pauliv de Souza, adoção é “a restituição de uma família para uma criança. Família que terá condições de dar-lhe segurança, apoio, educação e proteção. É dar-lhe afeto e carinho. É o ato de acolher uma criança no seio familiar.” Os réus alegam que M. tem problemas psiquiátricos, que é agressivo com eles e com os irmãos, em contrapartida, há relatos de que a criança não foi de fato acolhida pelo casal, havendo registros de inadequação dos requeridos quanto ao atendimento das necessidades do infante e da percepção da criança como filho, membro da família, bem como da construção do vínculo afetivo capaz de assumir e aceitar M. dentro de sua individualidade.

Da mesma forma se questiona a situação de T. dentro deste contexto, submetida à separação de seu irmão, convivendo com o estigma de, ao não ser considerada “adequada”, vir a sofrer a mesma rejeição.

Destaco que os argumentos dos réus esposados inicialmente pelos réus são sempre defensivos: que foram enganados pela equipe da instituição de acolhimento que lhes empurrou M., que lhes mentiu sobre seus problemas de saúde do menino. Informam que se esforçaram para inseri-lo no seio da família, que possuem dois filhos “normais” e que M. tem desvios de comportamento; que M. põe em risco de vida de todos os familiares; que M. não quer ficar com eles, malgrado seus esforços; que suas atitudes são fruto unicamente de problemas genéticos e de seu abandono pela família biológica.

Esta versão, contudo, é alterada após ter sido desprovido o recurso de agravo e juntado aos autos o laudo psiquiátrico, cujas conclusões não lhes são favoráveis.

Passaram a afirmar que sempre desejaram M., que seus problemas, antes tidos como de risco para a segurança familiar, são apenas crises de adolescente, malgrado ocorridas entre dos 06 aos 11 anos de idade, ou seja, na infância.

Em leitura ao estudo realizado pela Maria Isabel de Matos Rocha, Juíza da 1ª Vara da Infância e Juventude de Campo Grande/MS e mestre em Direito Civil pela universidade de Coimbra/Portugal, sobre o tema “Crianças Devolvidas”, observo que o comportamento dos requeridos é semelhante as histórias de “devoluções de crianças” relatadas pela estudiosa.

O texto retrata que a devolução é um fato existente na realidade dos Juizados da Infância e Juventude do Brasil e que há a necessidade do juiz receber a criança, salientando:

“O juízo da infância e juventude recebe sim esta criança e procura lhe dar a proteção que a família está lhe negando (ainda que a proteção seja sob o duvidoso teto dum abrigo). Porque a alternativa, para a criança, se o juízo da infância não a acolher, pode ser suportar maus tratos, abusos, humilhações, indiferença, descaso, no seio dessa família.

Quanto ao comportamento da família nestes casos, a estudiosa assevera que:

“Quase sempre a família traz o garoto ao Juiz da infância lá pelos seus sete, oito ou mais anos. A família traz um discurso defensivo (para se justificar) salientando que cuidaram, alimentaram, fizeram tudo pela criança, mas esta não corresponde à sua dedicação, por ser perversa, por puxar aos pais, por ser rebelde, enfim, por algum bom motivo, as mais das vezes calcado em profundo preconceito contra estas crianças.”

Após mencionar uma série de casos típicos de quem convive com a triste realidade das crianças encaminhadas às varas da infância e juventude deste país, ressalta, muitas das causas dessas devoluções:

“O fio condutor destas histórias passa por pontos comuns, sendo constantes: a motivação inadequada que leva as pessoas a acolher as crianças; a falta de preparo e maturidade psicológica dessas famílias para assumir a responsabilidade de uma criança; o preconceito cultural que desmerece estas crianças e desacredita de sua capacidade de

serem seres humanos completos e iguais em direitos. Revela-se isso nas justificativas para devolução uma constante é a culpabilização do outro, da criança ou seus pais biológicos, raramente há a admissão da própria falta de capacidade, tolerância ou paciência perante a individualidade da criança.”

Nos presentes autos, a situação que se vislumbra é exatamente a descrita pela magistrada no seu artigo. Infelizmente, observo que os requeridos têm uma tendência a não assumirem seus atos.

Fica muito evidente, depois de todo o relato que consta na peça de agravo de instrumento e demais registros nestes autos, que os requeridos não queriam M., mas de forma inconseqüente esconderam este sentimento deste Juizado e da equipe técnica que os acompanhou com o desiderato de ter T., em uma atitude de gravíssimas repercussões.

A alegação de que já mantinham vínculo com a criança T. e, por esta razão, optaram por adotar os dois, demonstra o despreparo dos requeridos, que não refletiram nas conseqüências nefastas do seu ato, tanto para a criança T. que alegam amar, quanto para M., uma criança que também precisava de uma família que o amasse e o acolhesse como indivíduo, dentro da sua singularidade e não como mero ‘apêndice’.

Quanto à alegação de que a opção pela adoção conjunta foi em decorrência de imposição deste Juízo, torna-se descabida porquanto foram os reus que buscaram a adoção dos irmãos, por ato de sua liberalidade. Tinham toda a liberdade para optar por adotar apenas uma criança, desde que fosse apenas uma que estivesse disponível, o que não era o caso. A legislação brasileira prevê de forma expressa a necessidade de manutenção do vínculo entre os irmãos, nos termos do artigo 28 § 4º da Lei 8069/90, que assim disciplina:

“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.”

De igual forma dispõe o art. 92, V, do ECA:

As entidades que desenvolvam programas de acolhimento familiar e institucional deverão adotar os seguintes princípios: V- não desmembramento de grupo de irmãos.

Assim, a manutenção do vínculo fraternal, quando do encaminhamento para o lar substituto oferecido pelos requeridos, diz respeito a um direito das crianças consubstanciado na relação vivida entre os irmãos, relação esta de intimidade e afetividade comprovada pelos técnicos que acompanhavam as crianças e que nunca relataram qualquer atitude conflituosa entre T. e M..

Extrai-se do relatório da equipe interprofissional que atendia as crianças à época da adoção, fls. 106:

“Nos aspectos psicológicos, são crianças sociáveis e receptivas no convívio com os demais colegas. Interação nas atividades propostas no abrigo. (...). Demonstram intensa necessidade de proteção e afeto. Observa-se uma troca de carinho e proteção entre ambos, revelando um apego seguro, o que torna favorável ao bom desenvolvimento cognitivo e emocional. (...) Ressalta-se que é de suma importância a não separação dos irmãos T. e M., primando-se pelos vínculos afetivos existentes entre ambos.”

O laudo psicossocial destes autos (fl. 426) traz o relato dos educadores que atenderam as crianças T. e M., antes da adoção, os quais afirmaram que:

“Sobre o relacionamento entre irmãos relata: “eles eram muito unidos, o M. protegia a T. de tudo [...] Também em conversa com a educadora L. M. M., que acompanhou a situação de T. e M. no primeiro acolhimento institucional, relata que “M. era uma criança muito normal, brincava com as outras crianças. Era uma criança muito carinhosa.” Diz que a relação entre os irmãos era muito boa: “Eles estavam sempre juntos. Quando ele estava longe T. chorava e chamava por ele.”

Como já enfatizado, inúmeros casais estavam inscritos no cadastro de adoção e poderiam ter efetuado a adoção dos irmãos, não havendo respaldo a justificativa a alegação de que M. foi lhes “empurrado”.

A rejeição sofrida por M. e assistida por T. ocorreu desde o primeiro momento e se perpetuou ao longo destes seis anos de convivência, fazendo com que o menino sentisse que não era desejado pelos

seus familiares adotivos e desencadeando no ambiente familiar uma série de reações agressivas por parte da criança que via que os outros irmãos tinham tratamento completamente diferente do seu.

Quanto aos traumas advindos da ruptura dos vínculos com a família biológica, que são inegáveis, é importante frisar que não há registro da relação havida entre as crianças e a mãe biológica, porquanto na época do acolhimento institucional a genitora já se encontrava em local incerto e as crianças conviviam apenas com o pai biológico.

Destaco, ainda, que segundo registro existente nos autos (fl. 404), o pai biológico cuidava das crianças e o acolhimento ocorreu, quando o próprio pai biológico pediu ao conselho tutelar para buscar um local para atender seus filhos, face aos problemas de saúde que ele enfrentava, por temer pela segurança das crianças, caso sua situação de saúde piorasse. Consigno que não há registro de maus tratos ou negligência da família biológica.

Realmente a situação de abandono e os traumas inerentes dessa situação são incontestes e vivenciados pelas duas crianças o que, em razão do vínculo de afeto, muito provavelmente acarretou muito mais sofrimento com a separação do pai biológico.

Ao contrário do que parece ser a percepção dos requeridos, o propósito do Juizado da Infância e Juventude no encaminhamento de uma criança para família substituta é o de buscar pais para aquela criança e não filhos para aqueles pais.

A doutrina prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que a criança é sujeito e não objeto de direito. Sendo sujeito de direitos, e dentro da sua peculiaridade de pessoa em desenvolvimento, sem capacidade jurídica para postular em causa própria, compete aos agentes públicos, entre eles aqueles os que operam o Ministério Público e o Poder Judiciário, cumprirem e fazerem cumprir seus direitos, não pela vontade e desejo dos adultos, mas em proveito dos interesses e benefícios para das crianças.

No dizer da perita psiquiatra Maria Izabel de Matos Rocha:

“Para que um jurista sinta como “injusta” e “ilegal” uma dada situação de “criança devolvida”, é preciso que ele veja a criança como “sujeito de direitos” e não como objeto de desejo ou poder por parte dos adultos. (...) Realizar o lema “uma família para uma

criança”, em vez de “uma criança para uma família”... “É justamente o oposto da prática social até hoje que legitima com maior ênfase direitos dos adultos: quem quer adotar quer escolher a criança, indicar preferências de sexo e idade...”

Ao tratar do tema abuso emocional, a técnica traz ao laudo o estudo de Shengold:

“Trata-se de um crime caracterizado pela desumanidade do homem para com o homem. Um homem usa seu poder sobre outro para aniquilar sua individualidade, sua dignidade, sua capacidade de sentir profundamente (sentir alegria, amor e até mesmo ódio); e de suprimir da vítima o uso de sua mente, de sua capacidade de pensar racionalmente e de testar a realidade.

(...) Crianças podem ser fragmentadas muito mais facilmente do que os adultos e o efeito nelas de tortura, ódio, sedução e estupro ou até mesmo de indiferença ou privação de amor e cuidado é o impedimento devastador do desenvolvimento; pois a estrutura biológica e funcionamento psicológico ainda estão em formação. Uma criança que está sendo maltratada pela mãe não pode voltar-se para aquela mãe naquele momento e pedir socorro. Entretanto, para quem mais pode voltar-se? Como pode lidar com a dor, o medo, a humilhação e a raiva?”

Afirma, ainda:

“A curto prazo, os maus tratos podem gerar parada, regressão ou desaceleração do desenvolvimento com perda da capacidade de pensar. A longo prazo, transtornos de personalidade, depressão e reedição da situação de abuso tanto como testemunha como abusador.”

No caso de M., esta questão resta evidenciada ao longo destes 06 anos de convivência, de forma a negar qualquer possibilidade deste ser filho dos requeridos, por uma série de fatos a seguir expostos:

A requerida, por si e por procurador por ela nomeado, fls. 27 e fls. 162 e seguintes, deixou expresso que a adoção de M. se deu apenas e tão-somente porque já estava apaixonada por T. e não poderia pensar em desistir da menina. Assim, nunca houve uma intenção real de acolher M. por ele mesmo.

Colhe-se do laudo psicossocial (fl. 424) que:

“Em um momento de grande franqueza, a mãe confessa que “eu amo muito a T., eu amo a minha menina, mas eu nunca amei o M.. O que eu sinto por ele é apenas um carinho”. O que não surpreendeu a equipe. Em momento algum, D. perguntou por M., apenas por T.. Inclusive trouxe um presente para T. (um álbum de figurinhas) e para M. não trouxe nada.”

Segundo relato dos próprios réus (fl. 27), o não acolhimento de M. já se deu no primeiro dia de convivência, quando o requerido surrou o menino, revidando uma agressão praticada pela criança, que teria chutado seu rosto.

No laudo psicossocial (fls. 426), traz a fala da psicóloga que atendia a família durante o estágio de convivência:

“S. ainda percebia que D. demonstrava-se extremamente angustiada por M. ser melhor que seu filho biológico M. em determinadas áreas como esporte, por exemplo, “ela não suportava que ele fosse melhor que o M.”

Os incidentes com a polícia militar foram confirmados através do laudo psicossocial (fl. 429) e entrevista com o policial que atendeu a ocorrência. Segundo consta, o policial “explicitou ser um caso complexo porque a criança não tem uma revolta do nada, ‘nenhuma criança toma uma postura sem se sentir com desafeto’”.

Procurada a família extensa, a cunhada e vizinha dos réus asseverou que M. “era violentíssimo com a irmã, dava chutes, pontapés, socos.” Todavia, questionada pela equipe técnica se havia presenciado referidas cenas afirmou que não, mas que “soube através de pessoas, inclusive de uma empregada que trabalha na casa de D.” Questionada se havia visto em alguém da família com algum hematoma ou marcas da suposta violência descrita por ela, relatou que não, que nunca viu marcas de agressão em T., complementando que “ele batia nela, mas sei que ela também não era fácil, ela provocava ele.” (fl. 431).

A cunhada, mencionando um fato ocorrido, afirmou que:

“Um dia a gente foi comer bolo na casa da D. e ela estava reclamando das crianças (T. e do M.) e a gente percebia uma mudança no semblante dele, a T. ficava bicuda e o M. começava a ficar com uma cara de raiva, um olhar diferente daí ele pegou e jogou na cara da

D. Ela deu umas palmadas nele e mandou ele para o quarto, daí ele voltou ao normal não tava mais com aquela cara. Do filho biológico ela não reclamava nada, ela não tinha o que falar dele” [...] “por causa dos problemas que M. estava criando dentro de casa, foi-se estabelecendo uma diferença de tratamento em relação a carinho. A família toda hostilizava o M. em função dos problemas que ele apresentava” (fls. 431/432).

Constatou-se que os réus e a família reconhecem que este comportamento de M. só ocorre dentro do ambiente familiar (fls. 432), em ambiente diverso, M. não apresentava este comportamento.

Dos relatos dos vizinhos, extraio que afirmaram nunca terem presenciado atitudes agressivas de M., sendo destacado por eles que a ré chamava a polícia por qualquer coisa: “ parece que ela quer mostrar pra todo mundo que ela está certa e o menino está errado. Ela fala como se ele fosse o pior menino do mundo e ela quer mostrar que é boa mãe” (fls. 434/435).

Informam que as situações ocorriam na frente do portão, para que todos escutassem e que era clara a diferença de tratamento entre o filho biológico e o adotivo, são estas as literais palavras:

“Ela trata o M. melhor do que ele. Talvez ela não goste dele. Parece que ela pressiona ele pra que faça as coisas erradas pra então ela poder fazer um barraco e a gente achar que ele é ruim. Ela manipula a situação. Se fosse por alguma coisa grave tudo bem, mas chamar a polícia por qualquer coisinha, acho um exagero.” (fls. 435).

Há relatos, ainda, das brigas e humilhações perpetradas pela requerida para com a criança:

“Quando começaram as humilhações e palavrões, um dia ela berrou tão alto, achei que tinha gente na rua brigando. Quando fui ver era da casa dela que vinha os gritos, “seu nojento, porque você faz essas coisas, eu te odeio, mas não pense que irei te devolver não, você pensa que vai voltar para aquele lugar sujo e pulguento, vai ficar aqui para aprender a ser gente e continuar sofrendo.” (fl. 436)

Estes fatos foram confirmados na ouvida das testemunhas durante a instrução, na qual informam que as humilhações eram frequentes, com a requerida dizendo muitas vezes que odiava o menino,

ironizando sua conduta e sendo muito agressiva em suas expressões para com ele.

O depoimento da testemunha A. A. H. traz uma série de atitudes agressivas da ré para com o menino, fls. 498/501.

Este relato se coaduna com a impressão vivenciada pela coordenadora da Instituição C., que acolheu o menino, quando do cumprimento do mandado de busca e apreensão dos pertences da criança:

“No espaço de tempo em que a bagagem de M. era colocada no carro, o Oficial de Justiça se aproximou da Sra. D. para comunicarlhe que precisaria levar T., irmã de M., através de mandado de Busca e Apreensão, pois ambos foram adotados juntos pela família da Sra. D. A partir desse momento a Sra. D. passou a gritar fortemente que não permitiria a saída de Taís daquela casa.

Gritava descontrolada que a juíza não podia fazer isso, que agora ela entendia o que estava acontecendo, era o M.. Assim, pudemos perceber que a Sra D. achou o culpado para o que acontecia: “isso é coisa do M., ele está fingindo de doente para a juíza ficar com pena e levar a T. também, pois ele não suporta ver que a T. é amada. O M. é psicopata, ele precisa de um psiquiatra.” (fls. 143)

As situações de agressividade e humilhação continuam relatadas às fls. 437, aonde uma vizinha descreve a conversa entre a requerida e sua cunhada, declarando que a ré afirma que “o problema todo era o M. e que se ele saísse da casa, eles todos iriam ser felizes.”

Há nos autos, ainda, o relato do ocorrido no dia em que a polícia militar foi acionada pela vizinha (fl. 437), onde o menino estava na rua, tarde da noite, enquanto a mãe gritava de dentro de casa que ele não poderia entrar pela porta, que teria que entrar pela janela como tinha saído. A criança ainda questionava porque tinha que lavar a roupa que fez xixi na cama, enquanto a mãe perguntava porque outra pessoa teria que lavar.

M. sofre de enurese noturna, apesar de seus pais o acusarem de fazer xixi na cama intencionalmente. Contudo, há nos autos relatos de que T. também fazia xixi na cama, mas diversamente do irmão, não era obrigada a lavar seus lençóis, nem acusada de agir propositalmente.

A ré acusa a criança de escrever um bilhete ameaçando-a de morte, o menino por sua vez nega o ocorrido, mas afirma que preferia estar na FEBEM a residir com a ré.

A vizinhança ainda relata que teria presenciado provocações dos irmãos M. e T. para com M. e que este reagia, eles chamavam a mãe, que só repreendia M.. Esta situação foi reconhecida por T., que afirmou tanto para a psiquiatra quanto para as psicólogas que provocava M. sem motivo.

Ao confrontar as atitudes dos réus para com seus filhos com qualquer estudo sobre adoção tardia e acolhimento afetivo, resta cristalino o despreparo destes réus e a falta de sentimento de carinho pela criança M. – um menino de seis anos, institucionalizado, que já havia sofrido o processo de abandono pela família biológica e que, presumivelmente, iria reagir de forma assustada, talvez agressiva, ao ser colocado, sem sua vontade e seu consentimento, ou mesmo que pudesse expressá-lo, em um ambiente estranho, com pessoas com as quais ainda não se sentia em segurança.

Relatos de situações de agressão para com os pais adotivos são dados mais do que corriqueiros nestas circunstâncias e, como cediço, cabe ao adulto o entendimento e a condução desta situação a fim de dar segurança à criança de que ela não sofrerá novo abandono e de que poderá confiar na nova família que lhe é apresentada. Estas situações, contudo, não perduram no tempo.

Crianças que estão afastadas de suas famílias biológicas e que estão institucionalizadas têm uma história pregressa que não pode ser negada nem relegada. Só estão disponíveis para adoção porque não encontraram no seio de sua família biológica condições de crescer e de se desenvolver física, mental, moral, espiritual e socialmente em condições de liberdade e dignidade, conforme determina o art. 4.º da Lei 8069/90.

Assim é evidente que estas crianças trarão traumas, deficiências e limitações que só o envolvimento afetivo e a segurança de adultos seguros da atitude que estão assumindo poderá diluir ou minorar.

Luiz Schettini Filho, renomado psicólogo nas questões afetas à adoção, menciona:

“Nas relações de convivência a conquista da segurança está invariavelmente ligada ao estabelecimento de um vínculo afetivo. A segurança e o amor pavimentam o caminho de uma pedagogia humanizante e, conseqüentemente, formadora de uma identidade relacionada com a consciência de ser-pessoa-no-mundo.” [...] “A segurança que a relação afetiva amadurecida produz para os filhos é responsável pelo seu desenvolvimento emocionalmente sólido. Os pais estarão negando aos filhos as benesses de uma formação de personalidade consistente e necessária quando se omitem no oferecimento de um ambiente de tranquilidade e confiança.”

Assevera, ainda, quanto ao acolhimento do filho pelos pais adotivos:

“Quando se espera um filho, a preparação não pode ficar restrita ao ambiente físico e nem às demais providências materiais, por importantes que sejam. O acolhimento afetivo é indispensável para que a criança possa enfrentar a realidade de sua família com toda história pregressa, as experiências bem-sucedidas e o amargor dos fracassos. Tudo faz parte da história que, direta ou indiretamente atingirá ao filho.”

No estudo psicossocial (fl. 441) também fica evidenciado que não houve a formação do vínculo de filiação entre os requeridos e M., bem como que não houve a inclusão de M. no seio familiar, nem mesmo pela família extensa. Extrai-se do laudo:

“Diante desse quadro depreende-se que M. nunca foi aceito pela família, pois verdadeiramente nunca houve a filiação, sendo que sabidamente é dela que vem o reconhecimento do sujeito no grupo familiar. Assim, o presente estudo levanta a hipótese de ser esta uma das causas da recusa e abandono afetivo de M. pelos pais adotivos. E, desde então M. se percebeu estranho e estranhado. Este sentimento foi projetado para fora e passou a viver o trauma da rejeição familiar.”

Em igual forma concluiu a perita psiquiatra (fl. 327):

“M. tem a percepção de nunca ter sido tratado da mesma maneira que seu irmão biológico, não se sentiu “tão filho quanto B”. Buscava repetidamente, através dos sintomas de conduta, “acordar” seus pais adotivos para sua demanda afetiva, sem sucesso. Não se sentia membro da família e ameaça suicídio quando vislumbra alguma possibilidade de retorno.” [...] “Existiram várias dificuldades neste processo de adoção, parece que T foi de fato adotada como um

membro da família, apesar da diferença de tratamento existente em comparação com o filho biológico (o mesmo estudava em colégio particular enquanto os irmãos em escola municipal, por exemplo). M. parece não ter encontrado espaço nesta família, era tratado como alguém “estranho”, que não fazia parte daquele grupo familiar. E, quanto mais chamava a atenção sobre si no sentido de buscar afeto, mais se agravava a relação com os adultos, que não compreendiam suas manifestações transgressoras como pedido de afeto.”

A falta de vinculação da família e da criança já fundamenta a devolução, contudo, além da inexistência do vínculo, criou-se também um ambiente de animosidade, de agressão psicológica, que importou em desenvolvimento ou agravamento de um quadro psiquiátrico na criança, a qual sentindo-se rejeitada e enjeitada, reagia de forma violenta dentro do ambiente doméstico.

Se essa circunstância torna o ambiente inviável para a família e para o menino, não pode servir de justificativa para entregar M. como produto defeituoso.

Decidindo-se por ter filhos, ainda que biológicos, não há qualquer garantia de que ao longo da vida não desenvolverão doenças, mesmo que psiquiátricas. Não existe filho com certificado de garantia de que serão saudáveis para sempre, nem há registro de que problemas psiquiátricos ocorram apenas com crianças institucionalizadas.

As situações de exclusão e discriminação continuam sendo pontuadas, quando a ré trata de forma expressa, nos termos do agravo de instrumento, que possui dois filhos “de comportamento normal” e tem que lidar com os “desvios de comportamento” de M..

Cada pessoa tem suas peculiaridades e pode no curso de sua vida apresentar comportamentos inadequados, desvios de conduta, doenças de toda natureza, ainda psiquiátricas, graves ou não. Tal fato não a torna menos pessoa, não exclui seu direito de viver em família, de serem amadas, acolhidas, orientadas.

Considerando que M. tenha de fato uma doença psiquiátrica, é sabido e consabido que o ambiente em que se vive e a maneira como somos conduzidos agravam ou minoram estes problemas e não justificam que seja a criança considerada menos ou “produto passível de devolução”, como se apresentasse um vício redibitório. Tampouco autoriza que, ao ver frustrada sua pretensão de obter um

diagnóstico de doença grave, de característica unicamente genética, pretendam os réus obter a criança de volta, como uma coisa que se joga fora e, passado algum tempo, busca-se de novo.

A perita psiquiatra, ao responder ao quesito 2, pg. 323, esclarece ser provável que M. seja portador de Transtorno Afetivo Bipolar da Infância e Adolescência, transtorno de conduta e outras comorbidades.

Consta do laudo:

“... A CAUSA é genética, o GATILHO (ou desencadeante), ambiental. Não se sabe se M apresentaria ou não tais transtornos supracitados se sua vida não apresentasse tamanha intensidade e quantidade de estressores. Difícil determinar em qual momento da vida de M. o quadro foi desencadeado inicialmente. De acordo com o relato dos réus, M. já apresentava sintomas quando da aproximação inicial com a família. Já técnicos que acompanharam as crianças no período prévio à adoção, negam veementemente sintomatologia psiquiátrica em M. no período prévio à adoção.

A possibilidade de abuso emocional desencadeando ou agravando as manifestações psicopatológicas existe, principalmente ao se considerar a súbita melhora do menor quando retirado do ambiente traumático. O tempo de convívio em ambiente acolhedor e estável mostrará de forma mais clara o que era reacional ao ambiente de abuso emocional, ou o que era transtorno psiquiátrico primário.”

Ao responder ao quesito do Ministério Público, acrescenta:

“Pode-se afirmar sim que “um sentimento de rejeição frente às atitudes materno-paterna” pode agravar o quadro psicopatológico, uma vez que tal percepção seria contrária ao estabelecimento de um estado de tranquilidade subjetiva necessária ao restabelecimento psíquico de indivíduo portador de transtornos mentais.”

A lei estabelece a possibilidade de o Estado intervir nesta família e através da ação de Destituição do Poder Familiar resguardar a integridade física e emocional da criança, retirando-a do seio familiar que lhe é prejudicial, porquanto criança não é propriedade dos pais. Poder familiar é munus que, não cumprido de forma adequada, está sujeito à supressão.

Neste sentido decisões do nosso Tribunal:

“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR - MENORES EM ESTADO DE ABANDONO - DESÍDIA DA GENITORA DEMONSTRADA ATRAVÉS DO CONJUNTO PROBATÓRIO - ESTUDO SOCIAL QUE DEMONSTRA A IMPOSSIBILIDADE DA MANUTENÇÃO DO PODER FAMILIAR - ASPECTO ECONÔMICO AFASTADO - DECRETAÇÃO DA EXTINÇÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. A pretensão da inibição do poder familiar fundada no abandono do menor deverá conter elementos probatórios suficientes de que aquele ficou privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória. O abandono não se configura apenas pela ausência de assistência material, mas também pelo descaso intencional em sua criação, educação e moralidade. Consoante o Estatuto da Criança e do Adolescente, é imperativa a observância ao melhor interesse da criança (art. 1º da Lei nº 8.069/90). In casu, demonstra-se indispensável a decretação de perda do poder familiar, porquanto denota-se que os infantes encontravam-se relegados ao abandono. A destituição do poder familiar não se funda na situação econômica dos genitores, eis que a miserabilidade da família, não consta no rol disposto no art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas sim na ocorrência de nítido descaso com as condições mínimas necessárias ao desenvolvimento adequado da criança, seja afetiva, psicológica, moral, educacional ou material”. (AC nº 2003.015956-8 – Relatora: Salete Silva Sommariva)

“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR - ART. 22 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR - NÃO CUMPRIMENTO - DESCASO COM O FILHO - ABANDONO AFETIVO E MATERIAL - SITUAÇÃO DE RISCO VERIFICADA - INCIDÊNCIA DO ART. 1.638 DO CÓDIGO CIVIL EM VIGOR - PERDA DO PODER FAMILIAR CONFIRMADA - PRESSUPOSTOS LEGAIS DEMONSTRADOS - EXEGESE DO ART. 24 DO ECA - FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM URH'S - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Ante à demonstração do descaso e abandono afetivo e material por parte da mãe biológica em relação ao filho, em tenra idade, a destituição do poder familiar é medida que se impõe, a teor das normas insculpidas nos arts. 1.638 do novel

Código Civil e 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente”. (AC nº 2005.021275-8 – Relator: Wilson Augusto do Nascimento)

A doença, psiquiátrica ou não, afeta crianças, adolescentes e adultos, independente de sua condição de filho biológico e adotivo e não justifica tratamento desigual, discriminatório por aqueles que assumiram a obrigação legal, moral e ética de cuidado.

Outro dado que se extrai de todos os relatos apresentados nos autos envolvendo a família, e que está expressa nos termos do agravo é a busca dos requeridos em imputar a M. uma patologia psiquiátrica que o torne incapaz de viver em sociedade, como um ser que precisa ser afastado do convívio dos demais “normais”.

Ao vislumbrar a dificuldade do filho, os requeridos buscam profissionais médicos e o Juizado da Infância e Juventude, sempre para provar que M. é perigoso e, assim, justificar a impossibilidade de manterem-se com ele.

Extrai-se da conclusão do relatório psicossocial, fls. 445:

“Nesse contexto, entende-se que a incessante busca de D. por tratamentos que evidenciassem alguma doença psíquica em M. não representava preocupação com sua saúde. Representava o desejo de encontrar um motivo que justificasse sua “devolução”, mascarando o sentimento de rejeição que a domina, e assim poder culpar M. pelo fracasso desse processo adotivo.”

Nestes seis anos de convivência, a família foi atendida várias vezes pelos setores da infância e juventude, conselho tutelar, polícia militar e sempre foi orientada a buscar atendimento psicológico. Ela própria afirma ter buscado atendimento psiquiátrico e psicológico, entendendo que apesar de todos estes esforços, o resultado era mínimo.

Ainda do relatório psicossocial, fls. 442:

“Salienta-se que na fala de um dos conhecidos da família, cita-se que os profissionais concentravam-se em D. e não em M.. Será que o não reconhecimento de suas dificuldades seria o motivo pelo qual havia um rodízio constante de profissionais atendendo a família C.?”

Inconformada com a ausência de diagnóstico, a Sra D. enfatiza que alguns desses profissionais (acertadamente) a orientaram dizendo que o que faltava para M. era amor, atenção, mas rebateu

de imediato essa possibilidade, indicando que “M. é uma criança muito doente e precisa de ajuda, não é uma questão de carinho, compreensão e amor.”

Não obstante esta negativa, o relato tanto da ré, fls. 423, quanto da criança demonstram que na única vez que houve uma relação de afeto entre a requerida e o menino, este se diz muito feliz com a atenção positiva prestada pela mãe, fls.444.

O relatório do psiquiatra Guilherme Leite, juntado às fls. 454 assevera que na única ocasião em que se encontrou com M., na presença de seus pais “pude entrar em contato com a voz que saía de sua alma, era a voz de seu desamparo.”

Observa-se que o requerido mostra-se totalmente omissivo e alheio a todas estas situações. Tanto T. quanto M. poucas referências fazem ao pai. M. afirma que pouco se lembra do seu rosto, mas menciona situações de violência física por parte do requerido, uma delas confessada pelos réus, quando o requerido revida o chute de M., com seis anos, com uma surra, já no primeiro dia em casa.

Em um segundo momento M. afirma que o requerido teria jogado uma xícara nele.

No laudo psicossocial, fls. 427, consta que o requerido passou grande parte destes seis anos ausente, em função de seus estudos fora da cidade e longe da família. Consta da declaração do Dr. Guilherme Leite:

“O casal pensou nesta adoção juntos, mas não bancaram juntos até o final. O pai se comunica muito mal em Português, o que também dificulta a relação entre eles, além de não participar muito desta família.”

Sobre a sobrecarga da requerida assumindo a maternidade/paternidade praticamente sozinha, além da vida profissional e do sustento doméstico é de fato um peso bastante grande. Jamais poderá, contudo, servir de justificativa para menosprezar o filho, castigá-lo de forma excessiva, tratá-lo com indiferença e diferente dos demais.

Conforme comunicado do IPEA nº 65, 35% das famílias brasileiras, ou seja, 21.933.180 das famílias tem a mulher como principal responsável, mesmo no caso de famílias compostas por ambos os cônjuges. No caso das mulheres, consta do relatório que a tradicional

responsabilização da mulher pelos afazeres domésticos permanece intocada, respondendo e cumulando as tarefas remuneradas com os afazeres domésticos não remunerados. Conclui o estudo que a maior jornada de trabalho cumulado é das mulheres na posição de chefes de famílias formadas por casais, chegando a uma carga de 66,8 horas por semana, em média.

Amparada nestes dados oficiais, tenho que a realidade da ré é a da enorme maioria das mulheres brasileiras, com uma ressalva: 46,6% das mulheres com filhos e sem cônjuge têm renda per capita de até meio salário mínimo.

O estresse e a sobrecarga são uma realidade enfrentada pelas mulheres que precisam se profissionalizar, assumindo além da profissão, casa, filhos, e marido. Hoje é um fato corriqueiro e não exceção.

Felizmente, tanto para a requerida quanto para aqueles que possuem uma maior projeção profissional e intelectual, podem contar com os recursos que o suporte financeiro e o de profissionais habilitados podem oferecer. Situação que é muito diferente para um vasto contingente de pessoas para quem os recursos financeiros, de tão escassos que são, não garantem sequer a sobrevivência.

A requerida dispunha do auxílio de familiares. A cunhada é vizinha, a madrinha da criança mora na mesma cidade, tinha acesso a carro próprio, aos serviços de empregada doméstica, de psicólogo, enfim, possui uma ampla estrutura de apoio que, por certo, ajudava-lhe a gerir a vida em família.

A adoção é uma opção, que deve ser analisada seriamente dentro das condições e limitações de cada um. Os réus não foram forçados a ela.

Já o munus do poder familiar é obrigatório para todos que o exercem.

Apesar de todas as orientações ao longo desses seis anos é fato incontroverso que a situação de desgaste familiar e de sofrimento da criança, demonstrado em suas crises de raiva e descontrole, foi se tornando cada vez pior, malgrado todos os encaminhamentos para atendimento psicológico, os quais, quando iniciados, não perduravam.

Dentro deste quadro, a requerida comparece ao fórum e firma, por ato de sua vontade, o termo de renúncia na frente do juiz e do promotor, termo este que não exige a presença de advogado, como

em todo o processo de adoção, até porque se presume que as pessoas venham na frente de um juiz e de um promotor dizer a verdade e não o que lhes é mais conveniente.

Posteriormente e frente à determinação de busca e apreensão da menina T., acusa a justiça de não lhe ter encaminhado para mais uma tentativa de acompanhamento psicológico e psiquiátrico para a criança M., alegando, novamente, ter sido induzida e mal interpretada, apesar de todos os encaminhamentos feitos pelo judiciário ao longo destes últimos seis anos.

Vale lembrar que o termo redigido traz a versão da requerida e a sua manifestação de vontade pura e simplesmente, o que não exige nenhum preparo intelectual para sua compreensão. A ré já passou por vários psicólogos, forenses e não forenses, grupos de apoio, técnicos, sempre sendo orientada por todos eles.

Dá a ré a entender, nas suas manifestações neste processo, que existe uma manipulação grandiosa, de várias pessoas tentando lhe prejudicar, desde os vários profissionais que mantiveram o primeiro contato dos réus com as crianças no abrigo, dos técnicos que acompanharam o estágio de convivência durante o processo de adoção, do juiz que exigiu a adoção conjunta das crianças, de todos os profissionais que, ao longo destes seis anos, não lhe deram o laudo da patologia da criança e, agora, por último, do juiz e do promotor que lhe induziram a assinar um termo de renúncia, como se a requerida fosse incapacitada de entender os atos que praticava.

É realmente preocupante se observar que um adulto, legalmente capaz e intelectualmente super bem desenvolvido pretenda passar-se por vítima de conspirações praticadas por todos os que o cercam.

Os réus pedem no Agravo o imediato retorno de T. e a manutenção de M. na instituição de acolhimento, enquanto não comprovado que ele não é um risco para a família. É interessante e triste de se notar que a preocupação com os possíveis abalos emocionais pelo acolhimento institucional ocorra apenas com relação à T., enquanto que, em relação a M., esta preocupação não só é inexistente, como a manutenção do acolhimento é inclusive pretendida. Mais uma vez fica clara a discriminação e a intenção da requerida de entregar o menino, fato que, posteriormente, é completamente desdito em uma nova tese jurídica, na qual a requerida se justifica como uma

pessoa que não sabia o que estava fazendo, e que, novamente, foi mal informada e induzida pela justiça a entregar seu filho.

Esta mesma situação fica evidenciada pelo relato da coordenadora da escola, fls. 71, em que M. estudava, que retrata que a requerida, antes mesmo de comparecer a este fórum já havia mencionado que pretendia devolver M., e que iria viajar com T. para o exterior a passeio.

T. também relata à psicóloga da instituição, no laudo de fls. 414, que já teria escutado a mãe falar que iria devolver M..

Na declaração da requerida às técnicas da instituição de acolhimento informou, fls. 424:

“ Um dia antes de levá-lo, conversei com T. e M. que estaria indo para Gaspar com M., e que eu não sabia se ele iria voltar para casa, e que se o M. não voltasse comigo, queria que eles tivessem ciência disso.”

Esta é também uma questão relevante de se observar. Apesar da diferença entre o acolhimento dos réus frente à T. e M., há também uma diferença entre T. e o filho biológico M..

Enquanto T. e M. estudam em escola pública, com a desculpa de que os gastos com os médicos e psicólogos que atendem M. são muito altos, o filho biológico permanece em escola particular.

Enquanto T. e M. são levados para a escola de carro, M. tem de ir e vir à pé.

Esta distinção mostra uma diferença de tratamento entre as três crianças, um recebe mais, outro recebe meio e M. recebe nada.

Muitas famílias têm dificuldades financeiras, o que não é o caso dos requeridos. Contudo, quando se opta por filhos, o que se observa é que os pais procuram colocar todos os filhos na mesma escola, com as mesmas condições de ensino.

Se não há possibilidade de arcar com os custos da educação particular para os três, então todos eles poderiam estar na mesma escola pública.

Ainda quanto à T., o laudo psicossocial assevera às fls. 447:

“T. reflete bem sua insegurança quanto à mãe. Pode representar por sua vez que T. agradava a mãe, limitando-se a falar do que gostava, pensava ou sentia, com o intuito de não contrariar, com possível medo de ser devolvida também.”

Este comportamento de D. revela-se na fala de T., agora não mais reprimida: “fiquei com medo quando ouvi minha mãe falar que iria devolver ele.” (ele referindo-se a M.). “Não sabia que se devolvesse M. teria que me devolver também.”

“A tensão e a insegurança na relação de T. com a mãe, a violência psicológica direcionada constantemente ao seu irmão e presenciada por ela, a fez entender, no pouco tempo do afastamento familiar todo o sofrimento do irmão, até então ignorado por ela.”

(...) “Reforçada pelas atitudes hostis da família T. contribuía nas provocações a M., se fazia de vítima dele e o acusava de peraltices quando muitas vezes nem estava presente. Talvez era a forma de T. agradar a mãe e de dizer que era diferente de M.. E desse jeito encontrou o modo de se enquadrar nos padrões estabelecidos pela família.”

M. foi encaminhado aos seis anos de idade para uma família que não escolheu e para dois adultos que assumiram o compromisso de amá-lo com o amor que se tem por um filho, cuidá-lo e educá-lo. Por serem maiores e capazes, apenas a decisão dos adultos foi levada em consideração. Agora estes mesmos adultos afirmam que só aceitaram M. para poder ficar com T. e que ele M. é um problemático, desvirtuado e perigoso.

Quando não conseguem reverter a liminar para reaver T., apresentam uma nova versão para os fatos afirmando que nunca pensaram em desistir de M. e já não consideram seu comportamento perigoso.

Esta criança, que desde tenra idade teve de enfrentar problemas emocionais, traumas que qualquer leigo tem condições de antever, com a perda dos pais, sensação de abandono e insegurança com o seu futuro, nova família, rejeição, mudança constante de acompanhamento psicológico e psiquiátrico, é a esta criança que estamos cobrando um comportamento “normal”.

Em contrapartida, levantou-se a tese de vitimização da família adotiva, todos criados e educados por seus pais biológicos, tive-

ram a possibilidade de crescer dentro de um ambiente familiar, desenvolver-se profissionalmente, por liberalidade sua decidiram adotar, tem à sua disposição os recursos que o dinheiro proporciona: médicos, psicólogos, advogados, domésticos, familiares.

Pessoas que têm capacidade intelectual para estudar, condições financeiras para se especializar e viajar, familiares para darem suporte às suas decisões.

Parece realmente desigual este confronto: um menino entre seis e doze anos, sozinho, emocionalmente abalado na estrutura mais essencial que é a auto-estima e o suporte familiar e dois adultos bem formados e com a possibilidade de se socorrerem de profissionais habilitados para atender suas necessidades.

A necessidade de comprovação de atitudes negativas de M. chega ao ápice quando a requerida demonstra que grava as conversas com o filho para demonstrar sua periculosidade, fato mencionado na peça do agravo de instrumento.

O relatório de fls. 71 atesta que as ações de M. na escola não retratam uma criança com problemas comportamentais.

Consta do relatório:

“ A coordenadora Denise juntamente com a coordenadora Rosângela relatam que M. é uma criança calma e tranquila, elas não conseguem imaginar o M. que sua mãe relatou, pois ele é calmo. Relato da mãe, é que M. é menino agressivo, que fugiu várias vezes, ela encontrou facas escondidas em seu guarda roupa e dizia que iria matar todos.... Eles relatam que a mãe fala que no início M. a odiava e agora este sentimento está sendo recíproco.”

Da mesma forma consta no parecer psiquiátrico fls. 311:

“Na escola Machado de Assis, M. T. obteve informações de que M era um menino calmo, tranquilo e com dificuldade de vínculo. De acordo com nove professores da escola Machado de Assis, três professores da escola Frei Godofredo e dois funcionários do abrigo C., M. não apresenta nenhum sintoma compatível com o transtorno de déficit de atenção/hiperatividade ou com transtorno de oposição e desafio.”

No laudo psicossocial fls. 442:

“ Ouvidos todos os relatos sobre o comportamento e as relações sociais de M. (nas escolas, nos consultórios, na vizinhança) o que se informa é que ele é um adolescente que apresenta comportamento adequado a sua idade, não é violento nem agressivo. “

Desta feita, cabe uma indagação: em que momento e porque razão as atitudes de M. para com sua irmã e com sua família adotiva modificaram-se? Porque os alegados ataques de raiva, agressividade e violência são perpetrados por M. apenas com relação à sua família, se nos relatórios da escola nunca foi identificado qualquer comportamento agressivo ou alteração de humor?

Há nos autos registro de que a requerida obrigava o menino lavar seu lençol porque fazia xixi na cama, mas T. não tinha a mesma obrigação. T. e M. iam de carro para a escola. M. ia à pé.

A testemunha de fls. 506 esclareceu que a residência dos réus é um morro alto e que a escola de M. ficava em outro bairro que não o que eles moram. T. e M. estudam em escola pública. M. em escola particular. T. afirma que M. era castigado excessivamente. Caso os outros filhos fizessem a mesma ação, não sofririam represálias.

Ora, estas atitudes eram vivenciadas pela criança e criam um ambiente de desqualificação de um em detrimento dos outros, sendo compreensível que a criança reaja negativamente não só com quem aplica a medida, mas por reconhecer que está sendo tratada diferente dos outros irmãos.

Observa-se que tanto os depoimentos de T. e M., quanto o das testemunhas, bem como os laudos e relatórios apresentados, demonstram uma série de atitudes praticadas pela requerida que impingiram ao menino M. sentimento de baixa valia, rejeição, inadequação, falta de afeto e de aceitação, a ponto da criança expressar várias vezes, e para diferentes profissionais, que prefere morrer a ter de voltar para a casa dos requeridos, que ninguém da sua família lhe ama e que ele também não gosta de nenhum deles.

Colhe-se do laudo psicossocial as falas de M., aonde fica claro o seu desejo de manter-se longe dos requeridos:

“(…) Melhor morto, se eu voltar pra casa, pulo de um penhasco”. Alega que, “o que eu tô tendo hoje, nunca tive o carinho a atenção

que tô tendo aqui no abrigo, gosto que me tratem com carinho. Agora eu tô feliz.” (fl. 415).

Quanto à afetividade em casa, M. relata: “ eu percebia que ninguém gostava de mim. M. era o que mais ganhava atenção porque ele é o filho biológico dela, até a minha irmã a T. não ganhava tanto carinho como o M..” (fl. 417).

Relata que quando ia à casa da madrinha A., não tinha vontade de fazer essas coisas porque em casa a mãe irritava constantemente por causa de coisas insignificantes, e na madrinha ninguém o irritava.

Percebia que na casa de A. (madrinha) tinha atenção que em casa não acontecia, porque a mãe estava sempre trabalhando, além de ser vigiado, questionado e cobrado constantemente por coisas que fazia e não fazia. (fls. 418).

M., hoje um adolescente de 12 anos tem agora o direito de ser ouvido e sua opinião sobre a sua vida deve ser respeitada.

M. diz que agora sabe o que é ser amado.

M. reconhece suas atitudes inadequadas, mas o que se observa é que elas eram fruto de uma reação de defesa e inconformismo por ser discriminado e tratado com muito mais rigidez e crueldade que os outros dois filhos.

A requerida não só punia M. de forma muito mais enérgica, como também, frequentemente, por ações que, caso praticadas pelos outros filhos, não eram consideradas inadequadas.

As informantes ouvidas nesta audiência reconhecem que havia uma distinção no tratamento das três crianças.

C. H. R. afirma às fls. 510:

“Que a depoente presenciou que algumas vezes os requeridos tratam M. de uma forma mais distante, mais impessoal.”

A. C. C. B., fls. 511 afirma:

“que ele não foi desejado; (...) que percebia uma diferença no tratamento entre as três crianças.”

Esta diferença pode ser observada na maneira como a requerida trata o fato de M. ter “furtado”, fato que ocorreu também com

T..A requerida reconhece que T., em determinada ocasião, furtou um objeto da escola. Sua reação é acusar M. de ter induzido a irmã a fazê-lo, fls. 319.

Este fato é reconhecido não somente por M., mas também por T. que, condicionada pela requerida, em um primeiro momento, após o acolhimento institucional, repete estas ações, culpando M. por atitudes não praticadas por ele.

Outras situações, como agressão verbal: chamá-lo de nojento, ameaçá-lo de permanecer na família para sofrer, mantê-lo fora de casa tarde da noite expondo-o a perigo e precisando que a polícia militar interviesse para a criança poder entrar em casa, depreciar sua história de vida em sua frente para estranhos, todas estas atitudes e todas as outras descritas nas muitas páginas de todos os relatórios, caracterizam os maus tratos emocionais que foram impingidos não só a M., mas também à T., que tudo presenciava e sentia.

Entre tantas violações emocionais, uma das graves é a busca por afastar os irmãos, criando entre eles um clima de violência e animosidade.

Diante de todo este quadro evidencia-se que a criança M. não está sendo atendida em suas necessidades e sua manutenção na família adotiva tende a piorar seu quadro, fato que autoriza o afastamento definitivo de M. da convivência com os réus.

Ainda sobre o tema, prescreve Maria Izabel de Matos Rocha:

“o abrigo é solução melhor do que deixar a criança no lar onde está sendo rejeitada. Quando temos esperança de obter uma família para esta criança, buscamos o consentimento para adoção ou a destituição do pátrio poder.”

Na presente situação, o acolhimento institucional trouxe a M. segurança, estabilidade e a sensação de ser amado. Permitiu reatar os vínculos fraternos entre os irmãos, que a requerida buscou erradicar.

T. também foi vítima das atitudes equivocadas dos requeridos e que resultaram em violência emocional. Toda a discriminação sofrida por M. foi presenciada por ela. T. tem a mesma herança genética de M. e inclusive já apresenta alguns sintomas do irmão, descritos no laudo psiquiátrico fls. 319. O laudo da perita atesta que algumas

atitudes de M. tidas como caracterizadoras de problemas psiquiátricos, também são percebidas em T., quais sejam:

“algumas vezes, quando acorda, T. fica estranha, com olhar fixo, realizando movimentos involuntários e no outro dia nada lembra, quadro idêntico ao do seu irmão biológico M.”

Os réus informam que sempre quiseram T., mas infelizmente não se importaram com seus sentimentos, porquanto M. é seu irmão. T. presenciava as atitudes de agressão para com o irmão e percebia a discriminação, conforme deixa claro nos seus relatos tanto para as psicólogas quanto com a psiquiatra.

Apesar de desejada, como esclarece o laudo psicossocial, continua sendo idealizada como a menina sempre bem humorada, que “aceita tudo”, sem reclamar.

T. age sempre buscando a aprovação dos réus, porém, também não é tratada nas mesmas condições que o irmão M., filho biológico dos réus. T. também estuda em escola pública e é transferida de escola tantas vezes quanto seu irmão M., apesar de não ter tido nenhum problema na escola particular.

As duas crianças nasceram na mesma família, conviveram com a ausência da mãe biológica, o posterior abandono do pai biológico, o uso de drogas do pai, a institucionalização, e sempre mantiveram o vínculo afetivo atestado em relatório da época e no estudo psicossocial atual. Foram encaminhados juntos para a mesma família adotiva, e vivenciaram juntos o estágio de convivência.

As mesmas situações traumáticas vivenciadas na família biológica foram sofridas pelas duas crianças que carregam a mesma carga genética.

Assim, os riscos de T. desenvolver problemas emocionais e psiquiátricos são os mesmos de M.. A única diferença entre eles, infelizmente, é o fato de os réus terem desejado a adoção de T. e não terem desejado a adoção de M., decorrendo daí uma mudança na aceitação das duas crianças e na reação de cada uma delas.

Contudo, T. presencia a rejeição que seu irmão sofre, também sabe, porque é dito, que M. não era desejado e que seu irmão tem problemas comportamentais, razão pela qual foi entregue pela mãe à instituição aonde os dois foram buscados.

Como fica o emocional de T.?

A resposta é dada pelo laudo psiquiátrico apresentado pela perita nomeada por este juízo, Dra. Angela Duebbers Cunha.

Na avaliação feita pela profissional resta claro que T. percebe a diferença no tratamento dado pelos requeridos a seu irmão. Chega a mencionar que atitudes praticadas por M. eram cobradas de forma exagerada, enquanto se praticadas por ela ou pelo filho biológico não eram tratadas com a mesma gravidade.

No relato de T. à perita, resta evidente o quanto M. não era acolhido no ambiente familiar:

“Fala que seu irmão tinha menos atenção, porque sua mãe sempre estava chateada com algo que ele tinha feito. Diz que as explosões de M. nunca eram ‘do nada’, que ele sempre tinha um motivo para explodir. Diz também que ‘o M. do abrigo não é o mesmo da casa’. Que ele está mais tranquilo desde o abrigamento. Para ele, comenta, o abrigo é ‘bem melhor’. Na casa sempre tinha alguém gritando com ele. Às vezes T. também gritava, e acha que a mãe pegava muito no pé de M. ‘tudo’ que ele fazia era motivo de briga, e se ela ou B. fizessem a mesma coisa não recebiam a mesma intensidade de repreensão.”

T. expressa à psiquiatra, fls. 320: “fala que cada vez sente menos saudade, e que quando pensa em voltar para a casa adotiva, pensa no irmão, que para ele não seria bom, pois todos implicavam muito com M.”

Da mesma forma expressa sua posição no laudo psicossocial, quanto à questão de querer ou não voltar para casa, fls. 414: “não tô sentindo falta, e pra mim, é indiferente se eu voltar pra casa ou não, só que quero ficar com meu irmão M.”

No relato da cunhada, quando fala do dia em que estava comendo bolo na casa da requerida, menciona que a ré reclamava de M. e de T., na frente dos dois e que esta situação deixava M. enfurecido, mas também atingia T. que percebia a agressão.

No mesmo relato consta que só do filho biológico é que a requerida não reclamava.

É certo que educar é uma arte que exige muito esforço e dedicação e que conflitos são mais do que comuns. O que causa estranheza não

são os atos de rebeldia da criança, nem as atitudes de enfrentamento dele, mas as atitudes dos pais em relação às crianças. A busca de um diagnóstico que identificasse o menino como inadequado. As tentativas de ruptura dos vínculos fraternais.

Durante os seis anos de convívio com o casal, todas as vezes em que o judiciário foi acionado foi sugerido o acompanhamento psicológico da família. Assim, não é de agora que se vem buscando manter os vínculos constituídos com a adoção. O que não se pode é, a pretexto de se dar “suporte” a uma família, manter-se um relacionamento prejudicial às crianças, da mesma forma que não se manteve com a família biológica.

O laudo da perita psiquiatra atesta que é possível que M. apresente um quadro psiquiátrico, contudo, também assevera que os dados coletados levantam a possibilidade “de que os sintomas de conduta e explosões comportamentais de M. tenham sua origem e manutenção em sérias dificuldades de manejo parental. Uma criança ou adolescente exposto às ofensas verbais, ameaças, sarcasmos, imprevisibilidade dos pais e discórdias familiares, entre outros, está sendo vítima de ABUSO EMOCIONAL. A exposição crônica a este tipo de situação pode desencadear e manter quadros de variadas expressões emocionais e comportamentais, além de acarretar serias seqüelas na formação da personalidade do indivíduo.” fls. 316.

Conclui a senhora perita psiquiatra, fls. 322:

“Chama atenção em T. a tendência desta de acusar M. por algo que o mesmo não fez, uma vez que as crianças estavam supervisionadas em visitas curtas. Isto reforça a possibilidade de padrão familiar que responsabilizava excessivamente M. e idealizava as outras duas crianças, constituindo abuso emocional de todos os três filhos, uma vez que a manutenção de tal padrão não é salutar para adequado desenvolvimento psicológico. T. relata sentir-se mal perante tal realidade, quando conta que, se fizesse a mesma coisa que o irmão, nada lhe acontecia. Enquanto isso, M. recebia castigos com bastante freqüência.”

Também foi evidenciado pela perita que M. necessariamente precisará de atendimento especializado, da mesma forma que afirma que os traumas em T. são “imensuráveis”.

Diante desta situação, e restando comprovado que: seja pela vontade das crianças envolvidas, seja pela caracterização da violência psicológica e abuso emocional, seja pelo termo de renúncia, seja pelo agravamento do quadro clínico de M., a convivência com os réus é catastrófica para as crianças, a procedência da ação é medida que se impõe para salvaguardar os seus direitos.

Hoje T. é para M. sua única família, seu único elo de afeto e de apoio.

É preciso desmistificar atitudes ainda permitidas pela sociedade, onde “a família, é resguardada pelo segredo, por mitos (como o de que qualquer família é melhor do que não ter família, e de que os pais têm o poder de vida e morte sobre os filhos) e pela ideologia do vínculo familiar (isto é, da primazia da existência do vínculo sobre a qualidade do mesmo). A violência nega o direito de crianças e adolescentes à liberdade e ao respeito, aprisiona sua vontade e transforma-os em coisa ao submetê-los ao poder adulto. Define-se por palavras, atitudes, comportamentos e/ou climas negativos criados por adultos em torno de criança ou adolescente, de caráter repetido, extensivo e deliberado. Seu impacto emocional ultrapassa a capacidade de integração psicológica da criança/ adolescente e resulta em sérios prejuízos ao desenvolvimento psico-afetivo, relacional e social dos mesmos”

A atual legislação não admite mais qualquer tipo de violência contra crianças e adolescentes, seja ela física ou psicológica. Nessa esteira, dispõe o art. 227, § 4º, da Constituição Federal que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.”

O art. 5.º do Estatuto da Criança e Adolescente também preconiza que:

Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais (BRASIL, 2006).

Entendo que o pedido de dano moral formulado pelo DD. Promotor de Justiça em favor da criança M. merece ser julgado procedente, eis que evidenciado o ato ilícito praticado pelos réus em seu desfavor.

O artigo 927 do Código Civil dispõe que ‘aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo’.

O artigo 186 do Código Civil indica que ‘aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.’

Assim, comprovado que o convívio das crianças com os réus, mormente a violência psicológica por eles perpetrada, acarretou danos aos infantes, entendo que o deferimento do pedido de indenização por danos morais é medida que se impõe.

Assim, prevê o Código Civil Brasileiro a possibilidade de fixação de indenização por dano moral, quando a ação ou omissão do agente causou dano psíquico ou emocional ou a honra de uma pessoa. Deve haver a prova de que a atitude do agente foi a geradora da ofensa à pessoa que pretende ver-se indenizada.

Sobre a natureza dos danos morais, ensina Humberto Theodoro Júnior:

“Entende-se por danos morais aqueles ‘ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa e da sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana (‘o da intimidade e da consideração pessoal’), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (‘o da reputação ou da consideração social’). Derivam, portanto, de ‘práticas atentatórias à personalidade humana’ (STJ, 3ª Turma, voto do Relator EDUARDO RIBEIRO, no REsp 4.236, in BUSSADA, Súmulas do STJ, São Paulo, Jurídica Brasileira, 1995, p. 680). Traduzem-se em ‘um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida’ (STF, RE 69.754/SP, RT 485/230), capaz de gerar ‘alterações psíquicas’ ou ‘prejuízos à parte social ou afetiva do patrimônio moral’ do ofendido (STF, RE 116.381-RJ, BUSSADA, ob. cit., p. 687)” (Dano moral, Oliveira Mendes, 1998, 1ª ed., p. 2-3).”

A indenização a título de danos morais visa compensar a dor experimentada pelo ofendido, quando sujeito a situações vexatórias que maculem o seu íntimo, provocando-lhe um desarranjo em sua personalidade.

Diante dos fatos comprovados nesse feito, cometeram os réus ato ilícito em face de M., gerando-lhe grave dano, principalmente de ordem moral e emocional que deve ser ressarcido.

Arnaldo Rizzardo em atenção à responsabilidade em situações de ofensa ou prejuízo aos valores da afetividade advindas das relações das pessoas em família, afirma que:

“De todos é conhecida a importância da afetividade, que envolve o vasto mundo de uma subjetividade decisiva na estrutura psíquica da pessoa, não podendo ser desligada de seu crescimento e formação. É incontestável que o afeto desempenha um papel essencial na vida psíquica e emotiva do ser humano. A afetividade é uma condição necessária na constituição do mundo. (...) Em todas as fases da vida se faz importante a afetividade, a qual facilita a convivência, desarma os espíritos, torna agradável a companhia, elimina a agressividade e cria um constante ambiente de amizade. Na infância, torna a criança dócil, lhe dá segurança, facilita a aprendizagem e imprime ao caráter sentimentos saudáveis. Na adolescência e juventude, fortalece o espírito, afasta os atritos, e cria ambiente para despertar aos sentimentos de amor sadio, desprendido, compreensivo e respeitoso. Na vida adulta, acalenta as uniões, torna forte os laços de amizades, conduz tolerância, e fortalece nas adversidades, levando a não sucumbir. Por outras palavras, na explicação de psicólogos, no decorrer do desenvolvimento humano, seja em virtude das condições maturacionais, seja em virtude das características sociais de cada idade, a criança estabelece diferentes níveis de relações sociais e estas, interferem na construção do campo afetivo.”

Segundo o psiquiatra Içami Tiba, a devolução funciona como uma bomba para a auto-estima da criança e é melhor que ela nunca seja adotada a ser adota e devolvida. “As pessoas devem ser mais responsáveis ao adotar: Devolver é quase um aborto.”

Colhe-se a fala de M. para a psicóloga da instituição de acolhimento:

“me sinto devolvido, minha mãe me deixou no fórum. Não me lembro do que ela me disse na frente da juíza, só lembro da minha mãe indo embora e me deixando na sala.” chorando falou que naquele momento sentiu muito medo porque não sabia o que iria acontecer. Questionado se ainda sente medo, responde que ‘não.’ (fls. 416).

No presente caso não se trata apenas da “devolução”, porquanto os seus reflexos, como se percebe neste processo, têm criado a manifestação das partes no sentido de terem sido “mal interpretadas” e pretendendo reaver a “posse” da criança. O abuso emocional praticado pelos requeridos e comprovado nos laudos técnicos apresentados deixam evidente que M. está hoje na instituição de acolhimento muito melhor do que se encontrava nos seis anos em que esteve convivendo com os réus.

Por tudo o que se viu e ouviu, o retorno agravaria ainda mais a situação da criança que nunca foi desejada no seio daquela família.

Caso porte realmente doença psiquiátrica, ainda sofrerá o agravamento do seu quadro pela rejeição familiar e a violência psicológica com que convivia.

Ao retornar para a instituição M. voltou a se sentir amado, respeitado e acolhido. Seu comportamento tranquilizou, tanto assim que todos, técnicos e professores, psiquiatra e psicólogos são unânimes em afirmar que M. está tranquilo, seguro e feliz, e que não quer, de forma alguma, voltar a conviver com os réus.

O mais impressionante, contudo, é o resgate do vínculo entre os irmãos, a despeito de todo o esforço dos requeridos em afastá-los.

A despeito de não residirem na mesma casa, têm contato direto, durante a semana e nos finais de semana de forma saudável e respeitosa, o que fez frutificar a relação de afeto entre ambos.

O prejuízo causado pelos requeridos desponta já na atitude de terem assumido o pedido de adoção de M. quando desde sempre sabiam que não o queriam. Fizeram-no apenas e tão-somente para garantir a realização do seu desejo de ter a adoção da irmã, T.. Agora, pretendem novamente repetir a ação. Ao verificarem que T. deseja a companhia do irmão, e que, legalmente, a previsão é de manutenção dos vínculos fraternais, mudam completamente todo o discurso feito neste processo e ao longo destes seis anos para dizer que querem e desejam os dois.

M. conviveu com os requeridos durante seis anos, vivendo a falsa idéia de filho, sem nunca ter sido desejado, fato que agravou seu sentimento de abandono, baixa-estima e desvalia.

Não se sabe o futuro destas crianças. É muito possível que sejam reencaminhadas para família substituta, porquanto a adoção tardia nacional ou internacional tem tido bons êxitos ainda que com adolescentes.

Caso não haja esta possibilidade, restará a T. e M. conviverem um com o outro, por serem a única família que possuem, e a instituição irá preparar-lhes para a vida adulta, como tem feito com várias outras crianças e adolescentes.

Contudo, certo é que diante de todos os traumas sofridos precisarão de atendimento especializado que lhes garanta minorar dentro do possível os abalos emocionais vivenciados.

Assim, a falta de afetividade impingida a M., mais do que comprovada nesses autos, demonstra a prática do ato ilícito pelas ações e omissões dos réus.

Resta evidente o direito da criança em ser indenizada pelos réus quanto à falta do cumprimento dos deveres de pais, e principalmente pelos prejuízos psíquicos e emocionais que lhe proporcionaram, além do sofrimento de ser mais uma vez abandonada, relegada à própria sorte, ou pior, ser forçada a viver com quem não lhe ama, para que os réus possam exercer seu desejo de ter T.

O sofrimento de M. é latente nos estudos apresentados pelos profissionais e pôde ser verificado no dia da devolução pela mãe. O medo e a incerteza do seu futuro e seu completo desamparo.

Logo, considerando-se que a caracterização dos danos causados, a culpa dos réus quanto a suas ações e omissões em relação ao filho e o nexo de causalidade entre eles evidenciado de forma clarividente pelos estudos sociais juntados ao feito, imprescindível a procedência do pedido de dano moral que poderia ser analisado para as duas crianças. Contudo o pedido feito na inicial restringiu-se a M., razão pela qual será analisado tão-somente com relação a ele.

Nosso ordenamento civil estabelece um critério subjetivo ao magistrado para valoração do quantum, devendo ponderar entre a possibilidade de quem paga e extensão do dano de quem sofre o abalo.

No caso o abalo emocional é enorme. Quanto à possibilidade de quem paga, tem-se que os requeridos possuem um bom padrão financeiro. Possuem renda fixa, patrimônio, residem em local de

classe média alta, capaz de garantir uma vida bem mais confortável do que a grande média nacional.

A criança, dado a sua idade não pode trabalhar, necessita de acompanhamento psicológico e talvez psiquiátrico, precisará ser profissionalizada para poder ter uma condição de vida que permita garantir seu sustento sozinha. A fim de estabelecer parâmetros práticos para a fixação do valor, passo a considerar algumas necessidades que a crianças precisa. Considerando que uma consulta psicológica ou psiquiátrica custa, em média R\$ 200,00 (duzentos reais) e que são realizadas semanalmente; considerando que este tipo de atendimento costuma levar muito tempo e diante da extensão do abalo precisará atender muitas demandas. Tomando por base que um curso universitário não custa menos de R\$ 500,00 (quinhentos reais) ao mês e tem duração de no mínimo 5 anos. Verificado que além de custo de mensalidade, haverá custo de livros, além da necessidade de buscar moradia, após o período de institucionalização, na eventual hipótese de não residir com nova família, chega-se a um valor aproximado de oitenta mil reais para cada criança. É certo que todos estes parâmetros são patrimoniais, mas estão sendo levados em conta para encontrar-se um valor monetário capaz de servir de parâmetro.

Por todas estas razões fixo o valor do dano moral em R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Deverá a instituição de acolhimento abrir uma conta em nome apenas da criança e indicar o número nestes autos para que, em caso de execução o valor seja depositado em favor da criança a fim de garantir-lhe um futuro menos fragilizado.

A jurisprudência consubstanciada na súmula 54 do STJ determina a fixação dos juros de mora a partir do evento danoso. Considerando que o abuso emocional vem se perpetrando desde que M. passou a residir com os réus (na primeira noite levou uma surra), mas que a constatação jurídica do abalo está sendo considerada nesta sentença fixo a mora a partir desta decisão.

Sobre o valor do dano moral deverá incidir correção monetária a partir da data da sentença, súmula 362 do STJ.

Destaco, por oportuno, que apesar de muitos dos fatos apurados se referirem estritamente a situação vivenciada pela criança M., é

certo que a menina T. também é vítima de tais violências, mesmo por reflexo.

Assim, conforme bem destacado pelo doutrinador Arnaldo Rizzardo, “a perda do poder familiar em relação a um filho se estende aos demais.

Com efeito, se o pai ou a mãe não revela condições para exercer o cargo relativamente a um filho, é evidente que não tenha capacidade quanto aos demais. Além disso, trata a espécie de perda do poder familiar como encargo em si, e não em função dos fatos relativos a um filho apenas.”

Os réus efetuaram dois pedidos nesta audiência: a possibilidade de saída do país do requerido e a suspensão do feito para tentativa de reinclusão das crianças junto aos requeridos. Quanto ao pedido para autorizar o requerido a sair do país e retornar à Inglaterra para concluir seu doutorado, merece ser deferido porquanto a instrução probatória já foi concluída, não havendo prejuízo ao feito. A razão da proibição de saída dos réus do país não mais persiste, razão pela qual, defiro o pedido que estendo também à requerida e o filho biológico do casal.

Quanto ao pedido para suspensão do processo para apresentar uma proposta de readaptação da família para nova reinserção das crianças no seio familiar dos requeridos, entendo descabida.

Como dito e redito os réus quando da sua inscrição para habilitação no cadastro de adoção já foram acompanhados e orientados pelo Grupo de Apoio à Adoção de Blumenau durante todo o tempo em que estiveram inscritos. Durante o estágio de convivência já foram acompanhados por equipe interdisciplinar. Após concluída a adoção foram atendidos várias vezes pelos profissionais da infância e juventude, sempre orientados a proceder acompanhamento psicológico. As mudanças freqüentes de profissionais ocorreram por liberalidade da requerida, mais preocupada em encontrar alguém que lhe desse uma comprovação de distúrbio psiquiátrico em M. do que de buscar inserí-lo como filho. Foram seis anos de tentativas de ver M. acolhido e aceito como membro da família.

A busca pela reinserção é um fato, mas ela tem limites, assim como ocorreu com a família biológica. O laudo psiquiátrico demonstra que o ambiente em que M. convivia agravaria seu quadro. Ademais,

nada há de concreto ou novo na proposta formulada que já não tenha sido buscado ou feito.

A jurisprudência trazida pelos réus não se equipara a este caso.

Naqueles autos, a família biológica era miserável e a mãe encontrava-se em um quadro de depressão e ambos estavam desempregados. A denúncia era de problemas de higiene que caracterizaram negligência e acarretaram o acolhimento institucional. Não havia sido feito acompanhamento pela equipe interdisciplinar e os réus não foram ouvidos.

Nos presentes autos muito se investiu nesta família que teve todas as oportunidades de trazer paz e aconchego para M. e preferiu não fazer.

M. e T. tem o direito de buscar um ambiente de respeito e aceitação, as tentativas nesta família se encerraram.

Ante o exposto, com base no inc. I, do art. 269 do CPC, julgo PROCEDENTE o pedido formulado na inicial para DECRETAR a PERDA do PODER FAMILIAR dos requeridos com relação às crianças T. V. S. C. e M. S. C.

Condene os requeridos no pagamento da indenização por dano moral no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) em favor da criança M., acrescido de juros de mora e correção monetária a partir da sentença.

Oficie-se à polícia federal quanto à liberação dos requeridos e seu filho biológico quanto à possibilidade de saída do país, salvo se por outro motivo não houver impedimento.

Expeça-se mandado para averbação no Cartório de Registro Civil. (...)"

Da mesma forma, o parecer ministerial, da lavra do Dr. Fábio de Souza Trajano, não destoia também da conclusão da ilustre Magistrada, merecendo ser agregado às razões da sentença, *in verbis*:

Inicialmente cumpre pontuar que a ação de destituição do poder familiar foi movida contra os apelantes após estes haverem procurado a assistente social do juízo para informar que o adolescente M.S.C. não queria mais conviver no ambiente familiar e que estariam dispostos a renunciar ao poder exercido sobre o filho, pois a insatisfação era

recíproca. O adolescente M.S.C., por sua vez, relatou à psicóloga atuante na comarca que tanto por não sentir afeto pelos seus pais adotivos quanto por estes não quererem mais mantê-lo como filho, não tencionava permanecer no convívio familiar.

Impende salientar que T.V.S.C. e M.S.C., irmãos biológicos, foram adotados pela família dos apelantes em face do que dispõe o § 4º do art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente, de que os grupos de irmãos devem ser colocados sob adoção na mesma família substituta.

O relato dos fatos acima expostos ao mesmo tempo em que evidencia a falta de preparo e condições dos apelantes de efetivamente exercerem o poder familiar sobre os filhos com todas as nuances estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, reflete a discriminação existente em relação à outra filha adotiva do casal, a infante T.V.S.C., irmã biológica de M.S.C., cujo poder familiar não foi renunciado.

A magistrada *a quo* ao julgar procedente a ação promovida pelo Ministério Público apoiou-se no farto conjunto probatório carreado aos autos, que, além de bastante elucidativo a respeito da situação de desamparo emocional vivenciada pelos infantes T.V.S.C. e M.S.C., não deixa dúvidas quanto ao acerto da decisão que decretou a perda do poder familiar dos apelantes.

Quanto à tese dos apelantes de que não teriam sido esgotadas todas as tentativas de reinserção das crianças no ambiente familiar, destaca-se que esta já foi repelida pela nobre sentenciante nos seguintes termos:

A busca pela reinserção é um fato, mas ela tem limites, assim como ocorreu com a família biológica. O laudo psiquiátrico demonstra que o ambiente em que M. convivia agravaria seu quadro. Ademais, nada há de concreto ou novo na proposta formulada que já não tenha sido buscado ou feito (fl. 567).

De fato, entende-se que o caso em tela não comporta reinserção.

Com efeito, as crianças T.V.S.C. e M.S.C. foram submetidas à perícia psiquiátrica, na ocasião, o médico perito em resposta ao quesito n. 2, consignou que há possibilidade de existência de abuso emocional desencadeando ou agravando as manifestações psicopatológicas sobretudo ao se considerar a súbita melhora de M.S.C.

quando retirado do ambiente traumático. Arrematou, ao final, que “somente o tempo de convívio em ambiente acolhedor e estável mostrará o que era reacional ao ambiente de abuso emocional, ou que era transtorno psiquiátrico primário” (fl. 323).”

No laudo psicossocial, por sua vez, realizado algumas semanas depois, consta que M.S.C. era um adolescente sereno, dentro e fora da instituição abrigadora, estabelecendo uma boa relação com seus pares, bem como os profissionais da casa.

Portanto, ao que se vê, não há como se dissociar a melhora no comportamento negativo de M.S.C. da retirada deste da tutela familiar. Informação que é confirmada pelo próprio adolescente que questionado quanto à possibilidade de voltar ao convívio familiar respondeu enfaticamente: “melhor morto, se eu voltar pra casa, pulo de um penhasco”. Acerca de como vem se sentindo na instituição abrigada, o adolescente asseverou que: “nunca tive o carinho e atenção que tô tendo aqui no abrigo. Gosto que me tratem com carinho. Agora eu tô feliz!” (fl. 415).

Em diversos trechos do laudo psicossocial, resta evidente que a conduta do adolescente M.S.C., supostamente a causa do descontentamento recíproco entre pais e filhos dentro do ambiente familiar, estava sendo diretamente influenciada pelo sentimento de rejeição que o adolescente tinha em relação à família adotante, senão vejamos:

“os transtornos das relações familiares foram provenientes do sentimento de recusa e de arrependimento pela adoção de M. – o estranho filho adotivo, que, desde o início do processo não estava nos planos do casal C. A frequência dos pais nos bastidores dos Fóruns de Gaspar e Blumenau, nesse período, pode significar que sempre houve neles uma espécie de sentimento de estranheza, e também, que não se reconheceram como pais de M., chegando, às vezes, a desejar devolver a criança, ou seja, destituí-la do lugar de filho, como se fosse possível fazer uma anulação retroativa, o que posteriormente o fizeram, pois, M. era um filho não reconhecido como familiar que se mantinha na condição de estrangeiro na cadeia significativa dos pais e da família” (fl. 406).

E, ainda:

“Averiguou-se também a relação truculenta entre D. e M., que por diversas vezes ocasionou a chamada da Polícia Militar por parte da mãe para resolver o conflito entre ambos, dando a entender que a mãe tinha dificuldade de resolver o conflito entre ambos e apaziguar o problema familiar com uma criança de 11 anos” (fl. 408).

Outra informação que salta aos olhos no referido laudo, pois deixa claro o sentimento de indiferença e frieza que a apelante D.E.O.S.C. nutria em relação ao adolescente M.S.C., é a reação daquela no dia em que este foi deixado no Fórum, após a emissão do termo de renúncia do poder familiar: “a mãe foi embora enquanto M. chorava muito, debruçado sobre a mesa de audiência”.

No dia seguinte, porém, frente ao cumprimento de mandado judicial para retirada da outra filha do casal, a infante T.V.S.C., a apelada (*sic*) teve outra reação, senão vejamos:

“A Sra. D. Passou a gritar fortemente que não permitiria a saída de T. daquela casa. Gritava descontrolada que a Juíza não podia fazer isso, que agora ela está entendendo o que acontecia. Percebeu-se que a Sra. D. Logo achou um culpado para aquilo estar acontecendo: ‘isso é coisa do M., ele está fingindo de doente para a juíza ficar com pena e levar a T. também, pois ele não suportava ver que a T. é amada. O M. é psicopata, ele precisa de um psiquiatra’. T. assustada ouvia os gritos da mãe e a promessa de que no dia seguinte ela a buscaria de volta para casa” (fls. 411-12 – destaque nosso).

Ou seja, das crianças adotadas pelo casal, os irmãos M.S.C. e T.V.S.C., somente esta era amada pela genitora, o adolescente M. é tratado como psicopata e manipulador. Em que pese a genitora haver externado seu afeto em relação à criança T.V.S.C., esta ao ser questionada se gostaria de voltar para casa, mostrou-se alheia, afirmando que não estava sentindo falta de casa, que seria indiferente à voltar ou não à casa, que só desejava ficar com o irmão M.

Além do mais, a avaliação psiquiátrica constante às fls. 298-328 indica que a infante T.V.S.C. foi diretamente afetada pela situação discriminatória sofrida pelo irmão, o que denota que o ambiente não era saudável para ambas as crianças.

Por fim, das conclusões dos profissionais que elaboraram o laudo extrai-se o seguinte:

“[...] que o ambiente familiar no qual as crianças estavam inseridas lhes era prejudicial ao desenvolvimento psicossocial, em função das situações de violência psicológica, do desafeto em relação a M., da não preservação dos vínculos fraternais conforme preconiza o ECA, da falta de assimilação que o casal apresenta em relação à adoção. O fato de uma mãe ‘devolver’ uma criança passados seis anos juntos, como se fosse ela uma ‘mercadoria’, nos faz acreditar que o receio de T. em também ser devolvida pela mãe, pode ser possível, colocando-a em situação de risco. Afinal, com ou sem doença não há motivos para devolver um filho. Faltou ao casal C. Entender que quem deseja adotar uma criança deve aprender a lidar com a frustração, conhecer outras famílias adotivas, adquirir habilidades para lidar com preconceito, entender as dores do abandono, especialmente em uma adoção de criança mais velha, como é o caso de M. A educação para se ter um filho, genético ou adotivo, refere-se a uma reflexão sobre as próprias motivações, riscos, expectativas, desejos e medos. Filhos, genéticos, ou por adoção, não estão no mundo para atender às necessidades dos pais, não são cópias nem massa de modelar, não devem servir nem como expiação à culpa, nem como instrumento de caridade. Filhos são seres únicos cujos pais assumiram o compromisso de guiar, socializar e auxiliar o seu desenvolvimento, que inclui a noção de afeto que levará durante toda a sua vida” (fls. 451-52 – destaque nosso).

Nessa senda, ao que se vê não há qualquer possibilidade de se restabelecer o poder familiar dos apelantes em relação à M.S.C. e T.V.S.C. O conjunto probatório é farto no sentido de que a convivência de M.S.C. e T.V.S.C. com os apelantes foi bastante prejudicial ao desenvolvimento destes, sobretudo do adolescente M., que foi o mais afetado pela atitude negativa dos apelantes.

Quanto ao pedido de redução do *quantum* fixado à título (*sic*) de indenização por danos morais, verifica-se que os apelantes não cumpriram com o ônus processual que lhes cabia, pois alegaram incapacidade econômica de arcar com o valor arbitrado sem contudo juntar qualquer documento capaz de demonstrar sua verdadeira situação financeira ônus que lhes incumbia, conforme preceitua o art. 333, II, do CPC.

Não é outro o entendimento desse egrégio Tribunal, vejamos:

Apelação cível. Ação de indenização. [...]. Dever de indenizar caracterizado. Insurgência no tocante ao valor da verba aplicada a título de dano moral. Critérios de fixação. Razoabilidade e proporcionalidade. Quantia arbitrada no decurso combatido adequada à intensidade da ofensa experimentada pelo postulante. Precariedade financeira do requerido/apelante não demonstrada. Sentença mantida in totum. Recurso desprovido. [...] Mostra-se razoável, in casu, a manutenção da quantia estabelecida em primeiro grau, à consideração da quantia estabelecida em primeiro grau, à consideração do ilícito praticado, da natureza da lesão, da extensão e perpetuação do dano sofrido e da capacidade financeira dos ofensores, que, por sua vez, não restou demonstrada no processo ser precária, com um documento sequer. (Apelação Cível n. 2009.003191-6. Rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva. Data do Julgamento: 28.06.2010 – destaque nosso).

Assim sendo, entende-se que deve ser mantido o valor fixado à título (*sic*) de indenização por danos morais à M.S.C., no importe de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), considerando-se, ainda, que o valor fixado é adequado às peculiaridades do caso concreto, tendo em vista a gravidade e extensão do dano, a culpabilidade dos envolvidos, bem como a condição financeira destes. (fls. 675 – 679A)

Acrescenta-se ainda outros fundamentos de ordem doutrinária e jurisprudencial àqueles já colacionados até aqui.

Do abandono

No tocante ao abandono praticado pelo réus, seja a respeito da infeliz “devolução” do filho M. ao Poder Judiciário ou aos maus tratos físicos e psicológicos contra ele perpetrados e sua irmã T., leciona Sílvio Rodrigues:

O abandono, compreende o descaso intencional pela sua criação, educação e moralidade. (Rodrigues, Sílvio. *Direito civil: direito de família: volume 6*. 28 ed., por Francisco José Cahali, de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004. p. 371).

Colhe-se, ainda, sobre o tema, os seguintes ensinamentos de outros renomados Doutrinadores:

A doutrina tem inserido no rol das obrigações o da responsabilidade afetiva perante os filhos, o que se dá pelo exercício da convivência familiar. Há tendência a responsabilizar civilmente o genitor por abandono afetivo, em face do descumprimento do dever de convivência. (Groeninga, Giselle Câmara. *Direito de família – Coordenação Águida Arruda barbosa, Cláudia Stein Vieira*. São Paulo: RT, 2008. p. 222).

O abandono do filho é ato que implica desatendimento direto do dever de guarda, bem como do de criação e educação. Revela falta de aptidão para o exercício e justifica plenamente a privação, tendo em vista que coloca o filho em situação de grave perigo, seja quanto à segurança e integridade pessoal, seja quanto à saúde e à moralidade.

É ato que afronta um dos direitos mais caros do filho o estar sob os cuidados e vigilância dos pais. Traduz-se o abandono na falta de cuidado e atenção, na incúria, ausência absoluta de carinho e amor. (...). (Comel, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: RT, 2003, p. 288).

(...) Amplia-se a proteção do menor ao não se permitir repetição de atos que, isolados podem ser de todo prejudiciais ao bom desenvolvimento e educação do filho. (Comel, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: RT, 2003, p. 291).

E, sobre a responsabilidade dos pais pelo abandono, tem-se:

Se os pais não cumprirem o dever legal e moral de educar e criar seus filhos, perderão o poder familiar (CC, art. 1.638, II), sofrerão as sanções previstas no Código Penal (arts. 244 e 246) para o crime de abandono material e intelectual dos menores, e, ainda, arcarão com a responsabilidade civil pelo dano moral causado aos filhos, relativamente aos seus atos de personalidade (Diniz, Maria Helena. *Curso de direito civil, volume 5: direito de família*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 593-594).

A jurisprudência confirma:

Estatuto da criança e do adolescente. Destituição do poder familiar. Abandono do filho por parte da genitora. Comportamento reprovável do pai. Ausência de vínculo afetivo. Impossibilidade de

o apelante exercer o poder familiar de forma plena, encontrando-se cumprindo pena e evidenciada a sua falta de responsabilidade, condições emocionais, morais e sociais. Ação procedente, sentença confirmada. Apelação desprovida. (TJRS, Apelação Cível n. 70017531443, de Carazinho. Relator: Des. Luiz Ari Azambuja Ramos. Data: 14-12-2006).

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PÁTRIO PODER. MAUS TRATOS, ABANDONO DE MENOR E INJUSTIFICADO DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES DE GUARDA E EDUCAÇÃO. INTERESSE PREVALENTE DA CRIANÇA. FUNDAMENTAÇÃO. SUFICIÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. ECA, ARTS. 19, 23 E 100.

I. Inobstante os princípios inscritos na Lei n. 8.069/90, que buscam resguardar, na medida do possível, a manutenção do pátrio poder e a convivência do menor no seio de sua família natural, procede o pedido de destituição formulado pelo Ministério Público estadual quando revelados, nos autos, a ocorrência de maus tratos, o abandono e o injustificado descumprimento dos mais elementares deveres de sustento, guarda e educação da criança por seus pais.

II. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” - Súmula n. 7-STJ.

III. Recurso especial não conhecido. (STJ, Resp n. 245.657/PR. Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Data: 23-03-2003).

ECA. DESTITUIÇÃO DE PÁTRIO PODER. HAVENDO PROVA DE QUE AS CRIANÇAS ESTÃO RELEGADAS AO ABANDONO MORAL E MATERIAL, UMA VEZ QUE SEUS PAIS NÃO LHEM PRESTAM A DEVIDA ASSISTÊNCIA DE QUE NECESSITAM PARA QUE TENHAM UM DESENVOLVIMENTO SAUDÁVEL, OPERA-SE A DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER. APELO IMPROVIDO. (TJRS, Apelação Cível n. 70003117330. Relator: Des. José Carlos Teixeira Giorgis. Data: 06-03-2002)

Da adoção como instituto irrevogável, incondicional e irrenunciável (portanto, sem possibilidade de desfazimento), sem prejuízo, contudo, da destituição do poder familiar

A respeito da **irrevogabilidade da adoção**, anota-se os ensinamentos de Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva:

A adoção cria direitos e deveres recíprocos, inclusive a mudança de estado familiar do filho, com ingresso deste na família substituta. Assim, impõe-se a irrevogabilidade do ato da adoção. (...) Contudo, a adoção é irrevogável, e os pais são aqueles que adotaram. (*Curso de Direito Civil*, v. 2, pp 491/492, São Paulo: Saraiva, 41^a ed.).

Não é possível subordinar a adoção a termo ou condição, já que ela atribui a condição de filho ao adotado (ECA, art. 41). Adoção é ato puro, que se realiza pura e simplesmente, não tolerando aludidas modificações dos atos jurídicos. Quaisquer cláusulas que suspendam, alterem ou anulem os efeitos legais da adoção são proibidas, como já eram sob a égide do Código Civil anterior. (Monteiro, Washington de Barros atualizado por Tavares da Silva, Regina Beatriz. *Curso de direito civil: direito de família*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 489)

(...), o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores. Eis a paternidade responsável (Const. Federal, art. 226, § 7º). (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família, de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002)*. Atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 347)

(...) O poder familiar pode ser conceituado como o conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores. Por natureza, é indelegável (Como conjunto de obrigações, tratando-se de ônus, é irrenunciável e indelegável). (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família, de acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002)*. Atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 348)

Da doutrina de Pontes de Miranda, extrai-se:

O pátrio poder é irrenunciável (...). Não pode ser delegado o exercício (...); nem, *a fortiori*, transferido ele mesmo, ou o seu exercício. (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: direito de família: direito parental. direito protetivo*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 148)

O pai e a mãe não podem renunciar ao pátrio poder, pois os direitos, que têm, não lhes foram concedidos por virtude de medida em favor deles, mas em benefício dos filhos ou do filho. O pátrio poder é suscetível de destituição; porém, em quaisquer circunstâncias, persiste irrenunciável. E **será nulo o pacto pelo qual se renuncie ou se prometa renúncia**. (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: direito de família: direito parental. direito protetivo*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 215)

Caio Mário da Silva Pereira, por sua vez, leciona:

A *patria potestas*, como direito de família puro, é *indisponível*, no sentido de que o pai não pode abrir mão dele; é *inalienável*, quer dizer, não pode ser transferido; é *irrenunciável*, e incompatível com a *transação*; é *imprescritível*, vale dizer, que dele não decai o genitor pelo fato de deixar de exercitá-lo. (...). (PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Institutos de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. V. p. 239)

E Arnaldo Rizzardo, ensina:

Concepção tradicional e atual de poder familiar

Desapareceu o caráter de poder ou disposição que imperava primitivamente. Vigê o princípio de um *munus* ou encargo na vida ou nos bens dos filhos, como deixa entrever San Tiago Dantas: “Pode-se dizer que trazer o conceito de dever paternal para o primeiro plano e deixar o direito, num segundo, foi uma das transformações a que o cristianismo submeteu a humanidade. Depois de realizar-se esta transformação, o conceito que se possui do pátrio poder é outro; não o julga mais uma *auctoritas*, mas um *munus*, encargo, dever, função; é esse o modo pelo qual a consciência moderna conceitua o pátrio poder.

O pátrio poder não é uma *auctoritas*, é um *munus*, do mesmo modo que a tutela e o poder marital, função que se atribui ao homem, para que exerça livremente, mas não no seu interesse próprio e, sim, no interesse daqueles ou daquela coisa cuja guarda lhe cabe.” (RIZZARDO, Arnaldo, *Direito de família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 605)

Efeitos da adoção

Por outras palavras, não pode o adotado desligar-se do vínculo da adoção. Nem ao adotante assiste a faculdade de desfazer o vínculo criado. Manter-se-á a relação perpetuamente. Nem se aplicam, nesta espécie, as causas de revogação estatuídas pelo Código Civil. (RIZZARDO, Arnaldo, *Direito de família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 595)

Sobre a perda do poder familiar em face de irmãos, o mesmo autor enfoca com propriedade:

Cabe assinalar que a perda do poder familiar em relação a um filho se estende aos demais. Com efeito, se o pai ou a mãe não revela condições para exercer o cargo relativamente a um filho, é evidente que não tenha capacidade quanto aos demais. Além disso, trata a espécie de perda do poder familiar como encargo em si, e não em função dos fatos relativos a um filho apenas. (...) (RIZZARDO, Arnaldo, *Direito de Família: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pp. 613-618) (Grifo acrescido)

Ainda da doutrina, transcreve-se:

O poder familiar é um *munus* público, irrenunciável, imprescritível, imposto pelo Estado, aos pais, com o fito de zelar pelo porvir dos filhos (Barros, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual de Direito Civil: volume 4: família e sucessões*. São Paulo: Método, 2006. p. 132)

(...) em outras palavras, o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores, em atenção ao princípio da paternidade responsável insculpido no art. 226, § 7º, da Constituição Federal. (Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 397)

A adoção é, portanto, um vínculo de parentesco civil, em linha reta, estabelecido entre o adotante, ou adotantes, e o adotado um liame legal de paternidade e filiação civil. **Tal posição de filho será definitiva ou irrevogável, para todos os efeitos legais**, uma vez que desliga o adotado de qualquer vínculo com os pais de sangue, salvo os impedimentos para o casamento (CF, art. 227, §§ 5º e 6º),

criando verdadeiros laços de parentesco entre adotado e a família do adotante. (Diniz, Maria Helena. *Curso de direito civil, volume 5: direito de família*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 547)

A adoção é irrevogável, conforme o disposto no art. 48, do ECA. A irrevogabilidade da adoção não impede a destituição do poder familiar daquele que adotou, nem que consinta ele com nova adoção de seu filho, que fora adotado, devendo, evidentemente, agir com muita prudência os envolvidos neste novo processo. O projeto de lei de alteração do novo Código Civil acrescenta parágrafo ao art. 1.618, reafirmando a irrevogabilidade da adoção. (Guimarães, Giovane Serra Azul. *Adoção, tutela e guarda: conforme o estatuto da criança e do adolescente e o novo código civil*. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 45)

(...), o princípio da irrevogabilidade, tal como expressamente tratado na lei estatutária, representa uma aplicação específica do princípio constitucional da igualdade entre os filhos (independentemente da origem, ou da fonte que gerou a filiação). Caso não ocorresse a irrevogabilidade, não haveria absoluta equiparação entre os filhos, levando em conta que os filhos decorrentes da adoção se sujeitariam à extinção do vínculo da parentalidade-filiação por força de possível revogação da adoção na estrutura prevista originalmente no Código Civil de 1916. (Gama, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 575)

(...) Verifica-se, inclusive, que a irrevogabilidade gera duas consequências que atendem aos interesses das pessoas envolvidas em relação à segurança jurídica especialmente relacionada aos vínculos jurídico-familiares: a) a impossibilidade do adotante desfazer, por vontade e iniciativa próprias, a adoção que ele mesmo desejou que fosse constituída; b) a mesma impossibilidade do adotado também revogar a adoção, ainda que tenha sido adotado quando era criança ou adolescente, o que também preserva os interesses do adotante. (Gama, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 577)

(...) A adoção se destina a proteger e a integrar a pessoa do adotado no novo lar familiar que ele passa a fazer parte, motivo pelo qual é necessária a estabilidade dessa nova situação jurídica, o que é alcançada por intermédio da irrevogabilidade da adoção, impedindo a dissolução do vínculo pela vontade dos interessados diretos, ou seja, adotante e adotado. (Gama, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 578)

Art. 18 ECA – tratamento constrangedor. (...) Logicamente que tal dever não se restringe aos cidadãos que não sejam os titulares da autoridade parental, mas principalmente atinge os próprios pais (Gama, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 613)

A filiação decorrente da adoção reflete o ideal dos vínculos de parentesco próximo, como é o de um pai com a pessoa do filho ou de uma mãe com a pessoa do filho, ou seja, de um vínculo afetivo amoroso, afim em termos comportamentais, fundado na solidariedade, no humanismo, no existencialismo, no consenso, na vontade, mas também no compromisso, na responsabilidade, no assistencialismo. A adoção somente pode ser bem compreendida como um autêntico direito de amor sem nenhum outro fator, pois independentemente de qualquer aspecto biológico, social ou jurídico, “pai ou mãe se é por ato de amor, de vontade, não por decisão judicial” ou por disposição legal. (Gama, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 624)

Para corroborar, extrai-se da jurisprudência:

(...) Nula é a desistência do poder familiar dos pais sobre a menor pela irrenunciabilidade e indelegabilidade dos encargos inerentes àquele poder/dever. (...) (TJSC, Apelação Cível n. 2005.004558-0, de Lages. Relator: Des. Monteiro Rocha. Data: 13-10-2005).

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. AÇÃO DE SUSPENSÃO DE PÁTRIO PODER. ARREPENDIMENTO DA MÃE, APÓS TER CONCORDADO COM A DESTITUIÇÃO. IRRELEVÂNCIA. PROVA DOS AUTOS QUE NÃO AUTORIZA A REFORMA DA SENTENÇA. RESGUARDADO DO BEM ESTAR DAS CRIANÇAS. APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJRS, Apelação Cível n. 70002870723. Relator: Des. Lúcia de Castro Boller. Data: 06-11-2001).

DIREITO CIVIL. PÁTRIO PODER. DEVER IRRENUNCIÁVEL E INDELEGÁVEL. DESTITUIÇÃO. CONSENTIMENTO DA MÃE. IRRELEVÂNCIA. HIPÓTESES ESPECÍFICAS. ART. 392 DO CÓDIGO CIVIL. CONTRADITÓRIO. NECESSIDADE. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. ADOÇÃO. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA. SEGURANÇA JURÍDICA. INTERESSES DO MENOR. ORIENTAÇÃO DA TURMA. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - O pátrio poder, por ser “um conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoas e bens dos filhos menores” é irrenunciável e indelegável. Em outras palavras, por se tratar de ônus, não pode ser objeto de renúncia.(...) (STJ, Resp n. 158.920/SP. Relator: Min. Salvio de Figueiredo Teixeira. Data: 23-03-1999).

Correção “ex officio” da sentença objurgada:

Por outro lado, em que pese o brilhantismo dos termos da sentença recorrida, merece pequeno reparo no tocante a condenação dos Réus por danos morais, em R\$ 80.000,00, exclusivamente em favor do menor M., bem como no que concerne a definição da incidência dos juros. Vejamos:

1. Dos danos morais

Depreende-se de todo o processado que a filha T. também era vítima dos Réus pela prática de atos idênticos ou similares praticados contra o seu irmão, M., notadamente a discriminação em relação ao filho biológico do casal. É bem verdade, e as provas não deixam dúvidas, que a rejeição dos Réus direcionava-se à pessoa de M., e não de T. Contudo, esta última sofria igualmente violências psicológicas, sobretudo no que concerne ao

seu comportamento, pois presenciava as constantes ameaças perpetradas contra o irmão, acerca da possibilidade de “desfazerm” a adoção.

A própria Magistrada reconhece em sua sentença, à fl. 566, *in verbis*: “Destaco, por oportuno, que apesar de muitos dos fatos apurados se referirem estritamente a situação vivenciada pela criança M., *é certo que a menina T. também é vítima de tais violências, mesmo por reflexo...*”.

Portanto, mesmo considerando-se que o pedido formulado no adiamento à inicial, pelo Ministério Público, convirja para a condenação por danos morais apenas em favor de M., nada obsta que, diante dos fatos e provas produzidas, estenda-se a compensação pecuniária também em favor de T., flexibilizando-se a regra contida no art. 460 do CPC, que agasalha a relação de simetria a ser observada entre o pedido e o pronunciado, na exata medida em que necessita ser mitigada a sua aplicação quando dirigida ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em outros termos, relativiza-se o princípio da congruência, tal como delineado para o processo civil clássico, para bem atingir os fins sociais da norma protecionista das crianças e adolescentes.

Ademais, não seria de boa índole cancelar entre os irmãos, igualmente vítimas dos Réus, essa distinção de ordem financeira, no tocante a compensação pecuniária, por terem sofrido danos morais pelos atos que deram azo à perda do poder familiar, fazendo que retornassem ao estado de vida anterior, pois as duas crianças aguardam a aceitação e colocação em nova família substituta.

Por esses motivos, afigura-se-nos mais equânime manter a condenação em R\$ 80.000,00, sendo dividida a importância em 50% para cada um deles, importância esta que haverá de ser depositada em conta de poupança judicial, em favor dos menores, até completarem a maior idade.

A adequação do julgado, neste ponto, em nada prejudica os Recorrentes, não havendo que se falar em *reformatio in pejus*, porquanto mantida a quantia estabelecida na sentença recorrida.

2. Dos juros de mora

Da mesma forma, há de ser corrigida, de ofício, a sentença no que concerne a incidência dos juros, pois ficou definido que incidiriam a partir de sua fixação (fl. 568), quando a hipótese agasalha a sua aplicação a partir da data do ilícito, segundo regra insculpida no art. 398 do Código Civil (“Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou”), em sintonia com o disposto na Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça (“Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”).

A tese esposada em alguns julgados, no sentido de que os juros de mora devem incidir a partir da prolação da sentença, porque só a partir do momento em que o devedor deixa de cumprir uma obrigação de valor determinado é que se pode falar em mora nos termos dos arts. 394 e 397 do CC, diante do disposto no art. 407 do CC, não pode prevalecer por estar não só em dissintonia com a Súmula 54 do STJ mas, sobretudo, por violar regra expressa cogente delineada no art. 398 do CC, que dispõe acerca da incidência dos juros nas hipóteses de ilícito civil.

Sem sombra de dúvida, o raciocínio contido em entendimentos diversos afigura-se lógico, pois, em linha de princípio, poder-se-ia indagar: *como poderá o devedor estar em mora sem ao menos conhecer a importância devida ao credor, tratando-se de dívida ilíquida?* Destarte, se por um lado o raciocínio é lógico, com a devida vênia, parte de equívoco capaz de inquiná-lo na própria origem, na exata medida em que a premissa estabelecida não se afigura verdadeira.

Conforme já tive oportunidade de manifestar em voto prolatado em Embargos de Divergência n. 2008.046383-5, ocorre que a *mora*

estabelecida no art. 398 do atual Código Civil (correspondente art. 962 do CC/16) não decorre da verificação de inadimplemento obrigacional, mas da prática de ato ilícito gerador de dano moral ou material, a incidir impositivamente, porquanto fixada na própria lei substantiva civil (*mora ex re*), razão pela qual não pode ser confundida com a mora delineada nos arts. 394 e 397 do CC (“*Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer.*” “*Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor. Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.*”), alusivas ao descumprimento de obrigação.

Justamente por esse motivo, as doutrinas clássica e contemporâneas, denominam esta espécie de mora de *mora 'ex re'*, *mora presumida* ou *mora irregular*, tendo em vista que ela decorre não do inadimplemento, mas sim de presunção legal de natureza cogente.

Clóvis Beviláqua, ao comentar o art. 962 do Código de 1916, assim lecionou com a clareza que lhe era peculiar:

Nas obrigações provenientes de delito, a mora resulta de determinação da lei. Desde o momento em que o ato delituoso é cometido, os riscos da coisa devida correm por conta do devedor. *Semper enim morar fur facer videtur.* (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. 2. Rio de Janeiro: Ed. Rio, art. 962, p. 97, 5a ed.).

No mesmo diapasão a lição de Pontes de Miranda:

No direito brasileiro, a prática do ato ilícito, ou ato-fato ilícito, ou a ocorrência de fato ilícito *stricto sensu* é simultânea ao início do estado de mora (art. 962). (*Tratado de direito privado*, parte especial, Tomo XXIII. São Paulo: Editora RT, p. 131, 3a ed. 1984).

Vejamos outros ensinamentos doutrinários:

‘Ao estabelecer que o causador do dano é constituído em mora no momento em que pratica o ato ilícito, o art. 398 cria uma hipótese de mora *ex re* diversa daquela prevista no art. 397 do CC, uma vez que, neste caso, a mora tem início a partir de determinado fato expressamente previsto pela lei. Trata-se da chamada *mora presumida*, em que a lei leva em consideração a data da prática do ato ilícito para determinar a sua fluência’ (Carvalho de Mendonça, *Doutrina e Prática das Obrigações*, p. 258). Quanto à aplicabilidade desta regra em sede jurisprudencial, o STJ sumulou a matéria no verbete n. 54 (1992), com o seguinte conteúdo: ‘Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual’” (Gustavo Tepedino; Heloisa Helena Barboza; Maria Celina Bodin de Moraes. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 719).

Nas obrigações oriundas de delito, ou seja, nos casos de responsabilidade por ato ilícito, o devedor é considerado em mora desde o momento em que foi cometido o ato ilícito (art. 398 do novo Código Civil, correspondente ao art. 962 do Código de 1916), embora sendo ainda responsabilidade ilíquida, pois o seu montante só se torna certo com a sentença transitada em julgado, o que fixa seu valor (Arnoldo Wald. *Obrigações e contratos*. 17 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 91).

Afora a hipótese da constituição automática da *mora*, decorrente da aposição em cláusula contratual de termo certo para o pagamento, a *interpelação* se prescinde em casos nos quais a lei *presume* o devedor em *mora*. Fala-se, então, em *mora presumida*, também denominada irregular.

Por determinação legal, a ocorrência de determinados fatos é bastante para constituir o devedor em *mora*. Os casos de *mora presumida* são limitados. Espíndola alinha os seguintes: 1º) o do devedor doloso; 2º) o do devedor em razão da prática de ato ilícito; 3º) o do devedor de menores; 4º) o do retardamento na entrega da coisa vendida após o pagamento do preço; 5º) o do foreiro que se atrasa no pagamento do foro. A estes pode-se acrescentar a hipóteses do alcance dos tutores e curadores. Nem todos, porém, são admitidos pacificamente. (Orlando Gomes. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 206).

A prática do ato ilícito, confirmada *a posteriori*, faz retroagir à época do evento os feitos da mora do devedor. Entre esses efeitos cumpre consignar a contagem de juros ordinários. Não mais existem os juros compostos, como havia no sistema revogado (CC/1916 1544) (Nelson Nery Junior, Nelson. *Código civil comentado*. 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007. p. 398).

O devedor constituído em mora desde a data do evento danoso, independentemente de interpelação, notificação, protesto ou de citação em ação judicial (CPC 219). Trata-se de mora automática (*ex re*), equivalente na verdade ao inadimplemento absoluto da obrigação. É irrelevante indagar-se sobre a liquidez da obrigação, pois a norma se aplica às obrigações líquidas bem como às ilíquidas [...] (Nelson Nery Junior. *Código civil comentado*. 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007. p. 398/399).

Nas obrigações provenientes de atos ilícitos, vigora a mora *ex re*, sendo fixada pela própria lei, coativamente. Desde o momento em que o ilícito é praticado, os riscos da prestação, e a mora, correm por conta do devedor. (Judith Martins-Costa, *Comentários ao novo Código Civil*, vol. V, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, art. 398, p. 292, 2003).

Na mesma linha, vale citar:

Proveniente a *obrigação* de um ato ilícito, perfeitamente *liquida* por ser certa quanto à existência e determinada quanto ao objeto, deviam os juros correr como deixamos demonstrado, da data do ato, embora o *valor pecuniário da obrigação* só mais tarde pudesse ser e fôsse *liquidado*. (Carvalho dos Santos. *Código civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático*. V. XIV. 12 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, p. 303).

Historicamente, assinala-se que a regra inculpada no art. 398 do atual Código Civil, é praticamente a mesma formulada no art. 962 do Código de 1916 (apenas com o ajuste técnico da substituição da expressão “delito” por “ato ilícito” e do verbo “perpetrar” por “praticar”), dispositivos que remontam ao Direito Romano clássico. Lembrar Coelho da Rocha, em suas *Instituições* (vol. I, 8a ed. 1917), citado por Arnaldo Rizzardo

(*Responsabilidade civil*, Rio de Janeiro: Forense, p. 882, 3a ed. 2007), o caso do ladrão, reputado em mora desde o furto.

Não foi por menos, diga-se de passagem, que a matéria tornou-se sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula n. 54, *in verbis*: “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.”

Como dissemos alhures, no caso de ilícito (*lato* ou *strictu sensu*), de acordo com a regra contida no art. 398 do Código Civil, a questão atinente a iliquidez da dívida há de ser desconsiderada, pois os juros que haverão de incidir sobre o *quantum* estabelecido em sentença, no caso, não são moratórios e sim compensatórios, valendo dizer que eles não são considerados como sanção, mas sim como parcela integrante do valor final da indenização estabelecida pelo Estado-juiz.

Essa questão é enfocada com maestria por José de Aguiar Dias, merecendo ser transcrita:

No concernente aos atos ilícitos, não é necessário que o devedor seja constituído em mora, porque este se verifica pela simples execução do ato proibido, violador do preceito *neminem laedere*. Observa que o argumento capital da corrente contrária é que, enquanto não há soma líquida, não pode o devedor incorrer em mora, porque não estava em condições de pagar ou consignar o pagamento. Mas os juros incorporados às indenizações por ato ilícito não são moratórios e sim compensatórios. Não se estabelecem como sanção ao devedor que não paga oportunamente, mas como parcela integrante da indenização (José de Aguiar Dias. *Da responsabilidade civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 866).

No tocante a correta interpretação a ser conferida ao art. 407 do Código Civil² (“*Art. 407. Ainda que se não se alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes*”).

(correspondente art. 1.064 do CC/16), especialmente no que concerne a expressão “uma vez que” (no art. 1.064 do CC/16 a expressão utilizada era “desde que”) há de ser compreendida no sentido de determinação do *quantum* de natureza compensatória ou ressarcitória estabelecido, *in casu*, em sentença, e não como tempo definidor da constituição em mora. Em outros termos, a mora constitui-se no momento em que o ilícito é perpetrado, enquanto a definição da importância devida se dá com a prolação de sentença condenatória.

Da mesma maneira, José de Aguiar Dias coloca pá-de-cal em qualquer discussão a respeito do assunto em voga:

A locução *desde que*, do art. 1.064 do Código Civil, que se liga à interpretação dos arts. 1.536, parág. Único, e 1.544, tem provocado muita discussão. Temos como certo que essa expressão não indica o tempo da constituição em mora, mas, sim, a determinação do *quantum* sobre o qual se devem contar.

Também nos parece que o dano é que estabelece o momento inicial da fluência, porque os juros integram a obrigação que dele decorre e que figura simultaneamente como passivo do autor da lesão e como ativo do credor. (*Da responsabilidade civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 867)

Da situação atual dos menores

Assinala-se a situação atual de bem estar em que se encontram os pequenos M. e T. relatado com muita propriedade pela equipe multidisciplinar do Centro Gasparensense de Proteção ao Adolescente Masculino e Abrigo Casa Lar Sementes do Amanhã, às fls. 665/669, valendo retirar os seguintes trechos, o que reforça o acerto da decisão objurgada que ora se confirma:

(...) T. é uma criança que se adaptou rapidamente ao acolhimento, vinculou-se positivamente com todas as outras crianças e educadores. É participativa em todas as atividades propostas, mostrando-se (*sic*) sempre feliz. Cabe ressaltar que T. nunca comenta para educadores ou equipe técnica, situações que vivenciada em casa.

(...) Já M., frente a estas informações, demonstrou uma dualidade de sentimentos. Felicidade pela sentença de destituição e tristeza pelo fato de haver a possibilidade de retorno para casa. Deixou claro, que não quer voltar para casa, e que também não deseja o mesmo para sua irmã T., pois considera o ambiente familiar em que estavam antes, ruim para ela também.

Apreende-se que M. passou por uma experiência negativa e traumática com a família adotiva, motivo este, que lhe faz expressar o anseio de permanecer acolhido institucionalmente até a maioridade. Por outro lado, M. relata que tentaria uma nova experiência de adoção por sua irmã T..

(...) Durante este período de acolhimento, M. e T., como alguns dos outros adolescentes e crianças das instituições, estabeleceram vínculo com uma candidata à madrinha afetiva. Com o decorrer do tempo, esta madrinha vinha nas unidades de acolhimento visitá-los e ambos chegaram a passar alguns dias das férias escolares na casa dela, através de deferimento judicial e acompanhamento das equipes técnicas.

Do pedido dos recorrentes de reinserção familiar

Por último, refuta-se por manifesta intempestividade e improcedência o pedido dos Recorrentes de reinserção familiar formulado às fls. 706/708, até porque dependente e condicionado a eventual acolhimento da pretensão recursal. Observa-se, de passagem, que anos se passaram e inúmeras foram as oportunidades concedidas aos Apelantes para que pudessem estruturar com solidez, amor e perfeita harmonia os laços de família com M. e T., sendo que não souberam bem aproveitar esses momentos de plenitude.

Da hipoteca judiciária

Tratando-se a hipoteca judiciária de efeito secundário das sentenças condenatórias de pagamento de soma em dinheiro, ordena-se a constituição desta decisão como título garantidor do cumprimento do julgado, no

Registro Imobiliário, nos termos do art. 466 do CPC c/c art. 167, inc. I, item 2, da Lei 6.015/73.

Ante o exposto nega-se provimento ao recurso a fim de destituir os Réus do poder familiar em relação aos menores M. (irmão) e T. (irmã), bem como para manter a condenação por danos morais no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), sendo partilhada a importância em 50% para cada um, depositando-se em caderneta de poupança vinculada ao juízo, até completarem a maioria, corrigida monetariamente a contar da data da publicação da sentença e juros moratórios, a partir do ilícito civil consubstanciado no ato de assinatura do termo de renúncia ao poder familiar (9-9-2010 – fl. 29).

Proceda-se a averbação do Registro Civil, vedada qualquer espécie de observação em certidões acerca da destituição do poder familiar.

Mantém-se incólume o vínculo civil estabelecido entre as partes, salvo no que concerne a destituição do poder familiar, para todos os efeitos, sem prejuízo da possibilidade de constituição de nova adoção ou inserção de qualquer outro modo em família substitutiva.

Em arremate, ordena-se a constituição desta decisão como título garantidor do cumprimento do julgado, no Registro Imobiliário, como hipoteca judiciária, nos termos do art. 466 do CPC c/c art. 167, inc. I, item 2, da Lei 6.015/73.

DECISÃO

Ante o exposto, a Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer e negar provimento ao recurso e, de ofício, proceder alterações no tocante ao compartilhamento entre os menores da importância estabelecida a título de condenação por danos morais e redefinir a data da incidência dos juros moratórios, e ordenar a constituição de hipoteca judiciária, nos termos estabelecidos no teor deste acórdão.

O julgamento, realizado no dia 21 de junho de 2011, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Carlos Prudêncio, com voto, e dele participou a Excelentíssima Senhora Desembargadora Substituta Denise Volpato.

Funcionou como representante do Ministério Público, o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Andre Carvalho.

Florianópolis, 12 de agosto de 2011.

Joel Dias Figueira Júnior
RELATOR

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2009.002422-7, de São José do Cedro

Relator: Des. Gilberto Gomes de Oliveira

ERRO MÉDICO. CIRURGIA PARA IMPLANTE DE PRÓTESE DE QUADRIL. MORTE POR CHOQUE HIPOVOLÊMICO E EMBOLIA PULMONAR. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO DEMANDADO.

AGRAVO RETIDO. ALEGADA ILEGITIMIDADE ATIVA DOS HERDEIROS. AUSÊNCIA DE INTERESSE DO ESPÓLIO. DIREITO PERSONALÍSSIMO E INDIVIDUAL DOS SUCESSORES.

Conquanto a inventariante deva representar o espólio, ativa e passivamente, em juízo ou fora dele (art. 991, inciso I, do CPC), sua atuação fica restrita às ações que se referem aos direitos que envolvem o próprio acervo patrimonial.

Tratando-se, portanto, de ação indenizatória por ato ilícito em função de morte do patriarca, a legitimidade ativa é conferida aos herdeiros, pois o abalo integra o patrimônio moral e individual de cada sucessor, e não o conjunto de bens ou direitos deixados pelo *de cuius*.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO.

Aos atos dos médicos aplica-se a teoria clássica que instituiu no ordenamento jurídico a responsabilidade civil subjetiva, o

que torna imprescindível para haver condenação a averiguação da seguinte trilogia: (1º) a ação ou omissão dolosa ou culposa; (2º) o prejuízo; e, (3º) o liame de causalidade entre o dano e a conduta ilícita.

ARTROPLASTIA. OBRIGAÇÃO DE MEIO.

Ao realizar a artroplastia de quadril (implante de prótese), o médico não se compromete com a cura do mal (artrose), mas, antes, com a utilização de toda a técnica disponível para a realização do procedimento de forma escorreita, para melhorar a qualidade de vida do paciente ao reestabelecer sua articulação coxo-femoral.

COMPLICAÇÃO CIRÚRGICA EM FUNÇÃO DE CORTE DA ARTÉRIA FEMORAL SEGUIDA DE HIPOTENSÃO ARTERIAL E FORTE HEMORRAGIA. QUADRO CLÍNICO NÃO RESTAURADO. ARTROPLASTIA NÃO PARALISADA. CHOQUE HIPOVOLÊMICO QUE ANTECEDE EMBOLIA PULMONAR. LAUDO PERICIAL QUE DEMONSTRA A EXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSA E EFEITO ENTRE A CAUSA DA MORTE DECLARADA (EMBOLIA PULMONAR) E O CHOQUE HIPOVOLÊMICO. IMPERÍCIA VERIFICADA. DEVER DE INDENIZAR QUE SE FAZ PRESENTE. AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE SOLICITAÇÃO DE EXAMES PRÉ-OPERATÓRIOS. NEGLIGÊNCIA CONCOMITANTE. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU MANTIDA.

Ainda que se considere que a causa da morte - embolia pulmonar - do paciente que se submete ao procedimento de artroplastia diverge da falha médica verificada na hipótese concreta - choque hipovolêmico em virtude de um corte na artéria femoral -, se o laudo pericial demonstrar que há nexo de causa entre a imperícia e o óbito demonstrando, inclusive, que não houve qualquer procedimento médico a fim de evitar a consequência danosa, inarredável o dever de indenizar do profissional médico que,

por sua vez, peca por imperícia no desenvolvimento de sua arte e negligência na sua conduta.

JUROS DE MORA. DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE QUE A SENTENÇA É CONSTITUTIVA E QUE O CULPADO, JUSTO POR ISTO, NÃO PODE SER CONSIDERADO EM MORA ANTES DE DECISÃO QUE LHE IMPÕE O DEVER DE INDENIZAR. INADMISSIBILIDADE. ENUNCIADO DA SÚMULA Nº 54 DO STJ IGUALMENTE AFASTADO. RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE QUE GUARDA RELAÇÃO EMINENTEMENTE CONTRATUAL.

Apesar da responsabilidade civil médica figurar dentro do tema dos atos ilícitos, a natureza da relação médico-paciente é contratual e os juros de mora, portanto, fluem a partir da citação, nos termos do que dispõe o art. 405 do Código Civil.

AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 2009.002422-7, da comarca de São José do Cedro (Vara Única), em que é apelante Adair Schneider, e apelada Teresinha de Andrade Ceriulli e outros:

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos e negar-lhes provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Nelson Schaefer Martins (Presidente) e Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 25 de agosto de 2011.

Gilberto Gomes de Oliveira
RELATOR

RELATÓRIO

Perante o Juízo de Direito da comarca de São José do Cedro, Teresinha de Andrade Ceriulli, Marcos Roberto Ceriulli e Marcia Cristina Ceriulli Baratto ingressaram com “ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes de erro médico” contra Clínica Médica Santa Cruz Ltda. e Adair Schneider alegando, em breve trecho, que Valter Ceriulli, marido da primeira autora e pai do segundo e terceiro autores, sofria de fortes dores em seu quadril, em função de artrose, razão pela qual procurou o médico suplicado que, em atendimento na clínica suplicada, sugeriu o implante de uma prótese no quadril.

Ocorre que, quando da realização do procedimento cirúrgico, que ocorreu na Sociedade Beneficente Hospitalar de Cedro, o segundo suplicado cortou a veia femoral de Valter, o que lhe resultou em grande perda de sangue sendo necessário, então, a imediata transfusão de 05 (cinco) litros.

O segundo demandado não permitiu o deslocamento do paciente para um hospital mais aparelhado vindo este a falecer na data de 05 de agosto de 2005, segundo os relatórios médicos, em decorrência de “embolia pulmonar maciça” na fase “pós operatória durante a recuperação anestésica”.

Mas, por negligência do segundo suplicado, Valter veio a óbito, em verdade, por choque hipovolêmico - perda de grande quantidade de sangue.

Discorreram sobre o direito que entendem aplicável pedindo, ao final, pela procedência da ação, a fim de que os demandados sejam condenados ao pagamento de indenização por danos morais e pensão mensal vitalícia.

Em resposta (fls. 48/85), Adair Schneider arguiu, preliminarmente, a ilegitimidade ativa *ad causam* e a ausência de interesse processual.

Disse, no mérito, que de fato constatou que Valter sofria de artrose coxo-femoral avançada, razão pela qual indicou a cirurgia para colocação

de prótese de quadril; entretanto, quando da realização do ato, o paciente passou a perder muito sangue, apresentando dificuldade de efetivação da hemostasia - *sistema do organismo que obsta a perda de sangue* - com sangramento difuso devido a possível alteração de fatores de coagulação.

Diante do quadro que se apresentava, parou o procedimento após a “osteomia do colo do fêmur e preparo do acetábulo” dando prosseguimento, então, somente após o controle do sangramento através dos procedimentos de compreensão e cauterização.

Afirmou que outro médico, Dr. Rodrigo Rocha de Toledo, no ato cirúrgico, tomou todas as providências para a compensação da perda sanguínea, com o aumento da hidratação intravenosa, expansores plasmáticos, medicação vasopressora e, por fim, a transfusão. E, inclusive, quando destas providências, detectaram um foco maior de hemorragia, de modo que, após minucioso exame, “foi encontrada lesão de um ramo da via femoral, provavelmente causada pelos afastadores, pois distante do ‘locus’ cirúrgico, sendo portanto impossível de ter sido causada pelo bisturi”.

Após o controle da hemorragia, o paciente realmente entrou em choque hipovolêmico, todavia, após a transfusão de 1,5 litros de sangue, encontrava-se estável, lúcido e conversando.

Afirmou, diante disto, que a perda sanguínea não foi causa preponderante para o óbito que, por sua vez, foi causado por embolia pulmonar aguda 07 (sete) horas após o início da cirurgia, razão pela qual Valter não foi vítima de negligência e imperícia.

Invocou normas legais clamando, por fim, pela improcedência.

Impugnação à contestação às fls. 95/108.

Citada (fl. 44-v.), Santa Cruz Ltda. não ofertou resposta (fl. 110).

Saneador às fls. 110/111.

O segundo suplicado interpôs agravo retido às fls. 117/121.

Contrarrrazões às fls. 138/139.

Laudo Pericial às fls. 179/187.

Contraditório às fls. 193/197. O suplicado não se manifestou sobre o laudo (fl. 199).

Parecer Ministerial à fl. 201, pela não intervenção.

Audiência de instrução às fls. 224/232.

Alegações finais às fls. 236/252. Os demandados deixaram fluir *in albis* o prazo sem oferecer seus memoriais (fl. 256).

No ato compositivo, o decisor *a quo* julgou procedente a pretensão, através da decisão de fls. 257/263, cujo dispositivo restou assim vertido:

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE em parte o pedido formulado por Teresinha de Andrade Ceriulli, Marcos Roberto Ceriulli e Marcia Cristina Ceriulli em face de Clínica Médica Santa Cruz LTDA - ORTOCLINI e Adair Schneider para CONDENAR os requeridos, solidariamente:

A) ao pagamento de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a cada um dos postulantes, sendo esta verba encontrada a título de compensação por abalo moral, devendo o montante ser corrigido monetariamente, conforme orientação da E. CGJ/TJSC, desde a publicação da presente decisão e incidir juros de mora de 1% ao mês desde a data da citação.

B) ao pagamento de pensão mensal em favor de Terezinha de Andrade Ceriulli, no valor de 1 (um) salário mínimo vigente na época do vencimento de cada parcela. Fixa-se, como data de vencimento, o dia 10 (dez) de cada mês, sendo que o pensionamento deverá retroagir ao mês posterior ao do óbito do Sr. Valter Ceriulli e terá, como data final, o momento em que o finado completasse 65 (sessenta e cinco) anos de idade.

Diante da sucumbência parcial verificada, as custas são suportadas a razão de 75% pelos demandados e 25% aos demandantes.

Condeno os requeridos ao pagamento dos honorários advocatícios da parte contrária em montante correspondente a 10% do valor da condenação (art. 20, § 3º, do CPC); 25% de tal valor formará o valor que os requerentes deverão pagar a título de honorários advocatícios da parte contrária (art. 20, § 4º, do CPC).

Os honorários deverão ser compensados, conforme art. 21 do CPC.

Promova-se o apensamento aos autos do processo de n. 065.05.001441-7.

P.R.I.

Transitada em julgado a decisão, terão os demandados prazo de 15 (quinze) dias para efetuar o cumprimento da sentença, sob pena de multa do art. 475-J.

Descontente com a decisão primária, Adair Schneider recorreu (fl. 270). Pediu, em suas razões (fls. 271/309), primordialmente, pelo conhecimento e provimento do agravo retido.

Repisou, na sequência, a circunstância fática narrada em resposta asseverando inexistir o dever de indenizar, porquanto sua conduta e a técnica empregada eram pertinentes à hipótese diagnosticada. Também, porque a perícia médica constatou que o óbito ocorreu em função de embolia pulmonar.

Impugnou a ocorrência dos danos materiais e morais - inclusive, o *quantum* arbitrado a título de compensação moral e os juros de mora atinentes -, pautando-se, por fim, pelo provimento e reforma integral da decisão singular.

Contrarrazões às fls. 315/332.

Ascenderam os autos.

Esta é a exposição dos principais fatos ocorridos nesta ação.

VOTO

Supridos os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do recurso de apelação, inclusive, do agravo retido interposto às fls. 117/121 dos autos, pois o segundo suplicado cumpriu o disposto no § 1º do art. 523 do CPC.

Agravo retido - carência de ação por ilegitimidade ativa

A pretensão declinada no retido, no sentido de que há ilegitimidade ativa *ad causam*, pois somente a inventariante poderia representar os interesses do espólio em juízo (fl. 120), não tem razão de ser.

Isto porque, conquanto a inventariante deva representar o espólio, ativa e passivamente, em juízo ou fora dele (art. 991, I, do CPC), sua atuação fica restrita às ações que se referem aos direitos que envolvem o próprio acervo patrimonial, como bem pontuou o togado *a quo* à fl. 110.

Desta forma, e considerando que se está diante de demanda indenizatória por prática ilícita que, como relatado, culminou no falecimento de Valdir Ceriulli, a legitimidade ativa *ad causam* é mesmo conferida aos herdeiros, justo porque o abalo integra o patrimônio moral e individual de cada sucessor, e não o conjunto de bens ou direitos deixados pelo *de cujus*.

Trata-se, portanto, de direito personalíssimo, tal qual a pretensão de pensão por morte, posto que, se procedente o pedido, o benefício econômico não vem a integrar a massa patrimonial, mas, sim, a esfera econômica daqueles que, comprovada e diretamente, dependiam da renda auferida pelo falecido.

O STJ, a propósito, já se manifestou precisamente sobre o assunto:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CONTRA MUNICÍPIO. DANO MORAL DECORRENTE DE MORTE CAUSADA POR ACIDENTE DE TRABALHO. ESPÓLIO. ILEGITIMIDADE. DIREITO PESSOAL DOS HER-

DEIROS. SUPERVENIENTE ALTERAÇÃO DA COMPETÊNCIA PELA EC N.º 45/2004. *PERPETUATIO JURISDICTIONES*. ART. 114, VI, DA CF/88. SENTENÇA. EXISTÊNCIA.

(...)

6. Controvérsia gravitante em torno da legitimidade ativa do espólio para pleitear a reparação por dano moral resultante do sofrimento causado à família do *de cuius*, em decorrência de seu abrupto falecimento em acidente de trabalho.

7. O artigo 1.526, do Código Civil de 1916 (atual artigo 943, do CC-2002), ao estatuir que o direito de exigir reparação, bem como a obrigação de prestá-la, transmitem-se com a herança (*droit de saisine*), restringe-se aos casos em que o dever de indenizar tenha como titular o próprio *de cuius* ou sucessor, nos termos do artigo 43, do CPC.

8. Precedentes desta Corte: RESP 648191/RS, Relator Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, DJ de 06.12.2004; RESP 602016/SP, Relator Ministro Castro Filho, Terceira Turma, DJ de 30.08.2004; RESP 470359/RS, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ de 17.05.2004; AgRg no RESP 469191/RJ, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ de 23.06.2003; e RESP 343654/SP, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ de 01.07.2002.

9. Deveras, cediço que nem sempre há coincidência entre os sujeitos da lide e os sujeitos do processo, restando inequívoco que o dano moral pleiteado pela família do *de cuius* constitui direito pessoal dos herdeiros, ao qual fazem *jus*, não por herança, mas por direito próprio, deslegitimando-se o espólio, ente despersonalizado, *nomine proprio*, a pleiteá-lo, posto carecer de autorização legal para substituição extraordinária dos sucessores do falecido.

10. Recurso especial desprovido (Resp nº 697.141-MG, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 18.05.2006).

Ao revés do que se alega, portanto, o espólio não tem legitimidade ativa *ad causam* para pleitear indenização por danos morais e pensão mensal vitalícia por ato ilícito praticado contra a vida do (então) *de cuius*, por se tratar de ação de natureza pessoal, cujos titulares devem demonstrar o dano

sofrido. E, em consequência, não há que se falar em carência de ação, o que resultaria no julgamento do feito, sem resolução do mérito.

Ultrapassada esta questão, ao estudo.

Não há preliminares ou prejudiciais para serem analisadas.

Mérito

Trata-se de apelação interposta pelo médico Adair Schneider contra sentença de procedência lavrada em ação de indenização por dano moral e material em função de erro médico em procedimento cirúrgico para colocação de prótese de quadril (artroplastia) em Valter Ceriulli, que veio a óbito, deflagrada pela viúva, Teresinha de Andrade Ceriulli, e dois herdeiros, Marcos Roberto Ceriulli e Marcia Cristina Ceriulli Baratto.

O decisor *a quo*, como inicialmente exposto, avaliou o conjunto probatório, em especial o laudo pericial (fls. 179/187), persuadindo-se de que, de fato, ocorreu a negligência médica apontada na inicial (fls. 03/04).

Este Julgador, após analisar minuciosamente o caderno processual, não destoia do raciocínio do nobre sentenciante; no entanto, antes de discorrer acerca das razões de convencimento, alguns aspectos devem ser esclarecidos.

São eles:

a) natureza da obrigação

Quando houver descumprimento da obrigação contratual ou, ainda, o seu mau cumprimento, devido a alguma ação ou omissão culposa, impõe-se ao infrator o dever de reparar o dano.

As obrigações decorrentes dos contratos firmados entre médicos e pacientes dividem-se em obrigações de meio e de resultado, dependendo da especialização do profissional.

Sobre a diferença entre estas obrigações, importante citar excerto da dissertação do Juiz Gilberto Gomes de Oliveira Júnior, em sua monografia, “A Responsabilidade Civil do Médico: aspectos jurídicos destacados para a sua defesa”, apresentada por ocasião da conclusão do curso de Direito em 2004, na UNIVALI - Universidade do Vale do Itajaí:

2.1.2 Obrigação contratual de meio

O jurista francês René Demogue, na década de vinte, citado por Giotri, classificou as obrigações em duas categorias, em razão de seu conteúdo ou objeto: obrigação de meio e obrigação de resultado.

Na obrigação de meio, o devedor da obrigação, ou seja, o médico, se compromete somente a empregar os meios adequados para obter aquele resultado que o credor (o paciente) tem em vista, enquanto na obrigação de resultado, o devedor se obriga a realizar um ato determinado, com resultado preciso.

Como regra, o médico, ao assistir o cliente, assume obrigação de meio e não de resultado. A função do médico é apenas de agir, sendo esta o objeto do contrato. Deve se esforçar para obter a cura, mesmo que não a consiga.

O fato de ser contratual a responsabilidade médica não tem o resultado de presumir a culpa, ao contrário do que possa parecer. O médico, ao realizar o contrato com o paciente, não assume a obrigação de o curar, mas tão somente de proceder com as regras e métodos da medicina (GIOTRI, Hildegard Taggesell. Erro médico: à luz da jurisprudência comentada. Curitiba: Juruá, 2000. p. 90/91).

A doutrinadora Fernanda Schaefer define as obrigações de meio, no âmbito da responsabilidade contratual do médico, como:

São obrigações de meio aquelas em que o médico, ao assistir o paciente, obriga-se apenas a empregar de forma diligente todos os meios e recursos disponíveis para a melhor condução do quadro clínico apresentado, sendo irrelevante a verificação do resultado. Nestes casos o ônus da prova é do credor, ou seja, deve o paciente demonstrar que o médico (devedor) agiu com dolo, negligência, imprudência ou imperícia (Responsabilidade civil do médico & erro de diagnóstico. Curitiba: Juruá, 2003. p.38).

Em termos gerais, então, exigir do médico obrigação de resultado seria o mesmo que, numa visão radical da questão, querer onipotência devida, em que ele atuasse como senhor supremo da vida e da morte. É evidente que a cura nem sempre é possível, pois os seres humanos continuam a morrer, e isso acontece também com os médicos.

Rui Stoco ensina que:

Evidentemente que se o resultado procurado for a cura de um mal, de uma doença, não se poderá responsabilizar o médico tão-só em razão da não obtenção desse objetivo. Tal não poderá jamais ser exigido do médico pois a ciência médica é, por definição, uma ciência incompleta, que a cada dia busca e encontra novas fronteiras mas que defronta-se com enfermidades novas ou desconhecidas (Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 288).

A respeito da obrigação de meio nos contratos médicos, que é a regra, pode-se concluir, então, que o seu objeto não é a cura, mas a prestação de serviços alicerçados nos avanços científicos e tecnológicos da medicina. Não há, portanto, a obrigação de restituir a saúde, mas apenas de atingir, dentro das possibilidades do caso concreto, tal objetivo.

Nesta hipótese, esta regra faz-se aplicável - obrigação de meio -, porquanto o médico (segundo suplicado), ao realizar a artroplastia de quadril (implante de prótese), não se poderia comprometer com a cura da artrose que acometia Valter Ceriulli, mas, antes, com a utilização de toda a técnica disponível para a realização do aludido procedimento de forma esmerada, a fim de melhorar a qualidade de vida do seu paciente ao reestabelecer a articulação coxo-femoral deste afastando, inclusive, antigas dores.

b) culpa do médico

Tem-se ciência de que a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, trouxe diversas inovações no que se refere às relações de consumo e, dentre estas, encontra-se a responsabilidade do fornecedor de serviços, a qual

ostenta a natureza objetiva, porquanto não exige, para a sua configuração, que seja perquirida a existência da culpa [*lato sensu*], *in verbis*:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência da culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição ou riscos.

Como se verifica do teor desta extensão legal, pode-se afirmar, sem dúvidas, que o Código do Consumidor adotou a teoria do risco invertendo o quadro até então existente, na qual a parte mais vulnerável - consumidor - tinha dificuldades para provar os prejuízos causados pelos fornecedores.

No entanto, esta norma comporta exceções, como por exemplo, a ressalva de que a responsabilidade civil dos profissionais liberais é regulada pela modalidade culposa: “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” (§ 4º do art. 14 do CDC).

Nesta hipótese, por ilação lógica, enquadra-se o médico, pois, além de constituir-se em prestador de serviços, também é profissional liberal, de modo que o disposto no § 4º do art. 14 do CDC aplica-se quando lhe for imputada a prática de ato ilícito, melhor dizendo, prevalece para o profissional da medicina a responsabilidade civil mediante a constatação da culpa [*lato sensu*].

c) elementos para configuração da responsabilidade civil

Apurada a responsabilidade subjetiva do médico - cuja obrigação, como visto, é de meio -, aos seus elementos: ação ou omissão, dano e o nexo de causalidade entre o dano e o ato.

O ato culposo, que causar dano ao paciente, e, por isso, capaz de ensejar a responsabilidade civil, pode ser tanto uma ação comissiva como uma ação omissiva.

A culpa supõe, sempre, a violação de um dever preexistente. Para a sua caracterização, não é necessária a intenção do agente, faz-se suficiente a simples voluntariedade de conduta, a qual seja contrastante com as normas impostas pela prudência comum.

A previsibilidade é a idéia central da culpa, conforme a doutrina clássica. Consiste no desvio de um modelo ideal de conduta, representado pela diligência de um bom pai de família ou, ainda, de uma pessoa razoavelmente sensata, pertencente à esfera técnica do caso.

Para chegar à conclusão de que houve ou não culpa, o julgador deverá formular a si próprio a pergunta: um médico, ou funcionário, encontrando-se nas mesmas condições externas, teria procedido como o referido profissional?

Kfourir Neto define bem o que vem a ser imperícia:

É a falta de observação das normas, deficiência de conhecimentos técnicos da profissão, o despreparo prático.

Também caracteriza a imperícia a incapacidade para exercer determinado ofício, por falta de habilidade ou ausência dos conhecimentos necessários, rudimentares, exigidos numa profissão (Responsabilidade Civil do Médico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 87).

Interessante também o conceito de Fernanda Schaefer:

A imperícia (do latim *imperitia*) é a falta de prática ou ausência de conhecimento que se mostram necessários ao exercício de uma profissão ou de uma arte. É ignorância, incompetência, desconhecimento, inexperiência, inabilidade, imatéria para a prática de determinados atos, no exercício da profissão, que exigem um conhecimento específico (Responsabilidade civil do médico & erro de diagnóstico. Curitiba: Juruá, 2003. p.38).

Sobre o dano, Lumertz assinala que:

O dano, como conseqüência do ilícito civil ou do inadimplemento contratual, é elemento imprescindível na configuração da responsabilidade civil, sem o qual esta não existe. Portanto, para o Direito

Civil, não havendo dano não há indenização. Aliás, nem se pode falar em ilícito civil sem a existência de um prejuízo, pois este é que dá conteúdo ao tão ilícito (LUMERTZ, Suzana Lisboa et. al. Responsabilidade jurídica do médico. Porto Alegre: Renascença, 1997, p. 45).

Para haver a responsabilidade civil do médico, portanto, não basta que haja ação ou omissão culposa. É necessário que haja dano ao paciente, que poderá ser de várias espécies: lesão a um direito (saúde, integridade física, vida), lesão de um interesse legítimo, danos morais ou danos patrimoniais.

d) responsabilidade civil da clínica

É preciso ressaltar que o hospital, sindicato ou, no caso, a clínica, responderá objetivamente, de acordo com o *caput* do art. 14 do CDC, se o dano não for resultante de conduta do profissional da área da saúde (médico), como na hipótese de contágio pelo lixo hospitalar, cabendo à instituição o direito de regresso contra seu agente culpado.

Conclui-se, desta forma, que no caso dos autos a responsabilidade da primeira demandada, que fez-se revel, é igualmente subjetiva, assim como do profissional que assistiu Valter Antonio Cerioli.

Entretanto, não há muita importância prática nesta definição, já que, restando comprovada a culpa do médico, esta responderá na modalidade de culpa *in eligendo*, que consiste na má escolha daquele a quem se confia a prática de um ato, ou *in vigilando*, decorrente da falta de atenção com o procedimento de outra pessoa.

Dirimidas todas estas questões, ao caso.

Caso concreto

Pois bem. Ao passo que os demandantes afirmam que, quando da intervenção cirúrgica para colocação da prótese de quadril em Valter

Ceriulli, o médico Adair Schneider - que é sócio e representante legal da Clínica Médica Santa Cruz Ltda. -, golpeou a veia femoral do referido paciente fazendo com que este perdesse grande quantidade de sangue e, em função disto, foi acometido de choque hipovolêmico - *perda de grande quantidade de sangue e líquidos, que pode levar à morte rapidamente* - o que o levou ao óbito (fls. 04/05); o recorrente, ao repisar em seu recurso a tese de defesa, não nega a ocorrência de grande hemorragia (fl. 275); que ampliou o acesso cirúrgico em direção a artéria femoral, onde encontrou uma lesão em um vaso sanguíneo secundário da artéria femoral, “provavelmente causada pelos afastadores” cirúrgicos, ruptura esta que, consoante afirma, foi imediatamente suturada (fl. 276); e, nem sequer, que o paciente, após o término daquele procedimento, entrou em choque hipovolêmico, razão pela qual necessitou da transfusão de 1,5 litros de sangue (fl. 276).

Defende ele, apesar de tais assertivas, que o paciente apresentava quadro clínico estável e, 07 (sete) horas após o início da cirurgia, desenvolveu turgência jugular patótica bilateral, com queda abrupta de oximetria seguida de parada cardio-respiratória vindo a óbito, então, em função da embolia - *obstrução de uma veia por tecido adiposo (embolia gordurosa), ar (embolia gasosa) ou um corpo estranho* - e não pelo corte da artéria femoral (fls. 277/278).

Entretanto, como inicialmente exposto, assim não entendo.

Isto porque, não havendo dúvida acerca da hemorragia e de grande perda de sangue pelo paciente Valter Antonio Ceriulli (art. 334, II, do CPC) que, conseqüentemente, resultou em choque hipovolêmico igualmente admitido pela parte demandada, que diferença faz se a artéria femoral - ou um vaso secundário -foi cortada diretamente pelo bisturi (fl. 276) ou pelos afastadores cirúrgicos (fl. 276) utilizados pelo médico Adair Schneider?

Tal descuido, veladamente sugerido em defesa - mui provavelmente com o desiderato de repelir a responsabilidade pela ocorrência da hemor-

ragia - no entender deste Relator, por si só, demonstra que o profissional em referência atuou com negligência durante a realização da artroplastia, porquanto tinha ele, ao revés do que se possa argumentar, o dever - como visto, obrigação de meio - de empregar prudentemente toda a técnica e experiência que tinha na área da ortopedia (fl. 86), a fim de evitar tamanho acidente em função de tão simples e, bem por isto, reprovável, conduta.

Ora. Se os afastadores cirúrgicos faziam-se necessários, deveria o médico responsável pela intervenção cirúrgica cercar-se de toda a cautela necessária, a fim de que tais utensílios não machucassem seu paciente, ou, como neste caso, e sugerido pelo demandado, atingisse uma artéria femoral. Não se trata, pois, de um simples erro profissional. Está-se diante da vida!

A doutrina, a propósito, ensina que, em casos tais, inexistente espaço para a escusa ao argumento de acidente de trabalho:

Sempre oportuna a transcrição dos comentários de Clóvis, ao art. 1.545, do CC/16 (atual art. 951 do CC/2002), que cuida da culpa dos profissionais da saúde: ‘a responsabilidade das pessoas indicadas neste artigo, por atos profissionais, que produzem morte, incapacitação para o trabalho, ou ferimento, funda-se na culpa; e a disposição tem por fim afastar a escusa, que poderiam pretender invocar, de ser o dano um acidente no exercício de sua profissão. O direito exige que esses profissionais exerçam a sua arte segundo os preceitos que ela estabelece, e com as cautelas e precauções necessárias ao resguardo da vida e da saúde dos clientes e fregueses, bens inestimáveis, que se lhes confiam, no pressuposto de que os zelem. E o dever de possuir a sua arte e aplicá-la, honesta e cuidadosamente, é tão imperioso que a lei repressiva lhe pune as infrações (KFOURI, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. São Paulo: RT, 2007. p. 78).

Vale rememorar que, em tema de responsabilidade civil, a medida da indenização é a extensão do dano (art. 944 do Código Civil), de modo que a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar - *in lege aquilia et levissima culpa venit*. Aliás, e recordando as palavras do doutrinador Miguel Kfouriri

Neto, “em se tratando da vida humana, não há lugar para culpas pequenas” (Responsabilidade Civil do Médico. São Paulo: RT, 2007. p. 77).

De outro lado, além da prova pericial demonstrar que se tratava de um procedimento de alto risco (fl. 180, quesito ‘03’), fato que se contrapõe ao que fora alegado em contestação à fl. 55 (de que o procedimento não era simples e nem complexo), deixa claro a existência de nexos de causalidade entre o choque hipovolêmico, a alteração de pressão sanguínea e, por fim, a embolia pulmonar.

É que, o *expert*, após análise dos relatórios médicos, concluiu que:

(a) o anestesista, “por constatar redução do volume sangüíneo, [concluiu que] o estado geral do paciente agravou-se” (quesito nº 16 - fl. 182);

(b) a hemorragia perdurou **até** a ocorrência da embolia pulmonar (quesitos nº 18 e nº 21), circunstância que, inclusive para alguém que não dispõe de conhecimentos técnicos e especializados, é facilmente refletida no quadro de fl. 22 que, de seu turno, demonstra que, quando do início da operação (símbolo: Ô), a pressão arterial do paciente era de 120 x 70 mmHg; que após as 03 (três) ocorrências de hemorragia (H) - frise-se, que são anotadas a cada intervalo de 15 (quinze) minutos (quesito 19 - fl. 182) - houve nítida redução da pressão arterial de Valter (90 x 70 mmHg); que, ao revés do que se afirma no apelo (fl. 275), o procedimento operatório (Ô) continuou com a pressão sanguínea do paciente em nível decrescente e, inclusive, **sem** estancamento (H); e, por último, quando a pressão já se encontrava no patamar de 60 x 20 mmHg, ocorreu a embolia (E) (ainda nesse sentido: quesito nº 24 à fl. 182);

(c) que a queda da pressão arterial, denominada de hipotensão (quesito nº 34 à fl. 1840), ocorreu em função do choque hipovolêmico (quesito nº 36 à fl. 184);

(d) que a embolia pode ter ocorrido em função da transfusão de grande quantidade de sangue:

38. No caso de ser admitida a hipótese de ocorrência de embolia pulmonar, é possível que o corte da artéria femoral, e de outras veias, resultando na aplicação de grande quantidade de sangue tenha colaborado para a ocorrência de êmbolos?

A parda sanguínea associada ao procedimento cirúrgico pode reduzir os níveis de antitrombina III e inibir o sistema fibrinolítico endógeno permitindo, assim, a formação e crescimento de trombos, que ocorre em vasos da pelve, coxas e panturrilha. Sendo assim, pode ocorrer a formação de êmbolos (fl. 184).

(e) que o tratamento da embolia é iniciado com a administração de oxigênio e, quando necessário, analgésicos (quesito nº 41 à fl. 185), entretanto, não houve, *nos relatórios de anestesia*, alterações clínicas que indicassem a ocorrência de embolia pulmonar (quesito nº 40 à fl. 185), assim como não houve, *nos prontuários médicos*, a utilização de qualquer procedimento relacionado com a embolia pulmonar (quesitos nº 42, nº 44 e nº 46, à fl. 185); e, por fim,

(f) que o choque hipovolêmico pode ter contribuído para a ocorrência da embolia pulmonar (quesito nº 49, à fl. 186) e perpetuou-se antes mesmo da transfusão de sangue (quesito nº 55 à fl. 187).

Vê-se, diante deste quadro, que após a ocorrência da hemorragia [que, irrefragavelmente, ocorreu por culpa do médico recorrente, seja iniciada de forma direta (bisturi) ou indireta (afastadores cirúrgicos), ambas as circunstâncias caracterizadoras de culpa, esta da espécie de negligência e àquela imperícia], a pressão sanguínea do paciente, que se encontrava normal (120 x 70 mmHg), entrou em nível decrescente e, mesmo após a transfusão de 1,585 litros de sangue (quesito nº 8, à fl. 180), não foi corretamente estabilizada vindo o *de cuius* a suportar choque hipovolêmico durante a prática de tal procedimento que, de forma fria e insensata, não foi paralisado até a recuperação do quadro clínico inicial, culminando,

como visto, na duvidosa ocorrência da embolia pulmonar - até porque, como visto, não houve a prática de qualquer procedimento médico ou a utilização de quaisquer medicamentos a fim de evitar, ou mesmo minimizar, seus efeitos - situação que, para o recorrente, não guarda nexo de causalidade com triste episódio.

Mas, por todo o arrazoado, claro está que o choque hipovolêmico que, repita-se, foi gerado pela gravidade da hemorragia que suportou o falecido em função de ato negligente do especialista condutor desta operação, causador ou não da embolia pulmonar, constitui fator preponderante para a ocorrência do evento morte, razão pela qual deve ser mantida a sentença que, acertadamente, concluiu pela culpa do médico e, bem por isto, na responsabilização solidária da Clínica Médica Santa Cruz Ltda. que, desidiosa, fez-se revel.

A sentença deve ser mantida, ainda, e do ponto de vista primário (fl. 260), uma vez que o culpado não “demonstrou a realização de exames decisivos para fins de averiguação de alguma deficiência coagulativa congênita no paciente” (fl. 260), questão que também não passou despercebida pelo louvado (quesito nº 5, à fl. 180).

Desta forma, não pode o segundo demandado, com o desiderato de desobrigar-se do dever de compensar os danos que causou em função da má prestação dos serviços que oferece em sua área de atuação, sustentar que “o paciente passou a perder sangue além do esperado apresentando dificuldade de efetivação de fatores de coagulação” (fl. 275), justo porque sua obrigação é de meio e, a fim de desobrigar-se dela, não comprovou ter uma atitude cautelosa, o que se esperava de um profissional com idêntica especialização.

Vale transcrever, ainda, excerto da bem lançada sentença que, de outro ângulo, concluiu:

Para fins de definição da responsabilidade civil, percebe-se que os autores demonstram com sagacidade a ocorrência de desinformação inescusável entre o presidente de ato cirúrgico e a equipe de enfermagem no que diz respeito a cercar-se de cuidados na existência de reserva sanguínea de contigência da unidade hospitalar. O choque hipovolêmico demonstra que existiu sim déficit na quantidade de sangue que deveria irrigar os órgãos do paciente, bem como que a contingência que se verificou determinou a busca de concentrados de hemáceas em cidades que distam quase uma centena de quilômetros do local de realização da intervenção cirúrgica.

(...)

Diante deste quadro, seria de responsabilidade da defesa demonstrar a ocorrência de circunstâncias que isentassem a responsabilidade do profissional neste evento, especialmente no que diz respeito ao rompimento do nexo de causalidade entre a hemorragia verificada no paciente e a posterior embolia que culminou com o óbito do paciente. Sem tal prova, ao menos para fins processuais, indica-se que o procedimento apresentou deficiências ainda nos exames pré-operatórios, na falta de pesquisa de eventual existência de deficiências congênitas de coagulação, falta de cautela na definição de estar a unidade hospitalar agraciada com reserva de hemáceas suficientes para eventual contigência, bem como pela prova de que estes indicadores poderiam levar a embolia que fulminou a vida do cliente dos requeridos.

No que toca à responsabilidade civil da Clínica Médica Santa Cruz Ltda. e de Adair Schneider, à vista do exposto, a sentença deve ser mantida.

No que diz respeito aos juros de mora incidentes sobre a paga pecuniária arbitrada para compensar o abalo moral experimentado pelos autores, os argumentos do recorrente, no sentido de que se trata de decisão constitutiva e que, bem por isto, não pode ele ser considerado em mora até o reconhecimento da prática ilícita em juízo, não procedem.

Este juízo não desconsidera que a matéria, já sumulada na Corte Superior (Súmula nº 54 do Superior Tribunal de Justiça - “os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade

extracontratual”), é objeto de novas digressões pela Quarta Turma do Tribunal da Cidadania, no Resp nº 903.258-RS, da lavra da Min.^a Maria Isabel Galotti.

O argumento proposto ruma no sentido de que a incidência dos juros de mora ocorre a partir do arbitramento do *quantum* indenizatório, uma vez que não há como considerar o devedor em mora, haja vista que não dispunha ele de mecanismos para a satisfação do débito, ante a ausência de obrigação pecuniária ainda não fixada por sentença judicial.

Ocorre que, nesta hipótese, inaplicável o enunciado da Súmula nº 54, assim como a inovação deliberada pela ilustre Min.^a Maria Isabel Galotti, tendo em vista que, apesar da responsabilidade médica figurar dentro do tema dos atos ilícitos, sua natureza é contratual, ainda que exista exceções.

Sobre o tema, colhe-se da doutrina:

A jurisprudência tem sufragado o entendimento de que, quando o médico atende a um cliente, estabelece-se entre ambos um verdadeiro contrato. A responsabilidade médica é de natureza contratual.

Contudo, o fato de considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que possa parecer, o resultado de presumir a culpa. O médico não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão (...).

Não há, pois, culpa presumida do médico, por estarmos diante de um contrato. Ao autor incumbe a prova de que o médico agiu com culpa (KFOURI, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. São Paulo: RT, 2007. p. 71).

Se a natureza da obrigação é contratual, mais uma vez correta a sentença, porquanto o decisor *a quo* fixou como marco inicial para os juros de mora a data da citação (fl. 263), nos termos do que dispõe o art. 405 do Código Civil: “contam-se os juros de mora desde a citação inicial”.

A tese de que a pensão mensal é indevida igualmente cai por terra, primeiro, porque a parte recorrente defende que o pensionamento não pode

ser vitalício, mas até que a vítima completasse 65 (sessenta e cinco) anos de idade (fl. 307), tal qual decidido monocraticamente (fl. 263); segundo, porque somente agraciada com a pensão mensal a viúva (fl. 306); e, por fim, porque comprovados a prática ilícita, o dano e o liame de causalidade entre este e aquele, além da dependência econômica de Terezinha Ceriulli, que qualificou-se como agricultora (fl. 02), questão que, como bem anotado pelo decisor singular à fl. 262, sequer foi objeto de impugnação.

Não vislumbrando razões para alterar o decreto primário, então, voto no sentido de conhecer do agravo retido e da apelação interpostos por Adair Schneider negando-se-lhes provimento.

Este é o voto.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2011.046773-0, de Joaçaba

Relator: Des. Fernando Carioni

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA CUMULADA COM EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. INVALIDEZ PERMANENTE. SINISTRO OCORRIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N. 11.945/2009. VALOR INDENIZATÓRIO PROPORCIONAL À EXTENSÃO DO DANO. PERÍCIA MÉDICA. INSTITUTO MÉDICO LEGAL. AVALIAÇÃO. IMPRESCINDIBILIDADE. COMPROVAÇÃO APTA A INDICAR SE A INVALIDEZ É COMPLETA OU INCOMPLETA E SE O GRAU DE PERDA FUNCIONAL OU ANATÔMICA FOI DECORRENTE DO SINISTRO. DECISÃO CASSADA DE OFÍCIO. RECURSO PREJUDICADO.

Nas ações de cobrança de seguro obrigatório (DPVAT), regidas pela Lei n. 11.945/2009, a comprovação da natureza da invalidez permanente e o grau da perda anatômica ou funcional dos segmentos orgânicos ou corporais previstos na Tabela anexa à Lei n. 6.194/1974, com as alterações introduzidas pela Medida Provisória n. 451/2008, são tidos como imprescindíveis à procedência ou à improcedência da ação, motivo pelo qual se apresenta razoável a cassação da sentença definitiva proferida de forma antecipada com o fim de permitir que o Instituto Médico Legal avalie o acidentado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.046773-0, da comarca de Joaçaba (2ª Vara Cível), em que é apelante Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S.A., e apelado Jair Cruz da Silva:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, de ofício, cassar a sentença e determinar o retorno dos autos à primeira instância para que se realize perícia. Prejudicado o recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Jair Cruz da Silva ajuizou ação de cobrança cumulada com exibição de documentos contra a Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S.A., na qual relatou que foi vítima de acidente de trânsito ocorrido no dia 19-9-2009. Acrescentou que em decorrência do infortúnio sofreu lesões graves que ocasionaram invalidez permanente.

Destacou que, concluído o processo administrativo, a seguradora efetuou o pagamento de indenização no valor de R\$ 1.687,50 (mil, seiscentos e oitenta e sete reais e cinquenta centavos).

Mencionou que lhe é devida a quantia de R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais), razão pela qual requereu a condenação da ré ao pagamento da verba indenizatória, definida pelo art. 3º, “b”, da Lei n. 6.194/1974, alterada pela Lei n. 11.482/2007, descontada a importância já paga.

Foi deferido ao autor o benefício da justiça gratuita.

Citada, a Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT ofereceu contestação, na qual aduziu a necessidade de realização de prova pericial para que seja aferido o grau de debilidade do membro afetado, em consonância com a Tabela disposta na Lei n. 11.945/2009.

Enfatizou a ausência de prova válida da alegada invalidez total e permanente, porquanto inexistente nos autos laudo do Instituto Médico Legal quantificando o percentual de invalidez do autor.

Esclareceu que a Medida Provisória n. 451/2008, convertida na Lei n. 11.945/2009, estabeleceu percentuais indenizatórios aos danos corporais, subdividindo-os em totais e parciais, pelo que a indenização será calculada conforme o local, o tipo e a gravidade da perda ou redução funcional sofrida pela vítima, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Tabela anexa à mencionada Lei.

Clamou pela extinção do feito com julgamento do mérito em decorrência da quitação outorgada pelo autor, por ocasião do pagamento realizado na esfera administrativa.

Afirmou que concorda com o caráter permanente da invalidez do autor, tanto que realizou o pagamento da indenização devida, todavia a invalidez é apenas parcial e não total como tenta fazer crer o requerente.

Salientou que os juros de mora, em caso de eventual condenação, incidem a partir da citação, ao passo que a correção monetária será computada desde o ajuizamento da ação.

Destacou, por fim, que os honorários advocatícios devem ser arbitrados na monta de 10% (dez por cento).

Apresentada réplica à contestação, sobreveio sentença, na qual o Magistrado *a quo* Dr. Edegar Gruber resolveu a lide nos seguintes termos:

Ante o exposto RESOLVO O MÉRITO da presente Ação de Cobrança c/c Exibição de Documentos, proposta por JAIR CRUZ DA SILVA em desfavor de SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT S.A., JULGANDO PROCEDENTES os pedidos elencados à exordial, para, em consequência, condenar a requerida ao pagamento da indenização referente ao seguro obrigatório DPVAT, em R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais), reduzindo-se os valores já pagos, incidindo

sobre o valor da indenização juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação e correção monetária a partir da data da liquidação parcial.

Condeno ainda a requerida ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, devidamente atualizada, consoante apreciação equitativa, atendidas as normas do artigo 20, § 4º do C.P.C., bem como das alíneas 'a', 'b' e 'c' do artigo 20, § 3º da mesma legislação, quais sejam, o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para seu serviço.

Com o trânsito em julgado, intime-se a devedora, na pessoa de seu procurador, para que, em 15 (quinze) dias, efetue o pagamento do valor da condenação, além das despesas processuais e honorários advocatícios, sob pena de multa no importe de 10% (dez por cento), nos termos do art. 475-J do C.P.C (fl. 101).

Inconformada, Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT interpôs recurso de apelação, no qual reafirmou os fatos e fundamentos trazidos na inicial.

Com as contrarrazões, ascenderam os autos a esta Corte.

VOTO

De início, cumpre salientar que na data do sinistro noticiado na exordial, 19-9-2009, já se encontrava em vigor a Medida Provisória n. 451, de 16 de dezembro de 2008, posteriormente convertida na Lei n. 11.945, de 4 de junho de 2009, que veio a alterar os ditames da Lei n. 6.194/1974.

A indenização por invalidez permanente, a partir da mencionada medida provisória, passou a ser proporcional à extensão do dano, e deverá ser calculada mediante o enquadramento da perda anatômica e/ou funcional do membro ou órgão lesado da vítima à tabela de graduação de invalidez permanente anexa à Lei n. 6.194/1974.

Com efeito, a Lei n. 6.194/1974, que dispõe sobre seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, prevê indenização de até R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) às vítimas com invalidez permanente causada por acidente de trânsito, conforme determina o artigo 3º, inciso II, acrescentado pela Lei n. 11.482/2007:

Art. 3º Os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no art. 2º desta Lei compreendem as indenizações por morte, por invalidez permanente, total ou parcial, e por despesas de assistência médica e suplementares, nos valores e conforme as regras que se seguem, por pessoa vitimada:

I – R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) – no caso de morte;

II – até R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) – no caso de invalidez permanente;

III – até R\$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais) – como reembolso à vítima – no caso de despesas de assistência médica e suplementares devidamente comprovadas. (sublinhei)

Pelo que dos autos consta, a invalidez permanente do apelado é incontroversa, uma vez que a seguradora reconheceu esse estado no exato instante em que pagou parte da indenização referente ao seguro obrigatório no âmbito administrativo.

Por oportuno, compete observar que se encontra consolidado pela jurisprudência deste Tribunal o entendimento de que é incontestável a invalidez permanente da vítima de acidente de trânsito quando a seguradora paga a indenização referente ao seguro obrigatório no âmbito administrativo, ainda que em valor aquém do realmente devido.

Nesse norte, citam-se os seguintes julgados:

COBRANÇA DE SEGURO DPVAT. DECISÃO QUE DETERMINOU A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. INVALIDEZ PERMANENTE RECONHECIDA ANTE O PAGAMENTO ADMINISTRATIVO, AINDA QUE PARCIAL. DIVERGÊNCIA ADSTRITA À POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA

INDENIZAÇÃO PELO TABELAMENTO DE ACORDO COM O MEMBRO ATINGIDO. CONFRONTAÇÃO ENTRE A LEI N. 6.194/74 E A RESOLUÇÃO CNSP n° 01/75. MATÉRIA DE DIREITO. PROVA DESPICIENDA. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO (TJSC, AI n. 2008.059333-4, de Jaraguá do Sul, rela. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. em 24-11-2009).

Tendo a seguradora reconhecido a invalidez permanente do segurado mediante pagamento parcial da indenização, com base na Tabela do CNSP e SUSEP, revela-se desnecessária a produção de prova pericial para aquilatar o grau de extensão das lesões (TJSC, Ap. Cív. n. 2009.024821-2, de Modelo, rel. Des. Edson Ubaldó, j. em 11-11-2009).

O pagamento parcial da indenização decorrente de seguro obrigatório (DPVAT) implica reconhecimento pela seguradora da invalidez permanente da vítima de acidente causado por veículo automotor de via terrestre. Assim, devida é a complementação do montante pago a título de indenização securitária na quantia integral prevista, na época dos fatos, no art. 3.º, alínea “b”, da Lei n.º 6.194/74 (40 salários-mínimos) (TJSC, Ap. Cív. n. 2007.053746-7, da Capital, rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior, j. em 8-9-2009).

A constatação da invalidez permanente confere à vítima o direito à indenização, que deverá ser calculada de acordo com o grau da lesão sofrida, consoante determina a Lei n. 6.194/1974, com as novas diretrizes estabelecidas pela Medida Provisória n. 451/2008, posteriormente convertida na Lei n. 11.945/2009.

Nesse sentido, extrai-se do artigo 3º, § 1º, e do artigo 5º da Lei n. 6.194/1974, a nova sistemática para o pagamento da indenização do seguro obrigatório conforme o grau de lesão:

[...].

§ 1º No caso da cobertura de que trata o inciso II do *caput* deste artigo, deverão ser enquadradas na tabela anexa a esta Lei as lesões diretamente decorrentes de acidente e que não sejam suscetíveis de amenização proporcionada por qualquer medida terapêutica,

classificando-se a invalidez permanente como total ou parcial, subdividindo-se a invalidez permanente parcial em completa e incompleta, conforme a extensão das perdas anatômicas ou funcionais, observado o disposto abaixo:

I - quando se tratar de invalidez permanente parcial completa, a perda anatômica ou funcional será diretamente enquadrada em um dos segmentos orgânicos ou corporais previstos na tabela anexa, correspondendo a indenização ao valor resultante da aplicação do percentual ali estabelecido ao valor máximo da cobertura; e

II - quando se tratar de invalidez permanente parcial incompleta, será efetuado o enquadramento da perda anatômica ou funcional na forma prevista no inciso I deste parágrafo, procedendo-se, em seguida, à redução proporcional da indenização que corresponderá a 75% (setenta e cinco por cento) para as perdas de repercussão intensa, 50% (cinquenta por cento) para as de média repercussão, 25% (vinte e cinco por cento) para as de leve repercussão, adotando-se ainda o percentual de 10% (dez por cento), nos casos de sequelas residuais.

• *Parágrafo acrescentado conforme determinado na Lei n. 11.945, de 4-6-2009, DOU 5-6-2009, com efeitos a partir de 16-12-2008.*

[...].

Art. 5º O pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do seguro.

A esse respeito, já se manifestou este Tribunal de Justiça:

CIVIL. COMPLEMENTAÇÃO DE SEGURO OBRIGATÓRIO. ACIDENTE POSTERIOR À MP N. 451/2008, CONVERTIDA NA LEI N. 11.945/2009. PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO PROPORCIONAL AO GRAU DA LESÃO SOFRIDA PELO SEGURADO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Aos acidentes ocorridos após a edição da Medida Provisória n. 451, de 15 de dezembro de 2008, convertida na Lei n. 11.945, de 4 de junho de 2009, impõe-se a observância aos percentuais de graduação da indenização constantes da tabela anexa à Lei n. 6.194/1974.

“Em caso de invalidez parcial, o pagamento do seguro DPVAT deve observar a respectiva proporcionalidade” (STJ, Ministro Sidnei Beneti) (Ap. Cív. n. 2010.054830-5, de Campos Novos, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. em 2-12-2010).

AÇÃO DE COBRANÇA DE COMPLEMENTAÇÃO DE SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT). SUSCITADA A ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM SOB O ARGUMENTO DE QUE O AUTOR DEVERIA AJUIZAR A DEMANDA EM FACE DA SEGURADORA QUE ATUA COMO ADMINISTRADORA DO SEGURO OBRIGATÓRIO. INSUBSISTÊNCIA. RESPONSABILIDADE DE TODAS AS SEGURADORAS QUE OPERAM NO SEGURO DPVAT. INTELIGÊNCIA DO ART. 7º DA LEI N.º 6.194/74. PRELIMINAR AFASTADA. ACIDENTE DE TRÂNSITO OCORRIDO EM 29.01.2009. VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 451/08 QUE INSTITUIU A TABELA DO GRAU DE INVALIDEZ. DEBILIDADE PERMANENTE (PERDA INCOMPLETA DA MOBILIDADE DE UM DOS PUNHOS) DE GRAU LEVE COMPROVADA ATRAVÉS DE LAUDO MÉDICO. INDENIZAÇÃO CORRETAMENTE CALCULADA E LIQUIDADADA PELA SEGURADORA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

A Medida Provisória n.º 451/08, de 16.12.2008, posteriormente convertida na Lei n.º 11.945/09, de 04.06.2009, que instituiu a tabela do grau de invalidez, deve ser aplicada para fatos ocorridos após a sua vigência, sob pena de ofensa ao princípio do “*tempus regit actum*” e às normas de direito intertemporal (Ap. Cív. n. 2010.070684-2, de Içara, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, j. em 30-11-2010).

Na mesma direção, colhe-se precedente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

A Medida Provisória n. 451 de 15/12/2008, que classificou a invalidez permanente, para fins de recebimento de indenização do seguro obrigatório, como total ou parcial, subdividindo-se a invalidez permanente parcial em completa e incompleta, conforme a extensão das

perdas anatômicas ou funcionais, só se aplica aos eventos ocorridos a partir da sua edição, por se tratar de norma de direito material, [...] (TJMG, Ap. Cív. n. 1.0512.08.056810-2/0011, de Pirapora, rela. Desa. Electra Benevides, j. em 18-8-2009).

Na hipótese em comento, observa-se do auto de exame complementar de sanidade física, conduzido por médico legista na Delegacia de Polícia da comarca de Joaçaba, que o apelado, após o acidente automobilístico, apresenta: “cicatriz residual no pé esquerdo, dorso com 12 cm. Fratura do metatarso com fragmentação óssea e fixação com fio de Kirschhner. Artrose do segundo artelho do pé esquerdo”. Além disso, afirmou o perito que as lesões resultaram em “debilidade permanente – artrose” (fl. 34). Ocorre que tais informações se mostram insuficientes para enquadrar a perda funcional da vítima às hipóteses constantes na tabela anexa à Lei n. 6.194/1974.

Com efeito, referida tabela contempla a hipótese de “perda anatômica e/ou funcional completa de um dos pés”.

Como antes mencionado, o laudo apresentado pelo apelado bem como os demais documentos que instruem o feito não trazem elementos que indiquem seguramente se a invalidez permanente decorrente da lesão no pé esquerdo da vítima é completa, caso em que a indenização seria paga no importe correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor máximo indenizável (art. 3º, §1º, I, da Lei n. 6.194/1974); ou incompleta, hipótese em que seria indispensável aferir o grau da perda funcional ou anatômica, na forma prevista pelo inciso II do § 1º do art. 3º da Lei n. 6.194/1974.

Por conseguinte, diante dessa situação singular, é que se apresenta como necessária a realização de prova pericial, nos moldes do art. 5º, § 5º, da Lei n. 6.194/1974, *verbis*:

§ 5º. O Instituto Médico Legal da jurisdição do acidente ou da residência da vítima deverá fornecer, no prazo de até 90 (noventa) dias, laudo à vítima com a verificação da existência e quantificação das lesões permanentes, totais ou parciais.

Sobre o tema, colhe-se precedente deste Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. DPVAT. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. SINISTRO OCORRIDO APÓS A INSTITUIÇÃO DA MP N. 451/2008, POSTERIORMENTE CONVERTIDA NA LEI N. 11.945/09, QUE EXIGE A COMPROVAÇÃO DO GRAU DE INVALIDEZ DO SEGURADO PARA O PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO PROPORCIONAL. DECISÃO REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (Ag n. 2010.052592-9, de Criciúma, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 2-12-2010).

Colhe-se do corpo do acórdão:

É salutar consignar que o sinistro em questão ocorreu em 11 de janeiro de 2009, ou seja, após a instituição da Medida Provisória n. 451/2008, posteriormente convertida na Lei n. 11.945/2009, que assegura o pagamento da indenização de acordo com o grau de invalidez do segurado.

[...]

O citado texto legal estabelece, ainda, que as alterações expressas no art. 31 supradito passam a produzir efeitos em 16 de dezembro de 2008 (art. 33, IV, alínea “a”), data em que entrou em vigor a MP n. 451/08, que precedeu a Lei n. 11.945/2009.

Isso quer dizer que, na data do acidente, 11/01/2009, já havia a exigência de estabelecimento do grau de invalidez, para determinar a quantia devida, mostrando-se necessária a realização de perícia técnica.

Por conseguinte, tem-se que a realização de prova pericial faz-se indispensável, devendo ser alterada a decisão objurgada.

Na mesma direção é a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGUROS. DPVAT. [...] GRAU DE INVALIDEZ. PROVA PERICIAL.

Mostra-se necessária a realização de perícia para apuração do grau de invalidez da vítima quando o acidente de trânsito ocorreu após

a entrada em vigor da Medida Provisória n.º 451/2008, posteriormente convertida na Lei n.º 11.945/2009. Laudo médico particular, produzido unilateralmente, impugnado pela parte adversa (Ap. Cív. n. 70040237919, de Porto Alegre, rela. Des. Isabel Dias Almeida, j. em 23-2-2011).

APELAÇÃO CÍVEL. DPVAT. INVALIDEZ PERMANENTE. GRADUAÇÃO. MP 451/2008. NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. PREQUESTIONAMENTO.

O seguro obrigatório foi criado para indenizar as vítimas de seqüelas permanentes ocasionadas em acidente de trânsito. Configurada a invalidez permanente da vítima, decorrente de acidente de trânsito ocorrido após a edição da MP 451/2008 e da Lei 11.945/2009, se faz necessária a graduação da lesão para fins de quantificação da indenização. Para a averiguação da invalidez e do grau das seqüelas, a prova pericial se mostra indispensável, salvo se houver elementos probatórios que permitam a sua averiguação. Caso concreto em que os elementos de convicção não permitem qualquer conclusão acerca do grau das seqüelas da vítima (Ap. Cív. n. 70039629233, de Porto Alegre, rel. Des. Romeu Marques Ribeiro Filho, j. em 23-2-2011).

Vale também mencionar, que não houve a intimação das partes acerca do interesse na produção de outras provas. Desse modo, tendo o Magistrado julgado antecipadamente a lide, é medida de rigor cassar a sentença singular e determinar o retorno dos autos à primeira instância para que se realize perícia pelo Instituto Médico Legal, pela qual deverá ser avaliado se a invalidez apresentada pelo apelado é completa ou incompleta e, se incompleta, o grau das perdas funcionais ou anatômicas que o acometem.

A esse respeito, colhe-se precedente jurisprudencial:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGUROS. DPVAT. COMPLEMENTAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. GRAU DE INVALIDEZ. [...] PROVA PERICIAL.

Mostra-se necessária a realização de perícia para apuração do grau de invalidez da vítima quando o acidente de trânsito ocorreu após a entrada em vigor da Medida Provisória n. 451/2008, posterior-

mente convertida na Lei n.º 11.945/2009. Laudo médico particular, produzido unilateralmente, impugnado pela parte adversa.

Julgamento antecipado da lide sem a intimação das partes acerca do interesse na produção de provas. AFASTARAM A PRELIMINAR E, DE OFÍCIO, DESCONSTITUÍRAM A SENTENÇA, PREJUDICADO O APELO (TJRS, Ap. Cív. n. 70042581355, de Novo Hamburgo, rela. Des. Isabel Dias Almeida, j. em 22-6-2011).

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, de ofício, cassa-se a sentença e determina-se o retorno dos autos à primeira instância para que se realize perícia pelo Instituto Médico Legal, pela qual deverá ser avaliado se a invalidez apresentada pelo apelado é completa ou incompleta e, se incompleta, o grau das perdas funcionais ou anatômicas que o acometem. Prejudicado o recurso.

Participaram do julgamento, realizado no dia 26 de julho de 2011, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Marcus Tulio Sartorato e Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 3 de agosto de 2011.

Fernando Carioni
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Cível n. 2011.019579-8, da Capital

Relatora: Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PUBLICAÇÃO DE FOTOGRAFIA EM CAPA DE REVISTA. AUTORIA DO MATERIAL CREDITÁVEL A TERCEIRA PESSOA, QUE NÃO O ESTÚDIO ACIONADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DECRETADA. CONDIÇÃO DA AÇÃO CUJA PRESENÇA, TODAVIA, DEVE SER ANALISADA *IN STATUS ASSERTIONIS*. ABORDAGEM CONFORME AS PROVAS. EDITORA RESPONSÁVEL PELA PUBLICAÇÃO. USO DA IMAGEM. MERA EXIBIÇÃO COMO PARTE DE CENÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 5º, IX, DA CF. PLEITO REPARATÓRIO IMPROCEDENTE. RECURSO DESPROVIDO.

A ilegitimidade passiva deve ser constatada *in status assertionis*, ou seja, segundo aquilo que foi alegado na inicial (...) (STJ, REsp. 818603). Se para a sua consagração, no caso concreto, é necessário perscrutar a prova de autoria da foto questionada pela demandante, o assunto é de mérito, equivocada a extinção da contenda em relação ao estúdio fotográfico trazido à lide. De todo modo, devidamente comprovado que a fotografia publicada foi confeccionada por fotógrafa *free lancer*, falece o elemento básico à responsabilidade civil daquela demandada, nos termos do art. 186 do CC.

Se o órgão de imprensa responsável em dar publicidade ao material fotográfico visa à exploração central da imagem humana, com intento de lucro, ainda que indireto, é certo que a exibição desautorizada caracteriza ato ilícito. Não é o caso, contudo, quando a exposição aparece em reportagem de capa com cunho jornalístico, versando sobre outro assunto (crescimento dos supermercados atacadistas), e a pessoa compõe apenas parte

do cenário a que se refere a matéria. Não há, enfim, fato lesivo indenizável no plano jurídico.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.019579-8, da comarca da Capital (4ª Vara Cível), em que é apelante Marli Amélia Gonçalves de Souza e apelados Casa da Photo Editoração Ltda - ME e outro:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de *ação de indenização por uso indevido da imagem* ajuizada por Marli Amélia Gonçalves de Souza contra Empreendedor Grupo de Serviços Ltda. e Casa da Photo Editoração Ltda.

Argumenta a autora que foi estampada na capa da edição de julho de 2007 da *Revista do Varejo*, editada pela primeira ré, numa foto tirada pela segunda demandada enquanto realizava compras no interior de supermercado atacadista. Assevera que jamais autorizou a publicação e que suportou comentários jocosos por seus colegas de trabalho, fonte de enorme desgosto, sobretudo por tratar-se de pessoa tímida, avessa a exposição em público. Argumenta, ademais, que serviu a propósito publicitário em prol das rés, que obtiveram lucro ao ilustrá-la na frente da revista. Pede, afinal, indenização de R\$ 50.000,00 por danos morais, bem como ressarcimento de R\$ 30.000,00 a título de danos materiais.

Citada, a Casa da Photo Editoração Ltda. – ME apresentou contestação. Preliminarmente, suscitou a ilegitimidade passiva, ao argumento de que a foto foi tirada por uma terceira, Eliana Vieira, com

quem não tinha qualquer vínculo laboral. No mérito, articulou que a autora não constitui o objeto da fotografia, tendo apenas integrado o cenário como um todo, ainda sem nenhuma menção de ordem pessoal, o que refuta o abalo à imagem. Sucessivamente, pugnou a fixação da indenização em patamar discreto, dada a condição financeira da demandante.

Em seguida aportou aos autos a defesa de Empreendedor Grupo de Serviços Ltda. Anotou, igualmente, que a fotografia foi captada em local público e colada ao periódico num contexto meramente informativo, sem teor ofensivo, o que suprime totalmente o dano à imagem. Agrega, ademais, que a figura da autora não serviu de alavanca para as vendas do produto, o que rechaça os danos materiais propagados. Em desfecho, porventura acolhido o dano moral, pede moderação na fixação do *quantum* indenizatório.

Houve impugnação às peças defensivas.

Regularmente processado o feito, sobreveio sentença que preliminarmente reconheceu a ilegitimidade da ré Casa da Photo Editoração Ltda.. No mérito, quanto a Empreendedor Grupo de Serviços Ltda., ponderou o MM. Juiz que a imagem da demandante apenas retratou um contexto jornalístico, que não impulsionou as vendas da revista, daí porque impertinente ressarcimento por danos materiais. Sobre os danos morais, por outro lado, considerou-os absortos, quer porque o periódico não retrata situação depreciativa, quer porque não ficou patenteado o vexame nas rodas sociais. Imputou à demandante, ademais, as custas e honorários, devidos para a ré Casa da Photo em R\$ 510,00, e para a outra em R\$ 1.020,00. Suspensa, porém, a cobrança, ante a concessão da assistência judiciária.

Irresignada, a demandante interpõe recurso de apelação. *Ab initio*, articula a legitimidade da ré Casa da Photo para compor o polo ativo da lide. No mérito, renova a sua inaptidão para aparecer em público, o

constrangimento por ter sido retratada, e ainda acrescenta que é privado o local onde se deu a captação, o que enuncia claro propósito lucrativo. Reafirma, assim, o pedido de composição pelos danos morais e materiais suportados.

Após as contrarrazões, ascenderam os autos a esta Corte.

VOTO

Consta na sentença de primeiro grau o reconhecimento de ilegitimidade da ré Casa da Photo Editoração Ltda., ao entendimento de que a fotografia de capa da *Revista do Varejo* foi tirada por Eliana Rosa, a quem não se atribui associação alguma com a figura demandada.

Todavia, se se diz que a ré não detém legitimidade para a causa porque outrem confeccionou o material debatido, força convir que a preliminar deixa de ser mera condição da ação e passa a constituir afirmação macroscópica de falta de amparo da autora perante o direito material, porque deve ser perscrutada à luz dos elementos probatórios existentes nos autos.

Inconsistente, nesse contexto, o fundamento decisório, pois as condições da ação devem ser aferidas *in statu assertionis* (teoria da asserção), ou seja, a presença delas deve ser averiguada à vista da assertiva expandida pelo acionante na petição inicial, de modo que *o que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já seria problema de mérito* (MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 2001, p. 212; WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, p. 58).

Feita essa anotação de ordem técnica, percebo, de todo modo, que a autoria da fotografia não cabe à Casa Photo. Apesar de não aparecer no rodapé do retrato o nome da fotógrafa, até mesmo em violação ao art. 24,

II, da Lei n. 9.610/98 (mas que se resolve entre ela e quem publicou o material, não sendo de interesse da acionante), posso atribuir a confecção a dita *free lancer*, e com segurança.

Manuseando a revista, a partir da fl. 19, deparo-me com a reportagem principal intitulada *A reinvenção do atacado*, e com ela, do lado esquerdo, uma foto enorme creditada a Casa da Photo. Depois, porém, várias outras fotografias envolvem o texto, dentre as quais, no rodapé esquerdo, encontro, imputada a Eliana Vieira (está seu nome ali), a única foto que certamente foi tirada no mesmo corredor em que circulava a demandante. Comparando os produtos nas prateleiras e os anúncios ao fundo, tudo indica com clareza que é o mesmo lugar.

No mais, é certo que não existe apenas um supermercado de atacado no Brasil (a autora estaria no interior do Makro em Florianópolis), de modo que é crível tenha havido mais de um fotógrafo atuante na confecção do material, cabendo a Casa da Photo fazê-lo em estabelecimentos de outros Estados, como os demais créditos sugerem (aliás, trata-se de pessoa jurídica sediada em São Paulo – fls. 37/42).

Se é assim, e se a própria Eliana Vieira assume em seu depoimento (fls. 120/121) que foi a autora do clique, sem nenhum indício razoável do contrário, é de se conclamar a improcedência do pleito em face de Casa da Photo, apenas ajustando o comando respectivo (art. 269, I, do CPC).

Quanto à outra ré, impende avaliar a sua correção ao publicar, na capa do periódico, foto que identifica a demandante entre as prateleiras de um supermercado. Nesse interim, a abordagem da tese central é árdua, pois requer profundo enfoque de dois preceitos fundamentais incluídos no rol do art. 5º da Constituição Federal, essenciais para a convivência e o bom funcionamento de um regime democrático como o nosso.

De um lado encontra-se a liberdade de imprensa, que se exerce mediante livre *expressão da atividade intelectual, artística, científica e de*

comunicação, independentemente de censura ou licença, consagrada no inciso IX, e que representa verdadeiro baluarte dos direitos individuais desde os tempos do Iluminismo, representativo da luta contra o despotismo e a intolerância, alicerce da busca pela autonomia do espírito sem rotulação ideológica, sexual ou racial. Bem por isso, como assinala Pinto Ferreira (*In Comentários à Constituição brasileira, v. 1*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.68) *o Estado democrático defende o conteúdo essencial da manifestação da liberdade, que é assegurado tanto sob o aspecto positivo, ou seja, proteção da exteriorização da opinião, como sob o aspecto negativo, referente à proibição de censura*. Complementa o dispositivo, outrossim, o art. 220, § 1º, da Carta Magna, assim redigido:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

No outro lado, entretanto, exsurge com igual força a condição de serem *invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação* (inciso X). Essa disposição derradeira é relevantíssima, pois dela decorre, como bem expressa o preclaro Alexandre de Moraes (*In Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 52), que:

A liberdade de imprensa em todos os seus aspectos, inclusive mediante a vedação de censura prévia, deve ser exercida com a necessária responsabilidade que se exige em um Estado Democrático de Direito, de modo que o desvirtuamento da mesma para o cometimento de fatos ilícitos, civil ou penalmente, possibilitará aos prejudicados plena e integral indenização pelos danos materiais e morais, além do efetivo direito de resposta.

Destarte, o efeito integrador entre os preceitos, bem como a sua harmonização, indica que o órgão de imprensa não pode redigir a sua obra totalmente despido de amarras.

Ocorre que na prática a questão é deveras delicada, mormente porque os próprios fatos aos quais o jornalismo se dedica não podem ser destacados das pessoas que os vivem, atores principais ou figurantes nas estórias cotidianas. Sopesam-se, a partir daí, *as circunstâncias particulares que envolveram a captação e exposição da imagem* (REsp 622872 / RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j.14.6.2005), consoante o caso concreto, sem que haja um paradigma objetivo e inatacável, a ponto de reclamar, por exemplo, que toda pessoa identificável em uma publicação deva ser reparada. Na realidade, impende perscrutar a maneira como se deu a exibição, ou seja, o propósito e o interesse com que a pessoa acaba aparecendo perante terceiros. Para tanto, descendo a escala normativa, o Código Civil fornece algumas dicas bastante úteis, pois em seu art. 20 dispõe:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Em sendo porventura a própria pessoa o centro da notícia divulgada, mormente com fim de lucro, direto ou indireto, entende-se que a autorização sempre se faz necessária, irrelevante a própria avaliação de dano à honra (Cf. STF, RE. 215.984-1, Rel. Min. Carlos Velloso). Todavia, como bem anota Theotonio Negrão (*In Código Civil e legislação extravagante em vigor*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 51), ressalva-se a hipótese “em que o autor da ação foi retratado de forma acidental, num contexto em que o objetivo não foi a exploração de sua imagem” (STJ-RJ 268/74). Esse é, igualmente, o entendimento de Maria Helena Diniz (*In Novo Código*

Civil comentado / coordenação Ricardo Fiuza. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 28/29), para quem:

...há certas limitações ao direito à imagem, com dispensa da anuência para sua divulgação, quando: (...) g) *se obtiver imagem, em que a figura seja tão-somente parte do cenário* (congresso, enchente, praia, tumulto, show, desfile, festa carnavalesca, restaurante etc.), sem que se a destaque, pois se pretende divulgar o acontecimento e não a pessoa que integra a cena;

No caso, analisando de maneira acurada a fotografia em destaque, percebo que o seu escopo é principalmente o de retratar o interior do supermercado Makro, que compõe a rede atacadista, e que representa, segundo o propósito do editorial, ameaça crescente aos seus similares atuantes no varejo. A autora, conquanto esteja no centro do corredor, apenas atesta a presença de consumidores no local, não constituindo a razão principal do encarte produzido. A condição de figurante se repete em relação a outra pessoa parada no mesmo corredor, à fl. 22 da revista, um homem de boné que olha as prateleiras, com trejeitos que também poderiam ser percebidos por um conhecido seu. As silhuetas de várias pessoas são igualmente visíveis em foto da página 23, mas essa representa apenas a cena do interior de um outro supermercado.

Destarte, o que se tem é mera fotografia informativa geral do estabelecimento, a qual ostenta em seu corpo a ilustração da demandante, bem colocada, mas que não pode ser tida como exploração lucrativa direta da sua imagem física, porque parte de revista de notícias com tiragem comum. Haveria exploração, ao contrário, se a foto fosse obtida enquanto apreciava vitrine de loja, depois colocada em comercial (Cf. Apelação Cível n. 2010.059111-7, de Caçador, Rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 5.4.2011), ou o uso de personalidade futebolística conhecida em álbum de figurinhas, definido recentemente no STJ como passível de reparação por danos morais (REsp. n. 1.245.111/RS, Rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 3.5.2011).

No mais, impende destacar que o conceito de local privado, inviolável como fortaleza para qualquer ser humano, é apenas aquele que representa a sua moradia, ou alguma extensão do patrimônio individual (barcos, etc.). Qualquer outro ponto, no qual é livre a circulação de pessoas, não atrai a proteção ampla pretendida, sob pena de limitar a atuação dos órgãos de imprensa aos bens pertencentes a pessoas jurídicas de direito público (vide art. 99 do CC), o que não tem a menor razoabilidade.

Nem vou me estender muito, ainda, sobre o fato de a autora não ter sido sequer retratada de maneira jocosa ou depreciativa no anúncio, tampouco gerado conotação negativa perante seu círculo social. Sei que a circunstância, *per se*, não justifica exoneração ao dever indenizatório, quando a imagem tenha sido explorada comercialmente em caráter central (questão já rechaçada), mas é útil a menção. É que a única testemunha arrolada pela demandante, Joel Spcart (fl. 122), disse *que ouviu algumas pessoas comentarem que a autora “estava ficando famosa”*, também assinalando que *a autora “era capa da revista”*. Assim, tudo leva a crer que apenas no âmago da demandante, por aspectos muito particulares, quando muito, houve algum tipo de dissabor.

De qualquer forma, prepondera o fato de que a sua figura somente compôs parte de um cenário que tinha objetivo informativo, o que derrui outra premissa indenizatória. A propósito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL. USO INDEVIDO DA IMAGEM. INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS. O uso não autorizado de uma foto que atinge a própria pessoa, quanto ao decoro, honra, privacidade, etc., e, dependendo das circunstâncias, mesmo sem esses efeitos negativos, pode caracterizar o direito à indenização pelo dano moral, independentemente da prova de prejuízo. Hipótese, todavia, em que o autor da ação foi retratado de forma acidental, num contexto em que o objetivo não foi a exploração de sua imagem. Recurso especial não conhecido. (Resp. 85.905, Rel. Min. Ari Pargendler)

Da jurisprudência deste Tribunal, outrossim, extrai-se:

DIREITO CIVIL - OBRIGAÇÕES - RESPONSABILIDADE CIVIL - VEICULAÇÃO DE FOTOGRAFIA EM PERIÓDICO - DANO À IMAGEM - IMPROCEDÊNCIA EM 1º GRAU - IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA - INDEVIDA UTILIZAÇÃO DE IMAGEM - FOTOGRAFIA TIRADA EM AMBIENTE PÚBLICO - MATÉRIA PARA FINS JORNALÍSTICOS - AUSÊNCIA DE EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DO FOTOGRAFADO - DEVER DE INDENIZAR AFASTADO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

Não enseja o dever de indenizar a utilização de fotografia tirada sem o intuito de exploração econômica e inserida em matéria de conteúdo jornalístico. (Apelação Cível n. 2006.023078-0, de Capivari de Baixo, Rel. Des. Monteiro Rocha, j.18.8.2008)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PUBLICAÇÃO DE FOTO E NOME DO AUTOR EM REVISTA AUTOMOBILÍSTICA VINCULADO À MATÉRIA INFORMATIVA E EDUCATIVA SOBRE O TEMA “VELOCIDADE EXCESSIVA NO TRÂNSITO” - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

RECURSO DO AUTOR - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE À FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO - ANÁLISE RESTRITA AO TEOR DA MATÉRIA VEICULADA EM REVISTA.

AUSÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO REQUERENTE - IRRELEVÂNCIA - HARMONIZAÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS - DIREITO À HONRA E À IMAGEM VERSUS LIBERDADE DE IMPRENSA - CUNHO INFORMATIVO E NARRATIVO EVIDENCIADOS - INOCORRÊNCIA DE ANIMUS DIFAMANDI OU INJURIANDI - FOTOGRAFIA TIRADA EM LOCAL PÚBLICO - MATÉRIA SEM FINS LUCRATIVOS - MERA NARRAÇÃO DOS FATOS - INTUITO INFORMATIVO E EDUCATIVO - EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

1 O julgamento antecipado da lide não importa cerceamento de defesa quando o conjunto probatório é suficiente à formação do convencimento do Magistrado, observadas as peculiaridades do caso concreto.

2 “A matéria publicada revestida de interesse público que traz em seu bojo informações não distorcidas, apenas narrando os fatos que são de conhecimento e interesse da coletividade, encontra-se em perfeita sintonia com o direito de informação consagrado nos artigos 5º, XIV e 220, da Constituição Federal.” (Apelação Cível 2008.008698-9, da Capital, rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior). (Apelação Cível n. 2006.008643-1, de Criciúma, Rel. Des. Stanley da Silva Braga, j.25.10.2010)

Nega-se, portanto, provimento ao recurso.

DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara decide, por unanimidade, negar 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, 19 de julho de 2011.

MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
RELATORA

Apelação Cível n. 2011.043951-1, da Capital

Relatora: Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

RESPONSABILIDADE CIVIL. FILIAÇÃO. ABANDONO MATERIAL, MORAL E INTELECTUAL DO PAI EM RELAÇÃO AO FILHO. TRATAMENTO ANTI-ISONÔMICO ENTRE OS FILHOS. DANO MORAL CONFIGURADO. EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.043951-1, da comarca da Capital (1ª Vara Cível), em que é apelante A. F. A., e apelado V. P. A.:

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por maioria, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni, com voto vencido, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Marcus Tulio Sartorato.

Florianópolis, 6 de setembro de 2011.

Maria do Rocio Luz Santa Ritta
RELATORA

RELATÓRIO

V. P. A. mandou citar em juízo A. F. A. para haver dele indenização por danos morais.

Alegou, em síntese, que o réu, seu pai, sonegou-lhe amparo moral e material durante toda a sua vida.

Apresentada a resposta e instruído o feito, a sentença acostada às folhas 307/314 julgou improcedente a ação quanto ao abandono moral e acolheu o pedido no que tange ao abandono material, para, neste ponto, condenar o réu ao pagamento de R\$ 40.000,00 a título de danos morais, por não ter auxiliado o autor enquanto este era menor de idade.

Irresignado, o réu apelou, aduzindo, em resumo, que dos fatos descritos na inicial não resultam danos morais, não apenas porque prestou auxílio material ao seu filho, como também porque, na linha de pacífica jurisprudência, a falta de amor e carinho não enseja reparação por lesão anímica (fls. 319/334).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 338/342), vieram os autos.

Este é o relatório.

VOTO

1. A sentença dividiu a petição inicial em duas ações bem identificadas: a primeira dizendo com pedido de dano moral por abandono afetivo; a segunda, com pleito de dano moral substanciado em abandono material.

Quanto à primeira, acompanhou a jurisprudência do STJ no sentido de inexistir dano moral em caso de falta de amor, atenção e carinho do pai em relação ao filho.

Veja-se:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO.

I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que 'A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 **o abandono afetivo**, incapaz de reparação pecuniária' (Resp n. 757.411/MG).

II. Recurso especial não conhecido (STJ - Resp 514350, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, sem destaque no original).

E ainda:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o **abandono afetivo**, incapaz de reparação pecuniária.

2. Recurso especial conhecido e provido (STJ - Resp 757411, Rel. Min. Fernando Gonçalves, sem destaque no original).

A matéria não foi devolvida a esta Corte, à falta de recurso por parte do autor da demanda, e passou em julgado.

Quanto à segunda ação, a sentença condenou o réu ao pagamento de **danos morais** por entender que ele se negou a fornecer ao autor o **auxílio material** (não o afetivo ou o moral) de que necessitava para viver por ocasião de sua menoridade, nos termos dos seguintes fundamentos:

[...].

Quanto ao pedido de dano moral pelo abandono material, o qual revela-se pela ausência do que se considera o mínimo material ao homem médio, levando em conta que o requerido teria condições de proporcionar ao filho uma vida dentro dos padrões medianos, no caso em tela, toma outros contornos.

Entretantes, da detida análise das provas colacionadas aos autos, o réu em seu próprio depoimento às fls. 134/135 afirmou que ‘às vezes o depoente dava dinheiro para as ex cunhadas comprarem bens de uso do autor; (...); **que nunca pagou pensão para o autor; (...)**’.

A testemunha Flávia Solange Acorde, irmã do autor e filha do requerido, à fl. 184 disse que ‘inicialmente o requerido negou a paternidade, mas no dia da audiência admitiu a mesma; que o requerido também não aceitou dar um terreno para o autor construir uma casa; (...)’.

E a testemunha Maria do Carmo Amaral declarou à fl. 185 que ‘quem ajuda Volnei é Flávia; que Volnei Mora com Flávia; que o autor não tem emprego; (...)’.

A paternidade provoca o surgimento de deveres, tendo fundamento normativo, como o art. 1.634, incisos I e II, do Código Civil, que estabelecem deveres, dentre os quais está o dever do pai e da mãe de ter o filho em sua companhia e educá-lo, o chamado dever de convivência.

Da mesma forma, no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 3º, 4º e 5º, o dever da família de assegurar o desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual e social do menor, em condições de dignidade, referindo expressamente a convivência familiar como direito da criança e do adolescente e a punição em caso de omissão quanto à preservação de seus direitos da personalidade.

[...].

Nesses termos, o abandono material do filho, desde que seja voluntário e injustificado, configura violação ao dever antes especificado. Conduta essa que afronta ao art. 1.634, II, do Código Civil. Aí residindo a ação ou a omissão, um dos requisitos da responsabilidade civil. E se dessa conduta resultam danos ao filho, estarão preenchidos os outros requisitos: nexo causal e dano.

[...] (fls. 312/313, sem destaque no original).

2. A questão posta à apreciação desta Câmara é extremamente polêmica.

Após reflexão, penso que a sentença deve ser mantida, apesar de reconhecer que relevantíssimas objeções podem ser levantadas contra ela.

Em linha de princípio, o direito de família, possuindo regras próprias, tratando dos assuntos mais caros e delicados à vida pessoal e familiar das pessoas, como que impede o traslado simplista de diretrizes de responsabilidade civil para a resolução dos inúmeros conflitos que invariavelmente surgem na ambiência das relações de parentesco e filiação, nem sempre redutíveis a meras questões pecuniárias.

Assim é que a jurisprudência, por exemplo, não concede indenização a título de danos morais em favor de filhos que comparecem em juízo brandindo **a só ausência de amor e carinho de seus pais**. Nesses casos, o pai (ou a mãe, ou ambos) até se desincumbe do dever de prestar auxílio material ao filho, mas não dá a este o carinho, a atenção e o amor necessários. Aqui é pacífico a inexistência de abalo moral indenizável, tendo em vista a máxima segundo a qual não se pode obrigar a gostar de quem quer que seja, nem mesmo dos próprios filhos.

Noutro giro, o descumprimento do dever de prestar alimentos, sem outras conotações, autoriza a prisão civil do devedor, além de outras formas de ingerência patrimonial e de coerção psicológica, mas não, via de regra, a condenação do pai ou da mãe faltosos ao pagamento de uma indenização por danos morais.

Outra objeção à manutenção da sentença recorrida está no momento do reconhecimento da filiação. Como relata o próprio autor da demanda, a filiação foi estabelecida somente **após a sua maioridade**, quando o réu, citado em ação de investigação de paternidade, reconheceu a procedência do pedido.

Consequentemente, raciocinando em termos puramente formais, não se afiguraria heterodoxo assentar que até o advento desse reconhecimento o réu não possuía qualquer *dever jurídico* para com o autor e que, portanto, na linha dessa premissa, não poderia a sentença condená-lo ao pagamento de indenização por danos morais em virtude do descumprimento de deveres que nem sequer existiam no *tempus* considerado pela sentença (cf: TJSC – ACv 2006.012075-7, Rel.: Mazoni Ferreira).

3. Ainda assim, apesar desses relevantes fundamentos, tenho que as particularidades da espécie autorizam a manutenção da sentença, que, penso, fez justiça no caso concreto.

É incontroverso que o réu, proprietário de vários terrenos, como aponta a prova documental, nenhuma impugnada, apesar de não ter registrado o autor como seu filho, **conhecia** a sua condição de pai e nunca a contestou, seja judicial ou extrajudicialmente. Tanto assim que, segundo alega em depoimento pessoal, o acionante, quando criança, esporadicamente visitava a sua casa, ocasião em que lhe entregava alguns presentes, como calçados e agasalhos (fl. 134).

Além disso, e mais importante, também é incontroverso que o autor foi concebido na constância da união de sua mãe com o réu, tanto que a família permaneceu unida durante três anos após o nascimento daquele (cf: depoimento pessoal do réu, fl. 134).

Dessa forma, embora o réu não tenha registrado o autor, permanecendo em posição cômoda, furtando-se às responsabilidades do poder familiar e limitando-se a dar ao acionante apenas uma lembrança ou outra quando lhe convinha, tenho que a providência (registro) se afigurava anódina para o efeito de liberá-lo já àquela época dos deveres inerentes à paternidade, não somente à vista do conhecimento que tinha do estado de filiação, mas sobretudo em função da presunção (*juris tantum*) de paternidade que decorreu do nascimento do autor na constância da união que estabeleceu com a mãe deste, então sua mulher.

Portanto, nesse quadro, o reconhecimento judicial da paternidade, embora efetuado somente após o advento da maioridade do autor, serviu apenas à confirmação tanto da sapiência que o réu **já possuía** do estado de filiação, quanto da presunção de paternidade que alcança os filhos concebidos na constância do casamento ou da união estável.

Superado esse ponto e analisando detidamente a petição inicial e a própria contestação apresentada pelo réu, é possível apreender que a espécie não se resume à mera denúncia de um pai faltoso com os deveres inerentes ao poder familiar.

O que se alega na inicial (e se prova na instrução, até pelas próprias declarações do réu) é o descumprimento de tais deveres mesmo quando o réu podia regularmente adimpli-los, deixando seu filho à míngua de apoio material, instrução, educação, lazer e inúmeros direitos análogos de que era titular.

E, mais que isso, a prova produzida nos autos demonstra que o réu, em desatenção ao comando constitucional que estabelece ampla isonomia de tratamento entre os filhos (art. 227, § 6º, CF/88), vedando qualquer espécie de discriminação entre eles (art. 227, *caput*, CF/88), concedeu tratamento distinto ao autor e a seus outros filhos, tratando aquele qual um agregado, destinando-lhe não os insumos necessários a sua regular criação, e que poderiam ser prestados, mas apenas algumas esmolas, favores diminutos, em quadro de total indiferença em relação a filho que sabia ser seu.

Sintomático dessa diferença de tratamento está na afirmação – **não impugnada e portanto admitida como verdadeira** – de que o acionante “foi analfabeto até os 22 anos” (fl. 277), ao passo que outro filho do réu é graduando em Direito por universidade particular. Sem falar na ausência de oferecimento regular de alimentos, contentando-se o réu a apenas dar “alguns presentes” ao acionante de quando em quando.

Como se vê, a razão pela qual o decreto condenatório deve ser mantido não está na ausência de carinho e amor, mas no fato objetivo, primeiro, de o réu ter deixado o autor à míngua de qualquer apoio material mesmo podendo prestá-lo e, segundo, no fato, não menos objetivo, da discriminação havida entre os seus filhos.

Em sociedade cada vez mais competitiva, em que as crianças se desigualam já quando nascem (ou antes ainda), com os estímulos cognitivos prestados pelos genitores, é presumível o abalo anímico sofrido pelo filho sabedor de que poderia ter recebido instrução formal e de qualidade,

preparando-se adequadamente para o mercado de trabalho, mas, por inércia injustificável de seu pai, arrosta a condição de analfabeto durante grande parte de sua vida justamente na “era da informação”.

Diante disso é possível assentar que a indenização aqui solicitada encontra sustentáculo jurídico também a partir dos insumos doutrinários da **responsabilidade civil por perda de uma chance**, diante da frustração de obter uma vantagem futura por fato ou ato antijurídico praticado por outrem (cf: NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. São Paulo, Saraiva, 2003, v. I, p. 665).

É certo que o recebimento de educação formal por parte dos pais não configura garantia absoluta de sucesso profissional. Mas a chamada “perda de uma chance” não tem por objetivo indenizar fatos dessa natureza, isto é, “o prêmio da chegada”, o sucesso que não veio, mas sim constituir lenitivo pela oportunidade perdida, pela ponte que foi queimada e que não pode mais ser erguida, pelo caminho que poderia ter sido trilhado mas que foi fechado justamente por ato ilícito e injustificado cometido por quem tinha o dever jurídico de abri-lo.

Também é rigorosamente presumível o abalo que sente o filho ao ver que seu pai, mesmo sabendo-se seu pai, trata-o não como filho, mas como agregado, mero destinatário de trastes de pouco ou nenhum valor, em total menoscabo à regra constitucional de isonomia entre os filhos.

Portanto, a indenização não está sendo deferida aqui por falta de amor, carinho e atenção do réu em favor do autor. É indiscutível que não existe dano moral por fatos dessa natureza.

A razão de ser da presente indenização deita no fato objetivo de o réu saber que o autor era seu filho e, ainda assim, negar-se a tratá-lo como tal, discriminando-o em relação aos demais de sua prole, tendo ele condições financeiras para assim não agir.

Finalmente, a quantia arbitrada pelo juízo *a quo* (R\$ 40.000,00) para os danos morais é suficiente para minimizar os efeitos deletérios da violação ao bem jurídico e dissuadir o réu da prática de ato ilícito análogo, levando-se em conta principalmente que este furtou-se ao dever de auxílio material de seu filho por toda a menoridade dele.

Por essas razões, realçando as peculiaridades do caso concreto, e remarcando que a espécie não cuida de pedido de dano moral surgido de falta de amor e carinho do pai em relação ao filho, nego provimento ao recurso.

Este é o voto.

Declaração de Voto Vencido do Excelentíssimo Desembargador Fernando Carioni

Ousei divergir da douta maioria, pelas razões que passo a expor.

A presente inconformação tem por objeto a sentença de primeiro grau que julgou procedente os pedidos formulados nos autos da ação de indenização por danos morais e, em consequência, condenou o réu ao pagamento de indenização a título de danos morais pelo abandono material no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

A indenização pelo abalo moral decorrente do abandono afetivo e material paterno sofrido durante a infância e a adolescência, além de ser novidade no Direito Brasileiro, envolve questão polêmica ao se permitir que uma certa quantia pecuniária compense os transtornos decorrentes da rejeição do pai ou da mãe pela sua prole.

Alcançar uma solução reclama o enfrentamento de um dos problemas mais incitantes da responsabilidade civil, qual seja, determinar quais danos extrapatrimoniais são passíveis de indenização.

A respeito, Nehemias Domingos de Melo enfatiza:

Recentemente, o Judiciário foi instado a se manifestar sobre a questão de abandono moral, tendo surgido algumas decisões condenando pais que, independentemente de ter se desincumbido do ônus alimentar, faltaram com o dever de assistência moral aos seus filhos na exata medida em que se fizeram ausentes e, por via de consequência, não prestaram a devida assistência afetiva e amorosa durante o desenvolvimento da criança.

A questão é polêmica e controvertida, razão porque é preciso cautela e prudência para se analisar cada caso concreto. Não se pode esquecer que as separações de casais, no mais das vezes, se processam num clima de ódio e vingança. Nestas circunstâncias, a experiência cotidiana tem demonstrado que aquele que fica com a guarda isolada da criança, quase sempre cria óbices e dificuldades para que o pai, ou a mãe, que não detém a guarda, não tenha acesso à criança. Comumente são transferidos à criança os sentimentos de ódio e vingança daquele que detém a sua guarda, de tal sorte que, em muitos casos, é a própria criança que passa a não querer ver a mãe ou o pai, supostamente responsável pelas mazelas que a outra parte incute em sua cabeça.

Somente por essas razões, já se recomendaria cuidado na análise de procedência de pedido de indenização por dano moral com fundamento no abandono moral, porquanto não se pode transformar o Judiciário num instrumento tão somente de vingança pessoal, disfarçado sob o manto da necessidade de punir a falta de assistência moral à criança (Abandono moral: fundamentos da responsabilidade civil – Artigos. *Revista síntese de direito civil e processual civil*, Síntese v. 34, mar. 2005. p. 31-34)

Carlos Roberto Gonçalves, discorrendo acerca do tema assevera que *“a questão é delicada, devendo os juízes ser cautelosos na análise de cada caso, para evitar que o Poder Judiciário seja usado, por mágoa ou outro sentimento menos nobre, como instrumento de vingança contra os pais ausentes ou*

negligentes no trato com os filhos” (Responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 649-650).

Sabe-se que a reparação civil por dano moral possui um caráter compensatório, a fim de dar ao lesado um lenitivo pela dor sofrida, bem como um caráter punitivo ao gerador do dano.

Quanto ao caráter punitivo, no âmbito do direito de família, o ordenamento jurídico já prevê a reprimenda para o pai que abandona o filho ou descumpre injustificadamente o dever de sustento, guarda e educação, punindo-o com a perda do poder familiar, tal como previsto no artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente e no artigo 1.638, II, do Código Civil.

No tocante ao caráter compensatório, salienta-se que não se nega a dor tolerada por um filho que cresce sem o afeto e amparo material do pai, bem como o abalo que o abandono causa ao infante; porém a reparação pecuniária além de não acalantar o sofrimento do filho ou suprir a falta de amor paterno, poderá provocar um abismo entre pai e filho, na medida que o genitor, após a determinação judicial de reparar o filho por não lhe ter prestado auxílio afetivo, talvez não mais encontre ambiente para reconstruir o relacionamento.

Por óbvio, a demanda restringe a chance de o autor receber, ainda que de modo tardio, o afeto do réu.

Aqui merece um aparte, visto que o autor nasceu no dia 19-12-1970, sendo que até o ano de 2002 não havia confirmação da sua filiação, momento em que, após o ajuizamento de ação de investigação de paternidade, o pai reconheceu a filiação.

Conforme se extrai do processado, o pai, ao tempo do reconhecimento da paternidade, passou a dar amparo ao filho, tendo o levado para residir em sua casa.

É de bom alvitre lembrar que à época do reconhecimento de paternidade, o autor já contava com mais de 30 (trinta) anos de idade, não sendo exigido do pai, nessas condições, que dê amparo financeiro ao filho.

Diante desse contexto, não há como fixar indenização nos moldes do artigo 186 do Código Civil para compensar o abandono moral e tampouco o material sofrido pelo autor, razão pela qual entendo que merece reforma a decisão objurgada.

Ouso ainda afirmar que o valor deferido pela Magistrada *a quo* a título de indenização por danos morais decorrente do abandono material – R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), trará mais danos do que benefícios ao autor. Isso porque, a quantia por certo se esvairá rapidamente e levará a relação parental a um distanciamento difícil de ser recuperado. Penso que a indenização pecuniária, em casos como o presente, importa em evidente prejuízo as duas partes envolvidas, na medida em que fomenta o sentimento de vingança pessoal, daquele que foi privado de afeto e amparo material, e dificulta a construção de uma relação alicerçada no afeto e no respeito mútuo por aquele que foi condenado ao pagamento da verba indenizatória.

Eram essas as considerações necessárias para amparar o meu posicionamento, no sentido de dar provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido inicial.

Florianópolis, 13 de setembro de 2011.

Fernando Carioni
DESEMBARGADOR

Apelação Cível n. 2009.011649-6, da Capital / Estreito

Relator: Juiz Saul Steil

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E AFETIVOS. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. DESNECESSIDADE DE INSTRUÇÃO DO PROCESSO. ELEMENTOS DE PROVA SUFICIENTES PARA FORMAR O CONVENCIMENTO DO JULGADOR. SEGURA RESOLUÇÃO DA LIDE (ART. 130 DO CPC).

ALEGAÇÃO DE ABANDONO MATERIAL E AFETIVO. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE QUANDO O AUTOR TINHA 15 ANOS DE IDADE, APÓS REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA. PAGAMENTO DE ALIMENTOS DESDE O RECONHECIMENTO FILIAL, ATÉ QUE O AUTOR COMPLETOU 27 ANOS DE IDADE. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO CONCLUIU A UNIVERSIDADE POR CULPA DO RÉU. AUTOR QUE NÃO EXERCE ATIVIDADE REMUNERADA. DEMORA NA CONCLUSÃO DO ENSINO SUPERIOR QUE DEMONSTRA A NEGLIGÊNCIA DO AUTOR NOS ESTUDOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. DANO DECORRENTE DAS CIRCUNSTÂNCIA DA VIDA E NÃO DE AÇÃO OU OMISÃO DELIBERADA DO PAI. PRETENSÃO INJUSTIFICADA. IMPROVIMENTO DO RECURSO.

O julgamento antecipado da lide (art. 330, I, do CPC) não implica cerceamento de defesa, se desnecessária a instrução probatória, face ao princípio da celeridade processual.

A paternidade pressupõe a efetiva manifestação sócio-afetiva de convivência, amor e respeito entre pai e filho, não podendo ser quantificada, em sede indenizatória, como reparação de danos morais, salvo raras situações, do que não se cuidam os autos, porquanto, o dano não se configura pelo simples fato de os pais

não terem dedicado aos filhos o afeto que deles era de se esperar, sobretudo quando o vínculo de parentesco somente é conhecido tardiamente através de ação judicial onde se teve realizado exame de paternidade, o que é o caso dos autos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2009.011649-6, da comarca da Capital / Estreito (2ª Vara Cível), em que é apelante G. S. F., e apelado J. P. M. F.:

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

RELATÓRIO

G. S. F. promoveu Ação de Indenização por Danos Morais e Afetivos contra J. P. M. F., alegando que atualmente possui 27 anos de idade, porém passou toda a infância e boa parte de sua juventude sem contato com o pai, ora réu, pois sequer sabia quem era seu verdadeiro pai, nem o verdadeiro paradeiro deste.

Aduz que percorreu longa trajetória de incertezas pessoais, diferenças sociais, muitas vezes sendo marginalizado em seu ambiente de estudo, por colegas de sua idade, os quais muito zombavam dele devido ao fato de não conhecer seu pai.

Salienta que, desde o ajuizamento da ação de investigação de paternidade até os dias atuais, não conseguiu lograr êxito em receber o afeto e carinho de seu pai, até agora ausente, passados dez anos do acordo judicial.

Sustenta que, em razão do desamparo material e psicológico por parte do réu, sofreu prejuízos em sua manutenção e nos estudos, fazendo com que até os dias de hoje não tenha completado o ensino superior.

Assevera que enfrentou dor e sofrimento ao ver o réu tratar os demais filhos de forma diferente do autor. Assim, “saturado de sua contenda na busca do amor paterno, o autor propõe a presente demanda, com cunho indenizatório, para que possa ser ressarcido nos danos morais e psíquicos que o abandono afetivo lhe causou”, em valor a ser arbitrado pelo Juízo.

Valorou a causa e instruiu a inicial com as peças de fls. 12-123.

Regularmente citado, o réu apresentou contestação (fls. 129-147), arguindo, em preliminar, impossibilidade jurídica do pedido, porquanto o ordenamento jurídico não prevê a reparação de danos morais para a hipótese em apreço, sobretudo porque só soube da existência de seu filho quando do ajuizamento da ação de Investigação de Paternidade, após o exame de DNA, pois originado de uma relação eventual/única com a mãe do autor, portanto, se dano houve foi provocado por sua genitora que não levou o fato ao conhecimento do réu.

Ressalta que o afeto é conquista que exige reciprocidade, não sendo possível compelir uma pessoa a amar a outra, mormente quando uma das partes não sabia da existência do liame parental.

Afirma não estar configurado o dano moral, porquanto submeteu-se sem resistência ao exame de DNA e, tão logo comprovada a paternidade, assumiu a filiação, mas esse fato não ensejou a aproximação afetiva entre pai e filho.

Aduz que cabe ao Judiciário não dificultar, por meio de uma condenação, uma relação amistosa futura entre pai e filho, sem olvidar que deve-se evitar a patrimonialização das relações afetivas, porquanto, em situações como a relatada na inicial, o pleito de danos morais se reveste de caráter vingativo, com fundamento no abandono.

Pugna pela improcedência do pedido, porquanto não há prova de que o réu tivesse ciência de que o autor era seu filho, situação que

só foi esclarecida por ocasião da propositura da ação de investigação de paternidade e, a partir de então, passou a pagar pensão alimentícia, até que completasse 27 anos de idade, para que concluísse seus estudos, o que não o fez.

Requer a concessão da assistência judiciária e junta as peças de fls. 150-165.

A réplica aportou às fls. 192-199.

A preliminar de impossibilidade jurídica do pedido foi rejeitada e deferida a produção de prova pericial (fls. 200-202).

O Perito nomeado apresentou proposta de honorários (fls. 229), sobre a qual as partes foram intimadas.

O réu afirmou não ter interesse na prova, a qual não foi por ele requerida e pugna pelo julgamento do processo no estado em que se encontra (fl. 227).

Sobreveio a sentença de fls. 228-233, prolatada pelo MM. Juiz Clóvis Marcelino dos Santos, que julgou improcedente o pedido e condenou o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), suspendendo a cobrança das verbas por ser o autor beneficiário da Justiça Gratuita.

Irresignado, o autor interpôs recurso de apelação, alegando violação aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa em face do julgamento antecipado da lide, porquanto o Magistrado sentenciante não participou da instrução do processo e, ao proferir a sentença contrariou o despacho saneador que determinou a realização de perícia médica/psicológica, pois na hipótese o dano não é presumido.

Reedita o argumento expendido na inicial de que passou a infância e parte de sua juventude sem o contato paterno, evidenciando-se o desamparo

material e psicológico, resultando que até hoje, com 28 anos de idade, o autor não conseguiu completar seus estudos.

Salienta que, somente com o ajuizamento da ação de investigação de paternidade o réu reconheceu o autor como filho, porém nunca se preocupou com seu desenvolvimento e formação, obrigação que lhe é imposta pela Constituição Federal.

Aduz que os danos morais decorrem do abandono afetivo e psicológico a que foi submetido ao ser privado do convívio e amor paterno.

Requer a anulação da sentença ou a devolução da matéria de mérito, ou o seguimento do julgamento com a procedência do pedido.

Em contrarrazões, pugna o apelado pela manutenção da sentença.

VOTO

Conhece-se do recurso, porquanto presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Cerceamento de defesa

Não há cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado da lide, quando os elementos constantes dos autos são suficientes para formar o convencimento do Magistrado.

Na hipótese, os autos contêm os elementos necessários ao julgamento da controvérsia, consubstanciado na farta documentação juntadas pelas partes, sendo dispensável a produção de outras provas para a formação do convencimento do julgador.

A prova pericial é despicienda, porquanto o autor possui atualmente 30 anos de idade e, como bem adiantou o perito nomeado às fls. 129, “pela idade atual do autor e por outros acontecimentos de sua vida, pode não ser possível estabelecer relação causal”.

Prescreve artigo 330, I, do Código de Processo Civil:

O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

Quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência.

Portanto, como destinatário da prova, cabe ao juiz decidir se os elementos colacionados bastam, ou não, para a formação do seu convencimento, cabendo-lhe deferir ou indeferir a produção de prova que entender desnecessária.

A propósito, colhe-se do STJ:

‘A tutela jurisdicional deve ser prestada de modo a conter todos os elementos que possibilitem a compreensão da controvérsia, bem como as razões determinantes de decisão, como limites ao livre convencimento do juiz, que deve formá-lo com base em qualquer dos meios de prova admitidos em direito material, hipótese em que não há que se falar cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide’ e que **‘o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento’** (REsp nº 102303/PE, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 17/05/99). (AgRg no REsp 839217/RS, rel. Ministro José Delgado, DJ de 2-10-2006, p. 240).

E deste Tribunal de Justiça, colhe-se:

“É poder-dever do magistrado o julgamento antecipado da lide nas hipóteses em que a prova existente nos autos se revelar suficiente para o exame e convencimento da questão posta para julgamento. Da mesma forma, mostrando-se desnecessária a produção de outros meios de prova, o julgamento prematuro do processo não acarreta cerceamento de defesa.” (AC n. 00.006948-5, de Urussanga, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 14.08.2003).

[...] 2. **Inexiste cerceamento de defesa quando o juiz, considerando desnecessária a dilação probatória, julga antecipadamente a**

lide com base nos elementos até então coligidos e as provas requeridas evidentemente não alterariam a solução adotada. [...]. TJSC, Apelação Cível n. 2004.006008-4, de Rio do Sul, rel. Des. Mazoni Ferreira, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 15.10.2007).

Por tais fundamentos, rejeita-se a preliminar.

Mérito

Pretende o apelante a reforma da sentença de improcedência do pedido de indenização por danos morais decorrente de abandono afetivo a que foi submetido em razão de não haver recebido afetividade paterna.

O Código Civil vigente prevê a possibilidade de reparação de dano por ato ilícito, inclusive quando o dano é exclusivamente moral, nos termos dos artigos 186 e 927, do Código Civil.

Como afirma o próprio autor na inicial, teve sua paternidade reconhecida aos 15 anos de idade e, antes dessa data não sabia quem era o seu pai nem o seu paradeiro, enquanto este afirma que só teve conhecimento da existência do autor por ocasião da propositura da ação de investigação de paternidade, onde foi realizado o exame de DNA, sendo que, após o resultado, imediatamente reconheceu a filiação.

Extrai-se do Termo de fl. 47, que efetivamente o réu reconheceu a paternidade e restou condenado ao pagamento de pensão alimentícia no valor de 3 (três) salários mínimo. Em 29-6-2004, as partes firmaram acordo em ação de execução de alimentos, onde o réu se comprometeu a pagar ao autor pensão no valor de 1,6 salários mínimos, pelo período de três anos (até 29-6-2007), ficando exonerado da obrigação a partir desse termo, o que foi cumprido, conforme comprovantes de depósitos de fls. 172-189.

Como se vê, o autor recebeu pensão alimentícia do réu até os 27 anos de idade, portanto, se não concluiu o curso universitário até essa idade, foi por negligência própria com os estudos, e não em razão de fatores

relacionados à paternidade, porquanto, ao que consta dos autos o autor não exerce qualquer atividade laborativa.

O fato de ter sido gerado em uma relação eventual, que não favoreceu a certeza da paternidade e ensejou a confirmação da ligação biológica com a realização de exame de DNA, quando o autor contavam com 15 anos de idade, já evidencia um início tumultuado para uma relação entre pai e filho, a qual deve ser construída de forma gradativa, ao longo do tempo.

Não se pode exigir que após decorridos 15 anos do nascimento do autor, pai e filho venham a se conhecer e estabeleçam, desde logo, uma relação afetiva, de modo a introduzir o autor na família que constituiu, sobretudo quando se percebe que essa circunstância deixou mágoas no autor, o que é de certo modo natural em casos dessa natureza.

Os danos que certamente restaram no psiquismo do apelante não podem ser reparados com indenização financeira, mas com a efetiva busca de aproximação deste com seu pai, para que, ainda que tardiamente, possam construir uma verdadeira relação de pai e filho, fundada no afeto, o que só é possível com boa vontade de ambas as partes, sem resistências imotivadas, ou motivadas por interesses pecuniários que certamente não privilegiam o bem estar de ninguém.

Certamente que o autor, muito mais do que uma generosa indenização, precisa buscar a presença paterna que, ao que parece, não lhe foi negada deliberadamente, mas em razão das circunstâncias da vida, uma vez que por ocasião da concepção do réu, o autor era casado e possuía filhos, sendo que conheceu a mãe do autor que era professora na escola em que seu filho estudava.

A reparação de danos em hipóteses de omissão afetiva que visa traduzir o afeto humano em valor monetário, não se configura pelo simples fato de os pais não terem dedicado aos filhos o afeto que deles era de se esperar, sobretudo quando o vínculo de parentesco somente é conhecido

tardamente através de ação judicial onde se teve realizado exame de paternidade, o que é o caso dos autos.

A contemplação do dano moral exige extrema cautela e a apuração criteriosa dos fatos, porquanto, o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si, situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, mas constitui antes um fato da vida. Afinal o questionamento das raízes do afeto ou do amor, e da negação destes, leva a perquirir as razões íntimas do distanciamento, implicam invasão do campo jurídico ao terreno conceitual impreciso que avança pelo mundo da medicina, da biologia e da psicologia.

Embora se viva num mundo materialista, onde os apelos pelo compromisso social não passam de mera retórica, em si mesma desonesta e irresponsável, nem tudo pode ser resolvido pela solução simplista da indenização, pois afeto não tem preço, e valor econômico nenhum poderá restituir o valor de um abraço, de um beijo, enfim de um vínculo amoroso saudável entre pai e filho, sendo essa perda experimentada tanto por um quanto pelo outro.

Ao que se verifica, o distanciamento foi motivado pelo fato de ter sido a paternidade revelada pela mãe do autor somente por ocasião do ajuizamento da ação de investigação de paternidade, promovida quando ele já tinha 15 anos de idade. Portanto, pai e filho são vítimas de um mesmo fato para o qual, ao que parece, nenhum dos dois concorreu.

Nessas circunstâncias, entendo que o afastamento do réu com o filho, está plenamente justificado pelas circunstâncias da vida, que certamente produziram – e produzem – sofrimento para ambos.

Todavia, é preciso ter em mente que as relações interpessoais são balizadas por inúmeros fatores pessoais, ambientais e sociais, que produzem sentimentos e emoções, que conduzem à aproximação entre as pessoas ou ao distanciamento entre elas, sejam parentes ou não.

Por essa razão, a contemplação do dano moral em situações como a relatada nos autos, exige extrema cautela e, sobretudo, uma apuração criteriosa dos fatos.

Não se pode desconhecer que afeto é conquista e reclama reciprocidade, não sendo possível compelir uma pessoa a amar outra. A convivência familiar somente é possível quando existe amor. E amor não pode ser imposto, nem entre os genitores, nem entre pais e filhos.

Oportuno ressaltar, ainda, que não é a mera presença de um pai na vida do filho que lhe assegura um desenvolvimento saudável, nem a sua ausência um fato impeditivo deste desenvolvimento, pois o mais importante é que o filho seja educado em um ambiente permeado pelo equilíbrio, onde as relações familiares sejam saudáveis, com ou sem a presença do pai ou da mãe.

Mas a presença de pai e mãe e a relação equilibrada entre ambos também não é garantia de que o filho vá ter um desenvolvimento equilibrado e saudável, pois existem inúmeros fatores internos, externos e circunstanciais que balizam o desenvolvimento das pessoas. Pais ajustados podem gerar filhos desajustados, e a ausência do pai ou da mãe também não enseja condenação a uma vida permeada de conflitos.

O afeto não é sentimento humano que possa ser submetido ao livre arbítrio, como se não decorresse de uma relação bilateral e, pior ainda, como se pudesse ser mensurado economicamente.

Afinal, ninguém pode ser compelido a dar o que não tem. Quem não ama não pode dar o do amor que não sente, e quem não sente afeto não pode ser compelido a demonstrá-lo.

Por essa razão, somente em situações excepcionais é que se pode conceber a possibilidade de reparação por dano moral, ou seja, quando

se evidencia alguma situação anormal, grave, o que decididamente não ocorre no caso em exame.

A propósito, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

“Ainda outro questionamento deve ser enfrentado. O pai, após ser condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido as necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso?

(...)

Por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido, não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo ou dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil, conforme acima esclarecido.

Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.” (STJ, REsp 757411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves).

E deste Tribunal de Justiça:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS E DANOS MORAIS. PATERNIDADE RECONHECIDA. DANOS MORAIS DECORRENTES DO ABANDONO AFETIVO. REQUISITOS DO ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL NÃO DEMONSTRADOS. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

“A simples recusa do réu em reconhecer a paternidade investigada não gera, por si só, dano moral indenizável, porquanto sua configuração dependa do preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil.” (TJSC, ACv n. 2004.029267-4, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben) (Apelação Cível n. 2006.007021-8, de Blumenau. Relatora: Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta).

Em situações similares, outro não tem sido o entendimento proclamado pelos Tribunais e Câmaras especializadas em Direito de Família, a exemplo dos arestos a seguir transcritos:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FILHO RECONHECIDO POR FORÇA DE AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE. ABANDONO AFETIVO. DANO DECORRENTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS E NÃO DE AÇÃO OU OMISSÃO DELIBERADA DO PAI. Evidenciado que o dano psíquico experimentado pelo filho decorre muito mais das circunstâncias em que foi concebido e posteriormente reconhecido que de eventual ação ou omissão deliberada do pai, não ocorre a obrigação de indenizar por abandono afetivo. A relação paterno-filial, do ponto de vista psíquico, não surge com a sentença proferida na ação investigatória de paternidade, mas é construída ao longo do tempo, quando há efetiva boa vontade em se promover a aproximação de pai e filho, despojada de mágoas e centrada exclusivamente no bem estar emocional do envolvidos. O conceito de pai pressupõe um dado socioafetivo constituído na convivência, e não é uma mera decorrência do vínculo genético reconhecido na sentença, que simplesmente atribui a alguém a condição de genitor. **NEGARAM PROVIMENTO, POR MAIORIA.**” (Apelação Cível Nº 70019263409, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 08/08/2007).

ALIMENTOS. FILHO MAIOR E CAPAZ. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO PAI. 1. Sendo o filho maior, capaz, apto ao trabalho e com receita própria, com plenas condições de prover seu próprio sustento, descabe impor ao genitor encargo alimentar ou mesmo a obrigação de custear-lhe os estudos ou visando, ainda, o pagamento de prestações pretéritas da sua faculdade. 2. O pedido de reparação por dano moral no Direito de Família exige a apuração criteriosa dos fatos e o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao (já vulgarizado) princípio da dignidade da pessoa humana, sendo mero fato da vida. 3. Embora se viva num mundo materialista, nem tudo pode ser resolvido pela solução simplista da indenização, pois afeto não tem preço, e valor econômico nenhum poderá restituir o valor de um abraço, de um beijo, enfim de um vínculo amoroso

saudável entre pai e filho, sendo essa perda experimentada tanto por um quanto pelo outro. Recurso desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70032449662, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 26/05/2010).

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE ABANDONO AFETIVO. JULGAMENTO ANTECIPADO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A, DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS E JURÍDICOS FUNDAMENTOS. No caso, inexistente a alegada afronta ao princípio do contraditório, porquanto patente que o juízo singular julgou antecipadamente a causa com fundamento no artigo 285-A, do CPC. Aliás, observa-se que o magistrado julgou improcedente o pedido com fundamento em precedente no todo semelhante, tendo, inclusive, mencionado o número da demanda indenizatória que continha pedido idêntico, conferindo maior celeridade ao feito. Ademais, a reparação de danos que tem por fundamento a omissão afetiva, no âmbito do direito de família, é sabidamente de interpretação restritiva, pois que, visando a traduzir o afeto humano em valor monetário, é marcada por enorme subjetividade, e não se configura pelo simples fato de os pais não terem dedicado aos filhos o afeto que deles era de se esperar, mormente quando o vínculo de parentesco somente é conhecido tardiamente através de ação judicial onde se teve realizado exame de paternidade, o que é o caso dos autos. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70033931593, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 01/09/2010).

Oportuno ressaltar, ainda, que no caso em apreço faz-se necessário muita determinação, paciência e empenho para um “encontro”, uma “descoberta” entre pai e filho, que até agora, as partes não mostraram disposição em buscar, porque isso, evidentemente, envolve dor, sofrimento e revolve mágoas recíprocas. Contudo, não há outro caminho para formação de laços afetivos; as partes, hoje dois homens adultos, se assim desejarem, devem romper as barreiras do distanciamento e buscar diálogo

e convivência, sob pena de não permitirem a construção de uma relação afetiva.

Contudo, pagar pela falta de amor não estabelece o amor; pagar pela falta de companhia, não tem o dom de restabelecer o prazer de conviver. O pagamento pelo “dano” pode sim implicar na definitiva ruptura da relação. E nas relações paterno-filiais o que se pretende não é a ruptura, mas sim a estimulação do vínculo da afetividade.

Isto posto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

DECISÃO

Ante o exposto, a Terceira Câmara de Direito Civil, decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

O julgamento, realizado no dia 12 de abril de 2011, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Fernando Carioni, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Marcos Tulio Sartorato.

Florianópolis, 12 de abril de 2011.

Saul Steil
RELATOR

Apelação Cível n. 2011.034720-1, de Rio do Sul

Relator: Juiz Saul Steil

AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. MUDANÇA DO PRENOME E GÊNERO FEMININO PARA MASCULINO. PARTE AUTORA QUE POSSUI TODOS OS ATRIBUTOS FÍSICOS DE PESSOA DO SEXO MASCULINO. ACOMPANHAMENTO PSICOLÓGICO DESDE FEVEREIRO DE 2008. REALIZAÇÃO DE CIRURGIA PARA RETIRADA DAS MAMAS NO MESMO ANO. FOTOGRAFIAS QUE COMPROVAM AS SUAS CARACTERÍSTICAS FÍSICAS TÍPICAMENTE MASCULINAS. IDENTIDADE SEXUAL QUE DEVE REFLETIR A VERDADE VIVENCIADA E QUE SE REFLETE NA SOCIEDADE. SOBRES-TAMENTO DO PROCESSO PARA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE MUDANÇA DE SEXO. INVIABILIDADE. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. CONFLITO DE PRINCÍPIOS. ADOÇÃO NO CASO CONCRETO DAQUELE QUE SOBRESSAI POR SUA RELEVÂNCIA. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. QUESTÃO DE INTERESSE EXISTENCIAL. DIRETO DO APELADO VIVER DIGNAMENTE, EXERCENDO COM AMPLITUDE SEUS DIREITOS CIVIS, SEM RESTRIÇÕES DE CUNHO DISCRIMINATÓRIO. SALVAGUARDA DO SER HUMANO EM TODA A SUA DIMENSÃO (INTEGRIDADE FÍSICA, PSICOLÓGICA E SOCIAL). POSSIBILIDADE DE VIDA DIGNA QUE DEPENDE DA ALTERAÇÃO SOLICITADA. MITIGAÇÃO DA NORMA QUE VEDA A ALTERAÇÃO DO PRENOME. OBSERVÂNCIA DA FINALIDADE SOCIAL DA LEI QUE É A PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS. DIREITO CONSAGRADO À LIBERDADE DO SER HUMANO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

No caso de colisão entre princípios constitucionais, não há critérios de prevalência como ocorre com as normas infracons-

titucionais, por não haver hierarquia entre eles, de modo que a solução não se dá no campo da validade, mas da dimensão de peso, o que somente poderá ser ponderado em cada caso concreto, circunstância que fará prevalecer um princípio sobre o outro pela sua relevância.

No caso concreto, resulta evidente que deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana em detrimento da segurança jurídica, até porque não há indícios de que a alteração do nome poderia trazer prejuízo a terceiro ou à sociedade.

A regra de imutabilidade do prenome, preconizada na lei de regência, deve ceder lugar para atender aos fins sociais a que a lei se destina, que deve culminar sempre no objetivo maior que é proporcionar o bem estar aos indivíduos e à sociedade na qual estão inseridos, pacificando os conflitos.

Na hipótese, somente a alteração do prenome será capaz de solucionar a incômoda situação na qual se encontra o apelado, diante do constrangimento de identificar-se como mulher no exercício da vida cotidiana, pois o nome que possui transmite a ideia de alguém com atributos femininos, enquanto a aparência física é típica masculina.

Presentes os pressupostos indispensáveis à alteração do prenome, é de se permitir à parte autora a aptidão plena para realizar os atributos de sua personalidade, a afirmar a sua dignidade como pessoa humana, lembrando que a todos os indivíduos foi concedido o direito à liberdade e esta não deve ser tolhida pela justiça.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.034720-1, da comarca de Rio do Sul (3ª Vara Cível), em que é apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e apelada S. J.:

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

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, 23 de agosto de 2011.

Saul Steil
RELATOR

RELATÓRIO

S. J. promoveu Ação Inominada, alegando que possui biotipo masculino e pretende a alteração do respectivo assento de nascimento para que passe a se chamar L.C.J., bem como seja determinada a alteração de sexo feminino para masculino.

Aduz que em razão de sentir-se psicologicamente como homem, iniciou no ano de 1985 tratamento hormonal, realizando, em 2008, cirurgia de mastectomia subcutânea para retirada das mamas, pois comporta-se, trabalha e acredita em seu íntimo que é homem, porém a manutenção do nome e sexo feminino em seu registro de nascimento lhe acarreta preconceito social, constrangimentos e privações, afastando-o do convívio social.

Invoca preceitos constitucionais como a dignidade da pessoa humana e alega ser equívoco obrigar uma pessoa a viver chamando-se por um nome que só lhe causa sofrimentos, constrangimentos e prejuízos morais de toda ordem.

Argumenta acerca da dispensabilidade da realização prévia de ato cirúrgico para mudança de sexo e requer a antecipação da tutela jurisdicional para que sejam autorizadas as alterações em seu assento de nascimento, ante o constante abalo a auto-estima e preconceito cotidiano toda vez que necessita afirmar a sua identidade, situação que não pode aguardar a tramitação do processo, pois somente com a mudança no registro civil poderá assumir, em definitivo, a personalidade masculina com a adoção de um nome de homem.

Pugna pela concessão do benefício da assistência judiciária e, a final a procedência do pedido com a expedição de ofício ao cartório do Registro Civil do Município de Ituporanga, determinando a alteração do prenome, para chamar-se L.C.J., e a mudança de anotação de sexo feminino para masculino.

Fez os demais requerimentos de praxe, valorou a causa e juntou documentos (fls. 28-89).

O pedido de assistência judiciária foi deferido e determinado o trâmite da ação em segredo de justiça (fl. 90).

O representante do Ministério Público manifestou-se pela designação de audiência de instrução e julgamento (fl. 96).

Na data aprazada, foi colhido o depoimento pessoal da parte autora e inquiridas as suas testemunhas (fls. 104-107).

O Promotor de Justiça manifestou-se pelo sobrestamento do processo até que o autor realize cirurgia de mudança de sexo.

Sobreveio a sentença de fls. 113-116, prolatada pelo MM. Juiz Luiz Cláudio Broering, que julgou procedente o pedido e determinou ao Oficial do Registro de Pessoas naturais do Município de Ituporanga, que proceda a retificação do prenome da parte requerente a fim de que passe a constar no Registro nº 21.651, Livro A-029, folha 01285 como sendo

L. C. J., do sexo masculino, filho de N.J. e L.R.J., zelando pelo sigilo da retificação, vedado o fornecimento de qualquer certidão para terceiros acerca da situação anterior da parte autora, em prévia autorização judicial.

Irresignado, o representante do Ministério Público interpôs recurso de apelação (fls. 122-128), objetivando a extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido e afronta ao princípio da segurança jurídica ou, alternativamente, a anulação da sentença com a determinação de sobrestamento do feito até que a parte apelada promova a cirurgia de transgenitalização.

Em contrarrazões, a parte autora requer o improvimento do recurso.

O digno Procurador de Justiça, Dr. Francisco José Fabiano manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso para manter a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Este é o relatório.

VOTO

Versam os autos sobre Retificação de Registro Civil, no qual a parte autora postula a alteração de seu sobrenome e sexo feminino para masculino, junto ao Cartório de Registro Civil do Município de Ituporanga com objetivo de adequar seu nome e sexo à sua aparência física, visto que apresenta fortes traços masculinos e seu assento civil outorga-lhe nome e gênero feminino. As fotografias de fl. 31 confirmam essa assertiva.

O autor afirma que entende-se por homem, comporta-se e pensa como tal, tendo plena convicção de sua decisão de mudar de nome e de gênero de feminino para masculino. Como respaldo a essa convicção, apresentou o atestado da psicóloga que o orienta desde o mês de fevereiro de 2008, demonstrando que lhe está sendo prestado o devido acompanhamento psicológico.

Ainda o atestado médico de fl. 36 informa que a parte autora faz uso de testosterona há 20 anos e que há 01 ano realizou mastectomia subcutânea para retiradas das mamas. Já o atestado de fl. 38 emitido por médica Ginecologista e Obstetra afirma que a parte autora “tem fenótipo feminino”.

Os documentos de fls. 39-88 comprovam que a parte autora tem buscado diversos setores da medicina, desde tratamento psicológico até cirurgias, inclusive solicitando procedimentos cirúrgico para mudança de sexo, demonstrando claramente que pretende harmonizar-se consigo mesma.

Evidencia-se, ainda, que em razão de ser pessoa pobre, a parte autora tem travado uma luta árdua, pois depende do tratamento disponibilizado pelo Poder Público, o que dificulta sobremaneira os procedimentos que lhe são necessários para ajustar sua perfeita identidade biológica.

Durante a instrução processual foi colhido o seu depoimento pessoal e inquiridas duas testemunhas.

S.J., em depoimento pessoal declarou:

“que a depoente se sente como se fosse homem e o serviço que exerce na empresa Carnadin, é masculina, já que trabalha no corte de jeans; que gostaria de alterar no seu registro de nascimento o sexo, passando para masculino e da mesma forma alterando o nome par Luiz Carlos Jung; que em 2008 a depoente fez cirurgia para retirada das mamas; que a depoente toma hormônios Durasteston quinzenalmente; que pretende fazer outra cirurgia na cidade de Porto Alegre-RS; que o timbre de voz da depoente é masculino” (fl. 105).

A testemunha Cleonira Cecília Thiesen do Nascimento, à fl. 106, declarou:

“que conhece a parte Autora há mais de 30 anos, pois em determinado período residiram em Ituporanga e eram vizinhos; que quando crianças as irmãs da parte autora brincavam com a

depoente e suas irmãs, enquanto a parte Autora brincava com os meninos, de bola ou carrinho, e desde então a parte Autora já tinha a voz mais grossa; que sempre chamava a parte Autora de ‘Lange’; que faz 23 anos que a depoente quando já estava trabalhando em Rio do Sul, a parte Autora passou a trabalhar na casa da depoente na condição de doméstica; que a parte Autora era já uma mocinha quando passou a trabalhar na casa da depoente; que a parte autora quando jovem tinha os seios com pouco volume; que desconhece se a parte Autora fez cirurgia para retirada dos seios; que enquanto a parte Autora trabalhava para a depoente, sempre teve a mesma como do sexo feminino; que depois que a parte Autora deixou de trabalhar com a depoente há aproximadamente 23 anos, não manteve mais contato regular com a mesma”.

Edite da Rocha, às fl. 107, respondeu:

“que a parte Autora trabalhou como empregada doméstica na casa de Hanelor Pereira, irmã da depoente, por aproximadamente 08 anos; que faz aproximadamente 15 anos que a parte autora deixou de trabalhar com Hanelor; que quando a parte autora trabalhava com Hanelor, a mesma tinha comportamento e se vestia como se fosse do sexo masculino; que a parte autora usava cabelo curto e tinha voz masculina; que a parte autora passava por muitos constrangimentos, mesmo porque trabalhava numa função feminina mas se parecia com um menino; que fazia uns 10 anos que não tinha mais contato com a parte autora, a qual reencontrou nesta audiência”

A situação relatada na inicial e corroborada pela prova documental e testemunhal deixa antever que a parte autora é alvo constante de constrangimento e de exposição ao ridículo, porque o nome que porta é de uso predominantemente do sexo oposto àquele que ostenta, resultando em evidente desconforto e sofrimento psicológico, pois desnatura a sua personalidade.

O constrangimento mencionado se repete cada vez que o nome da parte autora é pronunciado, o que não corresponde à expectativa dos atributos que associamos ao prenome, parecendo-nos que isto causa desassossego que deve ser evitado.

Embora não se vislumbre a alegada ameaça à segurança jurídica, outros princípios fundamentais devem ser ponderados no caso concreto, como a dignidade da pessoa humana, inserto no artigo 1º da Constituição Federal, que tem seu fundamento no Estado Democrático de Direito e prescreve:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como **fundamentos**:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana.

E o artigo 3º da Carta Magna, dispõe:

“Art. 3º Constituem **objetivos fundamentais** da República Federativa do Brasil:

I- **constituir uma sociedade livre, justa e solidária;**

II- garantir do desenvolvimento nacional;

III- **erradicar** a pobreza e a **marginalização** e reduzir a **desigualdades sociais** e regionais;

IV- **promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.**

Oportuno lembrar que a Constituição da República é fonte de validade de todas as normas e confere a necessária coesão ao ordenamento, com princípios e regras que vão orientar todo o sistema jurídico.

No caso de colisão entre princípios constitucionais, não há critérios de prevalência como ocorre com as normas infraconstitucionais, por não haver hierarquia entre eles, de modo que a solução não se dá no campo da validade, mas da dimensão de peso, o que somente poderá ser ponderado em cada caso concreto, circunstância que fará prevalecer um princípio sobre o outro pela sua relevância no caso específico.

A par dessas considerações, em havendo conflito de princípios, a questão se resolve mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, que é universal no âmbito de vigência das constituições dos Estados Democráticos de Direito, ainda que no Brasil, não esteja explicitado na atual Constituição Federal, conquanto possua *status* constitucional.

Portanto, tem-se que é o princípio da proporcionalidade que permite fazer o sopesamento dos princípios e direitos fundamentais, bem como dos interesses e bens jurídicos a serem tutelados.

Afinal, quando se tem direitos fundamentais em conflito perante um caso concreto, é necessário que sofram eles uma justa medida de ponderação em razão do bem ou do interesse que se pretende tutelar, para que não se tornem sem efetivação e aplicabilidade, mas atinjam a finalidade social da norma, no caso concreto.

Não admitir a retificação como pretendida pela parte autora, além de afrontar princípios constitucionais fundamentais, significa apego exagerado ao formalismo, sobretudo porque a alteração conforme postulada não irá prejudicar direito de terceiros ou a ordem pública e a manutenção da situação apresentada, por sua vez, é motivo de intenso sofrimento.

Prescrevem os artigos 56, 57 e 58, da Lei 6.015/73:

“Art. 56. O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.

Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do artigo 110 desta Lei.

“Art. 58. **O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.**

Parágrafo único. A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público.

Com a redação atribuída pela Lei 9.708/1998 ao art. 58 da Lei 6.015/1973, passou-se a admitir a substituição do prenome por apelidos públicos notórios. Desse modo, a Lei de Registros Públicos tornou-se mais flexível à retificação do nome civil.

Não se olvida de que não há norma específica no ordenamento jurídico brasileiro regulando a alteração do assento de nascimento em casos de transexualidade, em que pese a existência, no Congresso Nacional, do Projeto de Lei n.º 70, do ano de 1995, o qual propõe acréscimo de dois parágrafos ao art. 58 da Lei dos Registros Públicos e possibilita, assim, a mudança do prenome e do sexo do transexual em seu assento de nascimento.

A inexistência dessa norma específica, todavia, não tem o condão de fazer com que o fato social da mudança de sexo fique sem solução jurídica, porquanto aplicável na hipótese o disposto no artigo 4º, da LICC, que dispõe que **“quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”**.

E o artigo 126, do CPC, prescreve:

“Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito”.

Não se pode olvidar, que a permanência do prenome não condiz com a anatomia da parte demandante, como se afere das fotografias juntadas à fl. 31 e a manutenção dará seqüência a toda a espécie de constrangimentos, que por certo abalam o convívio harmonioso com a sociedade, família e

trabalho, ferindo o princípio constitucional da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

É certo, ainda, que a imutabilidade do nome e dos apelidos de família não é mais tratada como regra absoluta e irreduzível. Tanto a lei, expressamente, como a doutrina e a jurisprudência admitem sua alteração em algumas hipóteses.

Se o nome pelo qual a parte apelada é identificada lhe causa repugnância, constrangimentos, e a expõe a situações de desconforto, razoável que se autorize a correção, porquanto a ninguém é justo impor sentimento negativo, ainda mais pelo simples pronunciar de seu nome ou o sexo descrito em seu registro de nascimento.

Pretender a concessão do direito somente após a realização de procedimento cirúrgico de transgenitalização, seria impor-lhe um fardo ainda maior, porque, além de não conceder-lhe o direito que postula, condicionaria a mudança do prenome e sexo constante de seu registro, à realização prévia de cirurgia de risco, quando a lei não lhe obriga tal providência, a não ser que livremente assim deseje.

Muito embora a parte autora se considere verdadeiramente homem, é certo que o referido ato cirúrgico de redesignação sexual, por si só, não modifica o sexo de uma pessoa. A questão posta nos autos é delicada, merecendo análise aprofundada.

Quando editada a lei de obrigatoriedade do registro civil, a distinção entre os dois sexos era feita baseada na conformação da genitália. Porém, com o avanço do desenvolvimento científico e tecnológico, existem vários outros elementos identificadores do sexo, razão pela qual a definição do gênero não pode mais ser limitada somente ao sexo aparente.

Hoje, a cirurgia de transgenitalização já é uma realidade institucional, incluída recentemente na lista de procedimentos médicos custeados pelo SUS.

Daí conclui-se que se o Estado consente com a possibilidade de realizar-se cirurgia de mudança de sexo, logo deve também prover os meios necessários para que o indivíduo tenha uma vida digna e, por conseguinte, seja identificado jurídica e civilmente tal como se apresenta perante a sociedade.

Não se pode olvidar, ainda, que o prenome apresenta grande relevância social, sendo um dos atributos da personalidade humana e, nesse contexto, não pode ficar vinculado apenas ao sexo do indivíduo e sim em consonância com a sua personalidade.

Atualmente a parte autora possui 44 anos de idade e relata que, desde a infância não se sente mulher e em decorrência de longo tratamento hormonal detém hoje evidentes feições masculinas, conforme se afere das fotografias acostadas à fl. 31, que evidenciam sua anatomia nitidamente masculina.

Informa, ainda, que entende-se como homem, comporta-se e pensa como tal, estando assim completamente convicto de sua decisão de mudar de gênero, o que é atestado pelo devido acompanhamento psicológico a que se submete desde fevereiro de 2008 e cirurgia para retirada de mama já realizada.

Extrai-se do conjunto fático-probatório, ainda, que a apelada realizou inúmeras tentativas para realização de cirurgia de mudança de sexo, mas não obteve sucesso, em razão de tratar-se de procedimento de alta complexidade, oferecido somente em poucas instituições habilitadas, sendo a mais próxima localizada na cidade de Porto Alegre/RS.

Impingir a quem durante toda a sua vida sofreu privações e constrangimentos, que tenha de aguardar por mais longo tempo na fila de espera do SUS para conseguir atendimento médico para, somente após efetuada a cirurgia, dar prosseguimento ao pedido é por demais incoerente e não se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana, além de colocar a realização do procedimento cirúrgico como condição para a alteração do nome e sexo no assento de nascimento.

É de se registrar, ainda, que o rigoroso padrão moral de outrora, cede espaço às novas realidades, aos novos costumes e a hipocrisia de então não mais encontra eco na vida e na ciência moderna. Os costumes alteram-se, os comportamentos mudam, as condutas ficam mais flexíveis, fruto das informações de massa.

Em conseqüência, as regras jurídicas não podem imobilizar-se, ao contrário, devem adaptar-se aos novos tempos, atento ao fato de que os comandos normativos dirigem-se à sociedade. Não são conceitos desapegados de qualquer conteúdo, como se o mundo jurídico pudesse ser um mundo alheio ao que se passa na comunidade a que se dirige. Os comandos tendem a se alterar, na medida em que muda a realidade.

Oportuno colacionar alguns conceitos sobre transexualidade que ajudam na compreensão da matéria em exame:

“Transexualismo: “significa que há uma transposição na correlação do sexo anatômico e psicológico, ou seja, a pessoa tem o corpo de um sexo, porém sente-se como pertencente ao sexo oposto. Por exemplo, um transexual masculino pode expressar que se sente uma mulher presa dentro de um corpo de homem”.

Como se desenvolve? “Para se entender o transexualismo, primeiramente é importante se compreender o que é identidade de gênero e como se forma. A identidade de gênero refere-se à **masculinidade e à feminilidade**, ou melhor, à **convicção que cada um tem sobre si de ser masculino ou feminino. Isso se forma muito precocemente, desde o estágio intra-uterino, e decorre:**

da soma de causas genéticas e hormonais (vão determinar os caracteres físicos do bebê, se vai nascer com características de menino ou menina); da atitude dos pais ao aceitar ou não o sexo do bebê, a forma como esse bebê vai ser manuseado e tratado (a menininha ou o garotão); da interpretação do bebê a respeito dessas atitudes paternas; da formação do ego corporal (o bebê vai formando uma idéia a respeito de si a partir de sensações que surgem com a manipulação de seu corpo). Também é importante termos conhecimento do conceito de identidade de gênero nuclear, que significa **a convicção de que a designação do sexo da pessoa foi corporalmente e psicologicamente determinada, por exemplo, “tenho corpo de mulher e me sinto mulher”.**

Em tal hipótese, o transexual sente “um **sofrimento psíquico por acreditar que houve um erro na determinação do sexo anatômico. É devido a esse sentimento que muitos buscam a cirurgia para mudança de sexo, na tentativa de correção do erro que sentem haver lhe acontecido e assim aliviar o sofrimento**”. [...] (Aracy Augusta Leme Klabin, “Aspectos jurídicos do transexualismo”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, vol. 90, 1995, p. 197).

Mesmo que a cirurgia de mudança de sexo ainda não tenha ocorrido, o autor já realizou procedimento para retirada de mamas, está submetido desde fevereiro de 2008 a tratamento psicoterápico e aguarda na fila de espera do Sistema Único de Saúde, vaga para a realização de cirurgia para mudança de sexo. Portanto, demonstra um desejo imenso de viver e ser aceito como membro do sexo oposto, pois já possui essas características físicas.

O nome das pessoas, além da identificação e vinculação ao grupo familiar, assume também fundamental importância individual e social, por ser direito personalíssimo e, com já dito, constitui um dos atributos da personalidade.

Os direitos fundamentais visam à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, por sua vez, atua como sendo uma qualidade inerente, indissociável, de todo e qualquer ser

humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo.

Princípios fundamentais como a dignidade da pessoa humana devem ser resguardados, em um âmbito de tolerância, para que as decisões judiciais efetivamente sejam eficientes para amenizar o sofrimento humano, no sentido de amparar o ser humano em sua integralidade - física psicológica social e espiritual.

Portanto, não há como fechar os olhos para a peculiar situação vivenciada pela parte autora, que implicaria infração ao princípio da dignidade da pessoa humana, norma insculpida no inc. III do art. 1º da Constituição Federal.

Oportuno citar, ainda, o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948): **“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade[...]”**.

Ainda é de citar o o art. 6º da Constituição Federal, que, entre os direitos sociais, assegura o **direito à saúde**, encargo que é imposto ao próprio Estado. A não coincidência de identidade, à evidência, provoca à parte apelada desajuste psicológico, que por certo lhe retira o bem estar físico, psíquico, social e espiritual.

Na hipótese excepcional em apreço, a regra da imutabilidade é de ser afastada, para fazer prevalecer o direito à alteração do nome, sendo desnecessária a prova acerca das situações vexatórias vivenciadas, pois o conjunto probatório dá conta dos constrangimentos diários pelos quais passam pessoas em situações como a vivenciadas pela apelada.

Com efeito, o direito à adequação do registro é uma garantia à saúde, e a negativa de modificação afronta imperativo constitucional, revelando severa violação aos direitos humanos.

Para a parte autora, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ela vivenciada e que se reflete na sociedade, de forma que essa solução lhe proporcionará manifestar sua verdadeira identidade.

A propósito, oportuno colacionar precedente do Superior Tribunal:

“Resulta estreme de dúvidas que, diante da excepcionalidade do caso em tela, é de prevalecer à regra da imutabilidade o direito à alteração do prenome, por força do art. 58 da Lei n.º 6.015/73. Inclusive, tem-se por desnecessária a prova a respeito das situações vexatórias vivenciadas pelo recorrente, sendo do conhecimento de todos os constrangimentos diários pelos quais passam pessoas como o apelante.” (fl. 179 – TJRS, AC 70013909874 – 7ª C. Civ. – Rel. Des. Maria Berenice Dias – j. em 5/4/2006).

E da lavra da Ministra Nancy Andrichi:

Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana.

- Sob a perspectiva dos princípios da Bioética – de beneficência, autonomia e justiça –, a dignidade da pessoa humana deve ser resguardada, em um âmbito de tolerância, para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual.

- A afirmação da identidade sexual, compreendida pela identidade humana, encerra a realização da dignidade, no que tange à possibilidade de expressar todos os atributos e características do gênero **imanente** a cada pessoa. Para o transexual, ter uma vida digna importa em ver reconhecida a sua identidade sexual, sob a ótica psicossocial, a refletir a verdade real por ele vivenciada e que se reflete na sociedade.

- A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade

da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano.

- Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto.

- Somos todos filhos agraciados da liberdade do ser, tendo em perspectiva a transformação estrutural por que passa a família, que hoje apresenta molde eudemonista, cujo alvo é a promoção de cada um de seus componentes, em especial da prole, com o insigne propósito instrumental de torná-los aptos de realizar os atributos de sua personalidade e afirmar a sua dignidade como pessoa humana.

- A situação fática experimentada pelo recorrente tem origem em idêntica problemática pela qual passam os transexuais em sua maioria: um ser humano aprisionado à anatomia de homem, com o sexo psicossocial feminino, que, após ser submetido à cirurgia de redesignação sexual, com a adequação dos genitais à imagem que tem de si e perante a sociedade, encontra obstáculos na vida civil, porque sua aparência morfológica não condiz com o registro de nascimento, quanto ao nome e designativo de sexo.

- Conservar o “sexo masculino” no assento de nascimento do recorrente, em favor da realidade biológica e em detrimento das realidades psicológica e social, bem como morfológica, pois a aparência do transexual redesignado, em tudo se assemelha ao sexo feminino, equivaleria a manter o recorrente em estado de anomalia, deixando de reconhecer seu direito de viver dignamente.

- Assim, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual, nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração para a mudança de sexo no registro civil, e a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, forçosa se mostra a admissibilidade da pretensão do recorrente, devendo ser alterado seu assento de nascimento a fim de que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido.

- Vetar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada. E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome feminino constante da inicial, para se identificar, razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguido do sobrenome familiar, conforme dispõe o art. 58 da Lei n.º 6.015/73.

- Deve, pois, ser facilitada a alteração do estado sexual, de quem já enfrentou tantas dificuldades ao longo da vida, vencendo-se a barreira do preconceito e da intolerância. O Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa. E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar.

- Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolidada, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alçando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna.

- De posicionamentos herméticos, no sentido de não se tolerar “imperfeições” como a esterilidade ou uma genitália que não se conforma exatamente com os referenciais científicos, e, conseqüentemente, negar a pretensão do transexual de ter alterado o designativo de sexo e nome, subjaz o perigo de estímulo a uma nova prática de eugenia social, objeto de combate da Bioética, que

deve ser igualmente combatida pelo Direito, não se olvidando os horrores provocados pelo holocausto no século passado. Recurso especial provido (**RECURSO ESPECIAL Nº 1.008.398 - SP (2007/0273360-5) RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI**).

Ainda colhe-se do pedido de homologação de sentença estrangeira, **SE nº. 1058**, que tem como Relator o Ministro Presidente do STJ, Barros Monteiro:

“2. A jurisprudência brasileira vem admitindo a retificação do registro civil de transexual, a fim de adequar o assento de nascimento à situação decorrente da realização de cirurgia para mudança de sexo [...].

Outros precedentes de Tribunais Pátrios:

APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO RELATIVAMENTE AO SEXO. TRANSEXUALISMO. POSSIBILIDADE, EMBORA NÃO TENHA HAVIDO A REALIZAÇÃO DE TODAS AS ETAPAS CIRÚRGICAS, TENDO EM VISTA O CASO CONCRETO. RECURSO PROVIDO. (Apelação Cível Nº. 70011691185, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alfredo Guilherme Englert, Julgado em 15/09/2005)

REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE. PRENOME. ALTERAÇÃO. POSSIBILIDADE. APELIDO PÚBLICO E NOTÓRIO. O FATO DE O RECORRENTE SER TRANSEXUAL E EXTERIORIZAR TAL ORIENTAÇÃO NO PLANO SOCIAL, VIVENDO PUBLICAMENTE COMO MULHER, SENDO CONHECIDO POR APELIDO, QUE CONSTITUI PRENOME FEMININO, JUSTIFICA A PRETENSÃO JÁ QUE O NOME REGISTRAL É COMPATÍVEL COM O SEXO MASCULINO. DIANTE DAS CONDIÇÕES PECULIARES, NOME DE REGISTRO ESTÁ EM DESCOMPASSO COM A IDENTIDADE SOCIAL, SENDO CAPAZ DE LEVAR SEU USUÁRIO A SITUAÇÃO VEXATORIA OU DE RIDÍCULO. ADEMAIS, TRATANDO-SE DE UM APELIDO PÚBLICO E NOTÓRIO JUSTIFICADA ESTÁ A ALTERAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 56 E 58 DA LEI N. 6015/73 E

DA LEI N. 9708/98. RECURSO PROVIDO. (11 FLS.) (Apelação Cível Nº 70000585836, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 31/05/2000)

REGISTRO PUBLICO. ALTERACAO DO REGISTRO DE NASCIMENTO. NOME E SEXO TRANSEXUALISMO. SENTENCA ACOLHENDO O PEDIDO DE ALTERACAO DO NOME E DO SEXO, MAS DETERMINANDO SEGREDO DE JUSTICA E VEDANDO NO FORNECIMENTO DE CERTIDOES REFERENCIA A SITUACAO ANTERIOR. RECURSO DO MINISTERIO PUBLICO SE INSURGINDO CONTRA A MUDANCA DE SEXO, PRETENDENDO QUE SEJA CONSIGNADO COMO TRANSEXUAL MASCULINO, E CONTRA A NAO PUBLICIDADE DO REGISTRO. EMBORA SENDO TRANSEXUAL E TENDO SE SUBMETIDO A OPERACAO PARA MUDANCA DE SUAS CARACTERISTICAS SEXUAIS, COM A EXTIRPAÇÃO DOS ORGAOS GENITAIS FEMININOS E A IMPLANTACAO DE PRÓTESE PENIANA, BIOLÓGICA E SOMATICAMENTE CONTINUA SENDO DO SEXO MASCULINO. INVIABILIDADE DA ALTERACAO, SEM QUE SEJA FEITA REFERENCIA A SITUACAO ANTERIOR, OU PARA SER CONSIGNADO COMO SENDO TRANSEXUAL MASCULINO, PROVIDENCIA QUE NAO ENCONTRA EMBASAMENTO MESMO NAS LEGISLAÇÕES MAIS EVOLUÍDAS. SOLUCAO ALTERNATIVA PARA QUE, MEDIANTE AVERBAÇÃO, SEJA ANOTADO QUE O REQUERENTE MODIFICOU O SEU PRENOME E PASSOU A SER CONSIDERADO COMO SEXO MASCULINO EM VIRTUDE DE SUA CONDICAO TRANSEXUAL, SEM IMPEDIR QUE ALGUEM POSSA TIRAR INFORMACOES A RESPEITO. PUBLICIDADE DO REGISTRO PRESERVADA. APELACAO PROVIDA, EM PARTE. VOTO VENCIDO. (Apelação Cível Nº 597156728, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tael João Selistre, Julgado em 18/12/1997)

Nesse contexto, considerando-se que o Direito é realidade, é fato social, mister abrir-se à visão da realidade e se inserir nos tempos modernos, evitando qualquer situação constrangedora para as partes que litigam perante a justiça, contribuindo sempre para a paz social.

A causa do constrangimento alegada pela parte recorrida é a desconformidade entre o seu prenome e o aspecto físico que apresenta, bem assim, a desarmonia psicossocial que o assentamento civil causa à sua identidade pessoal e sexual, sobretudo em decorrência do fato de sempre ter se identificado com o sexo masculino, a despeito de ter nascido com o sexo biológico feminino.

Não é razoável submeter o postulante ao constrangimento de ter de identificar-se como mulher no exercício de sua vida cotidiana. Na hipótese, somente a alteração de seu prenome será capaz de solucionar a incômoda situação na qual se encontra. E, tendo em vista que o autor vem utilizando o prenome “Luiz Carlos” para se identificar, razoável a sua adoção no assento de nascimento, seguido do sobrenome familiar.

O nome Solange, efetivamente transmite a ideia de alguém com atributos femininos. Sua manutenção representaria, portanto, um fator de instabilidade para todos aqueles que celebrassem quaisquer negócios jurídicos com o recorrente, uma vez que não corresponde, de maneira alguma, à sua aparência e à maneira com a qual ele aparece em suas relações com a comunidade. Daí que essa providência, ao contrário do alegado pelo recorrente, trará maior segurança jurídica a terceiros.

Negar a alteração corresponderia, portanto, a colocá-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos. Trata-se de situação anômala que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o apelado depende da alteração solicitada.

Com efeito, a regra de imutabilidade do prenome, preconizada na lei ou a alegada segurança jurídica invocada pelo Promotor de Justiça *a quo*, deve ceder lugar para atender aos fins sociais a que a lei se destina, que deve culminar sempre e sempre no objetivo maior que é proporcionar o

bem estar aos indivíduos e à sociedade, pacificando os conflitos interiores e exteriores.

É de se permitir à parte autora, ainda, a aptidão plena para realizar os atributos de sua personalidade, a afirmar a sua dignidade como pessoa humana, lembrando que a todos os indivíduos foi concedido o direito à liberdade e esta não deve ser tolhida pela justiça.

Nesse contexto, atendidos os pressupostos indispensáveis quanto à alteração do prenome do apelado, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Este é o voto.

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2010.032245-7, de Lages

Relator: Des. Jaime Luiz Vicari

AGRAVO DE INSTRUMENTO. NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. ATO DO JUIZ QUE POSTERGA O EXAME DO PEDIDO LIMINAR PARA APÓS A CONTESTAÇÃO. RECORRIBILIDADE. NATUREZA DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. PREJUÍZO AOS AGRAVANTES. CABIMENTO, INTERESSE E LEGITIMIDADE. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL PRESENTES. DECISÃO QUE, NO ENTANTO, CARECE DE FUNDAMENTAÇÃO. ARTIGO 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NULIDADE QUE SE DEIXA DE DECRETAR EM RAZÃO DO ESTADO EM QUE SE ENCONTRA O PROCESSO. CAUSA QUE SE APROXIMA DA FASE DE JULGAMENTO. INTERESSE DOS AGRAVANTES ASSEGURADO MEDIANTE CAUÇÃO REAL. MANUTENÇÃO DAS COISAS NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRAM. MEDIDA PRAGMÁTICA E SALUTAR. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Embora não seja a prática tecnicamente mais apurada, ainda se veem, com alguma frequência, atos judiciais em que, sem nenhuma fundamentação expressa, o Juiz posterga o exame do pleito liminar para depois da contestação.

Os tribunais têm admitido a recorribilidade das manifestações judiciais assim lavradas e classificado-as, pelo seu conteúdo e efeitos, como verdadeiras decisões interlocutórias. A postergação da análise de um pedido liminar, além de poder causar à parte prejuízo irreparável ou de difícil reparação, deve ser lida, ao fim e ao cabo, como um juízo negativo – embora não expresso – feito pelo Magistrado quanto à presença dos requisitos para deferimento da tutela de urgência reclamada.

Manifestações como essas, todavia, carecem de fundamentação e, por disposição constitucional expressa, são nulas (CF, art. 93, inc. IX).

Não obstante, no estado em que se encontra a causa em primeiro grau de jurisdição, a anulação da decisão recorrida traria ao feito mais problemas do que soluções. A causa encaminha-se para o julgamento, já realizada até mesmo perícia. Não há nenhum sentido prático em anular-se, agora, por carência de fundamentação, aquela primeira decisão que adiou o exame do pedido liminar, até mesmo porque essa liminar foi deferida (fundamentadamente) e depois revogada (também fundamentadamente) pelo Desembargador Relator do Agravo na Câmara Civil Especial. Ademais, os interesses dos agravantes encontram-se garantidos por caução real prestada nos autos. Manter-se tudo no estado em que se encontra e permitir que o Magistrado de primeiro grau impulse o feito sem novas surpresas, levando-o a julgamento, é a providência salutar.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2010.032245-7, da comarca de Lages (2ª Vara Cível), em que são agravante Eraldo Rogerio Duarte Sccience e Helma Rozani Zimmer Sccience e agravado o Espólio de Arides Machado:

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e desprovê-lo, mantida íntegra, por seus próprios fundamentos, a decisão de reconsideração proferida pelo Des. Saul Steil às fls. 109-110. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 25 de agosto de 2011, os Exmos. Srs. Des. Ronei Danielli e Stanley da Silva Braga.

Florianópolis, 31 de agosto de 2011.

Jaime Luiz Vicari
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra a decisão prolatada na “ação de nunciação de obra nova”, ajuizada por Eraldo Rogério Duarte Scierce e Helma Rozani Zimmer Scierce contra Arides Machado, que postergou a análise do pedido liminar para após a apresentação da contestação.

Sustentam os agravantes, em linhas gerais, serem proprietários e possuidores de um apartamento localizado no segundo pavimento de um edifício localizado na rua Humberto de Campos. Disseram que, em janeiro de 2010, foi iniciada uma obra no terreno vizinho ao do seu apartamento, sem, contudo, respeitar o recuo mínimo de 1,5 m previsto no Código Civil, motivo pelo qual a edificação deve ser paralisada.

O eminente Des. Saul Steil deferiu a antecipação dos efeitos da tutela recursal e determinou o embargo da obra (fls. 42-46).

O agravado apresentou pedido de reconsideração (fls. 57-64), no qual alegou, em síntese, ser possível, no caso concreto, a construção sem a observação do recuo mínimo, com base em legislação municipal.

A decisão foi reconsiderada, para permitir a continuidade da obra mediante caução real (fls. 109-110).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra a decisão prolatada na “ação de nunciação de obra nova”, que postergou a análise do pedido liminar para após a apresentação da contestação.

Os requisitos intrínsecos de admissibilidade recursal (cabimento, legitimação e interesse) estão presentes.

Dúvida poderia pairar, é certo – pois não há unanimidade quanto a isto –, no que diz respeito à presença dos requisitos do cabimento e do interesse em recorrer, porquanto o Magistrado de primeiro grau, por meio da decisão atacada, não indeferiu expressamente o pedido liminar, mas somente relegou o seu exame para momento ulterior.

Constituir-se-ia, então, o ato atacado em mero despacho – irrecorrível, portanto? Penso que não.

Embora não seja a prática tecnicamente mais apurada, ainda se veem, com alguma frequência, atos judiciais como o ora recorrido, em que, sem nenhuma fundamentação expressa, o Juiz *a quo* posterga o exame do pleito liminar para depois da contestação.

Diz-se não ser essa a prática mais acertada, porque manifestações assim carecem de esteio constitucional, já que contrariam o inciso IX do

art. 93 da Carta Magna, que impõem devam ser fundamentados todos os julgamentos do Poder Judiciário, sob expressa pena de nulidade.

Se é certo que o brutal volume de processos a serem despachados, e as exigências numéricas das Corregedorias local e nacional, não permitem ao juiz deitar-se com toda a sua diligência sobre a elaboração de cada decisão que profere nos autos, não menos certo é que o princípio da fundamentação das decisões judiciais é garantia fundamental do indivíduo contra o arbítrio estatal.

Dessarte, os tribunais têm admitido a recorribilidade das manifestações judiciais assim lavradas, com a descaracterização de sua forma de mero despacho, e classificando-as, pelo seu conteúdo e efeitos, como verdadeiras decisões interlocutórias.

Anda-se bem nesse sentido, pois a postergação da análise de um pedido liminar, além de poder causar à parte prejuízo irreparável ou de difícil reparação, deve ser lida, ao fim e ao cabo, como um juízo negativo – embora não expresso – feito pelo Magistrado quanto à presença dos requisitos para deferimento da tutela de urgência reclamada.

É por conta disso que se conclui haver cabimento e interesse, requisitos de admissibilidade recursal.

Forçoso seria reconhecer, como já alinhavado acima, a nulidade da decisão por carência de fundamentação, uma vez que o simples adiamento do exame do pedido liminar deixa a parte a descoberto para bem exercer seu direito de recorrer (se não sabe as razões que levaram o Juiz a indeferir o pedido, contra o que se insurgirá?), bem assim impossibilita o adequado exame da insurgência pelo tribunal.

Não obstante, no estado em que se encontra a causa em primeiro grau de jurisdição, a anulação da decisão recorrida traria ao feito mais problemas do que soluções.

Deferida a antecipação da tutela recursal pelo Des. Saul Steil (fls. 42-46), o Magistrado *a quo* determinou a expedição de mandado de paralisação da obra, o qual foi cumprido em 22 de setembro de 2010, segundo informações que se levantam do Sistema de Automação do Judiciário – SAJ.

Diante de pedido de reconsideração, o Des. Saul Steil reformou sua decisão, determinou o levantamento do embargo, com a continuidade da obra, mediante prestação de caução real.

Dando cumprimento a essa decisão, o Juiz da causa determinou a expedição de termo de caução, bem assim a intimação do nunciado a comparecer em Cartório para prestar compromisso de depositário, além da expedição de ofício ao Registro de Imóveis.

A caução real foi prestada em 1º de outubro de 2010.

O feito seguiu com a designação de audiência. Após nomeou-se perito, o respectivo laudo foi apresentado e as partes intimadas a sobre ele se manifestarem.

A causa, portanto, encaminha-se para o julgamento.

Diante disso, não há nenhum sentido prático em anular-se, agora, por carência de fundamentação, aquela primeira decisão que adiou o exame do pedido liminar, até mesmo porque essa liminar foi deferida (fundamentadamente) e depois revogada (também fundamentadamente) pelo Desembargador Relator do Agravo na Câmara Civil Especial.

Não faz sentido, também, do prover o agravo e determinar-se novo embargo da obra, com a liberação da garantia. A causa está estabilizada e os interesses dos agravantes assegurados por caução real.

Manter-se tudo no estado em que se encontra e permitir que o Magistrado de primeiro grau impulse o feito sem novas surpresas, levando-o a julgamento, é a providência salutar.

Por conta disso, conhece-se do recurso para desprovê-lo, mantida íntegra, por seus próprios fundamentos, a decisão de reconsideração proferida pelo Des. Saul Steil às fls. 109-110.

Este é o voto.

Agravo de Instrumento n. 2011.022921-9, de Itajaí

Relator: Des. Jaime Luiz Vicari

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. SERVIÇO DE CONserto EM VEÍCULO. LITÍGIO QUE ENVOLVE DUAS EMPRESAS. RELAÇÃO COMERCIAL COMUM. NOÇÃO DO QUE SEJA DESTINATÁRIO FINAL QUE INTEGRA O CONCEITO DE CONSUMIDOR. TEORIA MAXIMALISTA MITIGADA. AUTORA DESTINATÁRIA FINAL FÁTICA DO SERVIÇO, MAS NÃO DESTINATÁRIA FINAL ECONÔMICA. IRRELEVÂNCIA. INEXISTÊNCIA, NO ENTANTO, DE VULNERABILIDADE ECONÔMICA, TÉCNICA OU JURÍDICA. INAPLICABILIDADE DO CDC. DEMANDA, ADEMAIS, POSSESSÓRIA. ARTIGO 95 DO CPC. REGRA DE COMPETÊNCIA TERRITORIAL ABSOLUTA. FORO DA SITUAÇÃO DA COISA. RECURSO PROVIDO.

Tem ganhado força no Superior Tribunal de Justiça o entendimento intermediário entre a teoria finalista e a maximalista, designado de teoria *maximalista limitada* ou *mitigada*, que se assenta na necessidade de verificação concreta da vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica do consumidor profissional ou intermediário diante do fornecedor.

Nessa teoria *maximalista limitada*, consumidor é o destinatário final fático que, mesmo empregando economicamente o bem (ou seja, mesmo não sendo destinatário final econômico), verifique-se vulnerável diante do consumidor. Ao juiz, portanto, é que se faculta analisar a relação jurídica entre o profissional e o fornecedor: se apurar a inexistência de vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica daquele, deixa de aplicar os princípios protetivos do CDC.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2011.022921-9, da comarca de Itajaí (3ª Vara Cível), em que é agravante VD Comércio de Veículos Ltda. e agravada FEGAB Transportes Rodoviários Ltda.:

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e provê-lo. Custas legais.

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO, REALIZADO EM 25 DE AGOSTO DE 2011, OS EXMOS. SRS. DES. RONEI DANIELLI E STANLEY DA SILVA BRAGA.

Florianópolis, 31 de agosto de 2011.

Jaime Luiz Vicari
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por VD Comércio de Veículos Ltda., ré de ação de reintegração de posse de coisa móvel, contra decisão que rejeitou a exceção de incompetência por ela argüida.

Sustenta a agravante, em linhas gerais, que a recorrida FEGAB Transportes Rodoviários Ltda. ajuizou contra si uma “ação de reintegração de posse”, tendo por objeto um caminhão Mercedes Benz, em seu poder para consertos, em razão de avarias decorrentes de acidente.

Alega que o foro competente para processamento e julgamento da demanda é o de Vitória, no Espírito Santo, ou então Curitiba, no Paraná, locais de sua sede e de uma filial, respectivamente, isso nos termos dos artigos 100, IV, *a e b*, e 94, todos do Código de Processo Civil.

O eminente Des. Domingos Paludo negou a antecipação dos efeitos da tutela recursal (fls. 141-144).

A agrava contra-arrazoou (fls. 147-154) pelo não conhecimento do recurso, em razão de falta de certidão de intimação da decisão agravada, ou alternativamente pela manutenção do entendimento do Juízo *a quo*.

Em 14 de junho de 2011, a Quarta Câmara de Direito Comercial declinou de competência (fls. 158-161).

Este é o relatório.

VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento em que se discute a competência territorial para o processamento da demanda ajuizada contra a agravante.

O Juízo *a quo* entendeu ser aplicável à espécie o Código de Defesa do Consumidor, e com isso afastou a regra geral de competência do estatuto processual civil. Em decorrência, rejeitou a exceção, mantendo os autos na Comarca de Itajaí, domicílio da consumidora.

Em que pese o respeitável entendimento do Magistrado de primeiro grau, não se vislumbra, *in casu*, a existência de relação de consumo.

A Lei n. 8.078/1990 define o consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Examinando detidamente o conceito de consumidor, apura-se que, num primeiro momento, é considerada como “destinatário final” a pessoa física ou jurídica que retira o produto da cadeia de mercado, adquire-o sem o ânimo de submetê-lo a uma nova negociação onerosa, mas, sim, para uso próprio, privado, e até mesmo para repasse para terceiros, desde que tal não se dê por revenda – como é o caso daquele consumidor que adquire produto para presentear terceiro.

Mas a questão não se encerra aqui. Juízos e tribunais passaram a se deparar com situações de pessoas que, embora não adquirissem bens para revenda, não submetessem o produto a nova negociação onerosa, destinavam-no a uso próprio, só que esse uso próprio era profissional – é o chamado consumidor profissional. O exemplo bastante comum para indicar essa situação é o do motorista de caminhão que adquire um veículo para exercer o seu trabalho. Ele é ou não consumidor na relação travada com a fabricante do veículo?

Diante dessas situações, firmou-se, inicialmente, um conceito restrito de consumidor, segundo o qual esse seria apenas a pessoa física ou jurídica que adquire produto ou serviço com o fim de consumi-lo, sem destiná-lo à revenda ou ao insumo de atividade econômica. Convencionou-se chamar essa teoria de *finalista*, para a qual só é consumidor aquele que, além de destinatário final fático (que retira o produto ou serviço da cadeia de produção, adquire-o para uso próprio) é também destinatário final econômico (que adquire o produto para uso próprio não-profissional). No exemplo acima, o motorista do caminhão não seria consumidor, pois dá ao bem destinação econômica.

Há outro entendimento jurisprudencial que flexibiliza o rigor desse conceito. É a chamada teoria *maximalista*, que adota conceito de consumidor mais amplo do que o da teoria *finalista*. Para ser considerado consumidor, basta ser destinatário final fático (retirar o produto da cadeia de produção), independentemente do uso profissional ou não que se der ao produto. Aquele motorista de caminhão, aqui, seria considerado consumidor apenas por retirar o produto da cadeia de produção.

Mais recentemente, tem ganhado força no Superior Tribunal de Justiça o entendimento intermediário, designado de teoria *maximalista limitada* ou *mitigada*, que se assenta na necessidade de verificação concreta

da vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica do consumidor profissional ou intermediário diante do fornecedor.

Nessa teoria *maximalista limitada*, consumidor é o destinatário final fático que, mesmo empregando economicamente o bem (ou seja, mesmo não sendo destinatário final econômico), verifique-se vulnerável perante o consumidor. Ao juiz, portanto, é que se faculta analisar a relação jurídica entre o profissional e o fornecedor: se apurar a inexistência de vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica daquele, deixa de aplicar os princípios protetivos do CDC.

Pois bem.

No caso, está-se diante da típica situação do chamado consumidor profissional. Apesar de a autora, ora agravada, ser destinatária final fática do serviço prestado (pois o retirou do mercado de consumo), a verdade é que, para uma transportadora, um caminhão integra a sua cadeia produtiva.

Dessarte, a manutenção ou conserto dessa máquina faz parte da atividade empresarial desenvolvida (logo, a agravada não é destinatária final econômica do serviço). O valor despendido nessa operação nada mais é do que custo, que, por sua vez, de alguma maneira será repassado ao clientes.

Mas, como visto acima, pela teoria *maximalista mitigada*, que, além de encontrar respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mostra-se como materialmente mais justa, o elemento econômico não é preponderante na definição de consumidor, mas, sim, o é o elemento vulnerabilidade.

No caso, todavia, não se vê vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica da transportadora agravada, mormente porque a demanda reclama apenas a reintegração de posse, sem incursões à qualidade ou à eventual defeito de serviço imputado à ré. O que se debate é a justiça da posse, estado de fato.

O embate se dá entre duas pessoas jurídicas em condições de igualdade, não há superioridade técnica ou econômica de uma sobre a outra.

Se não há vulnerabilidade, não há relação de consumo, e inviável, portanto, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor para – frise-se bem – a fixação de competência.

Em outras palavras, a aplicação das demais disposições do Diploma citado deve ser analisada pelo Juízo *a quo* (e reexaminada pelos demais graus de jurisdição) sob pena de a presente decisão causar engessamento e limitação da atividade jurisdicional que será ainda exercida.

Portanto, por se tratar de ação de reintegração de posse, aplica-se a disposição da segunda parte do art. 95 do Código de Processo Civil, que prevê o foro da situação da coisa como o competente para o processamento e julgamento da ação possessória.

Embora o excipiente, aqui agravante, tenha excepcionado a competência com esteio nos artigos 94 e 100, IV, *a* e *b*, do Código de Processo Civil, não é essa a regra de competência aplicável ao caso, mas, sim, aquela do art. 95, que, por tratar de regra de competência territorial absoluta, é reconhecível *ex officio*.

Com efeito, encontrando-se o caminhão da agravada na filial da agravante localizada em Curitiba-PR, este é o foro competente para o processamento e julgamento da demanda, para onde os autos devem ser remetidos.

Ante o exposto, o recurso é conhecido e provido.

Este é o voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2007.025811-4, Ascurra

Relator: Des. Rodrigo Antônio

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. DIREITO MARCÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA COM PRECEITO COMINATÓRIO C/C PERDAS E DANOS.

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRAFAÇÃO. INOCORRÊNCIA. UTILIZAÇÃO EQUIVOCADA PARA FINS DE DESIGNAÇÃO DO TIPO DO PRODUTO. PERDAS E DANOS. PREJUÍZO. NÃO COMPROVAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 333, I, DO CPC. *ASTREINTE*. MAJORAÇÃO. DESNECESSIDADE. *QUANTUM* HÁBIL A INIBIR EVENTUAL USO INDEVIDO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

RECURSO ADESIVO. CONTRAFAÇÃO NÃO ACOLHIDA NA SENTENÇA. INTERESSE RECURSAL. AUSÊNCIA. RECONHECIMENTO DA SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. ART. 21, *CAPUT*, DO *CODEX INSTRUMENTALIS*. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E NESTA PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.025811-4, da comarca de Ascurra (Vara Única), em que é apelante/ recorrida adesiva TDB Têxtil S/A e apelada/recorrente adesiva Malharia Brandili Ltda:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer do recurso de apelação e lhe negar provimento, bem como conhecer em parte do recurso adesivo e nesta lhe dar provimento para reconhecer a sucumbência recíproca, nos termos da fundamentação. Custas legais.

RELATÓRIO

Na Comarca de Ascurra, TDB TÊXTIL S/A aforou ação de preceito cominatório c/c perdas e danos em desfavor de MALHARIA BRANDILI LTDA, afirmando ser detentora dos direitos de uso da marca TIP TOP desde 1952, não só no Brasil, mas também em outros países e que a requerida vem se utilizando indevidamente desta, razão pela qual pugna seja a demandada impedida do uso indevido da marca TIP TOP a qualquer título, pena de multa, bem como seja condenada no pagamento de indenização por lucros cessantes, nos termos do art. 210 da Lei n. 9.279/96 requerendo, liminarmente, a busca e apreensão de todos e quaisquer produtos que contenham a marca mencionada e a proibição de seu uso até o trânsito em julgado da sentença, pena de multa diária.

Ofertada contestação, se insurgiu a demandada contra todos os termos da exordial, asseverando não se tratar de contrafação, mas sim de mero equívoco na confecção de seus catálogos e que, em decorrência da vulgarização e generalização da marca TIP TOP, fez uso do nome para definir “macacão de bebê”, pugnando pela improcedência da ação.

Após a réplica, sobreveio Sentença que julgou parcialmente procedente a ação para afastar o pedido de lucro cessante e confirmar a medida liminar e determinar à demandada que *“se abstenha de usar ou explorar a marca ‘Tip-Top’, sob qualquer forma, sob pena de multa diária, que estipulo em R\$ 350,00” (sic)*, bem como condenou a requerida no pagamento das

custas e honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 3.500,00, corrigidos pelo INPC a partir da sentença.

Irresignada, a autora interpôs recurso de apelação, objetivando a modificação do julgado para que seja condenada a requerida no pagamento de indenização em decorrência do uso indevido da marca, bem como seja elevado o valor fixado a título de multa diária, pleiteando o provimento do apelo.

Também inconformada, a requerida interpôs recurso adesivo, aduzindo a não ocorrência de contrafação, mas sim de vulgarização e generalização da marca TIP TOP, e que fez uso da palavra “tip-top” como sinônimo de “macacão de bebê” por equívoco em seu catálogo, requerendo o provimento do recurso para que seja julgada totalmente improcedente a ação ou, alternativamente, venha a ser reconhecida a ocorrência da sucumbência recíproca.

Ofertadas contrarrazões a ambos os recursos, ascenderam os autos a esta Corte e, distribuídos a este Órgão Fracionário, vieram-me conclusos.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação e adesivo interpostos por ambas as litigantes, desafiando Sentença que julgou parcialmente procedente a ação de preceito cominatório c/c perdas e danos proposta por TDB TÊXTIL S/A em desfavor de MALHARIA BRANDILI LTDA.

1 – Recurso de Apelação interposto pela autora TDB TÊXTIL S/A.

Aduz a apelante a ocorrência de contrafação e a necessidade de condenação da requerida/apelada no pagamento de indenização em decorrência do uso indevido da marca, bem com a elevação do valor das astreintes, ao argumento de que a quantia fixada não é hábil a inibir o uso indevido da marca.

Em que pesem os judiciosos argumentos aduzidos pela apelante não há falar-se, *rogatia venia*, no caso vertente, em contrafação de marca, pois a apelada não se utilizou da marca “TIP TOP” no intuito de induzir o consumidor em erro acerca do fabricante do produto, mas sim e tão somente, se utilizou da expressão “tip-top” para designar “macacão de bebê”, o que não se presta a caracterizar a prática da contrafação, pois como já deixou assentado o Egrégio Superior Tribunal de Justiça ao abordar a matéria com extrema acuidade e precisão, o que deve merecer observado e não ser olvidado em situações tais é que, *Na contrafação, o consumidor é enganado e vê subtraída, de forma ardil, sua faculdade de escolha. O consumidor não consegue perceber quem lhe fornece o produto e, como consequência, também o fabricante não pode ser identificado por boa parte de seu público alvo. Assim, a contrafação é verdadeira usurpação de parte da identidade do fabricante. O contrafator cria confusão de produtos e, nesse passo, se faz passar pelo legítimo fabricante de bens que circulam no mercado (STJ. REsp 1032014/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26/5/2009, DJe 4/6/2009).*

Quanto ao pedido de indenização por perdas e danos, em especial por “lucros cessantes”, ou seja, pelo que deixou de lucrar com a utilização da expressão por parte da demandada, da mesma forma não prospera a irresignação demonstrada pela apelante que deixou de acolher sua pretensão indenizatória, primeiramente por prevalecer na doutrina, em especial na ensinância do Mestre J. M. Carvalho Santos no sentido de que *não se indenizam esperanças desfeitas, lucros potenciais, hipotéticos ou abstratos, porque prejuízo é tipicamente fato*, além do que *A concessão de lucros cessantes está na dependência da efetiva prova dos mesmos. E não produzida a prova, não se pode concedê-los* (JC25/203), situação esta verificada no caso vertente, pois como se constata de atenta leitura aos autos e que mereceu consignado expressamente no provimento judicial guerreado, *era ônus daquela que se diz prejudicada pelo uso indevido da marca a comprovação dos danos*

patrimoniais causados pela prática do ato considerado ilegal (CPC, art. 333, I), máxime quando se demonstrou que a referência teve por propósito apenas a identificação do produto. (sic).

No mesmo sentido, assim também já deixou assentado o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. CONTRAFAÇÃO. PERDAS E DANOS. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.

I - O prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado pela decisão atacada, constitui exigência inafastável da própria previsão constitucional, ao tratar do recurso especial, impondo-se como um dos principais requisitos ao seu conhecimento. Não examinada a matéria objeto do especial pela instância a quo, e rejeitados os embargos declaratórios a integrar o acórdão recorrido, incide o enunciado da Súmula 211 deste egrégio Superior Tribunal de Justiça.

II - Inadmissível a condenação em perdas e danos, pela confusão provocada junto ao consumidor por marcas semelhantes, se não reconhecida a existência de prejuízo sofrido pela autora.

Recurso especial não conhecido.

(REsp 613.376/SP, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 19/9/2006, DJ 23/10/2006, p. 298).

Respeitante ao pleito visando a majoração do valor das astreintes, ao argumento de que a quantia fixada não é suficiente para inibir o uso indevido da marca pela parte apelada, em partindo-se das premissas já traçadas não reconhecendo a prática de contrafação, mas sim a utilização equivocada, em seus catálogos da expressão “tip top” já popularizada, para designar o “macacão de bebê” que produz, o que também arreda sua intenção dolosa, mormente se considerado o fato, descrito no auto de busca e apreensão encontrado às fls. 72 dando conta de que *“produtos*

apreendidos, em nenhum momento está descrito a marca tip top. A referida marca só foi encontrada nos catálogos da malharia Brandili Ltda, fornecidos pelo autor e que já foram substituídos pelos catálogos anexos.” (sic)., afigura-se por demais despropositada a elevação das astreintes já fixadas em R\$ 350,00 acaso desobedecido o preceito, para o patamar almejado pela autora e ora apelante, no valor de R\$ 5.000,00 mesmo porque, é de curial sabença que, a qualquer tempo, verificada a afronta ao preceito cominatório proclamado, nada obsta o acesso da ora apelante à jurisdição, visando seu efetivo cumprimento quando então, não resta a menor dúvida, poderá vir a ser não somente exigido seu pagamento como também e, principalmente, a ser o valor substancialmente majorado em Primeira Instância.

Isto posto, conheço e nego provimento ao recurso interposto pela autora.

2 – Recurso de Adesivo interposto pela parte requerida MALHARIA BRANDILI LTDA.

Aduz a apelante a não ocorrência de contrafação, mas sim de vulgarização e generalização da marca TIP TOP, e que fez uso da palavra “tip-top” para fins de definir “macacão de bebê” por equívoco em seu catálogo, postulando assim a improcedência da ação ou, alternativamente, haja modificação nos ônus da sucumbência a fim de que seja reconhecida a ocorrência da sucumbência recíproca.

Com efeito, razão assiste a apelante quando alega a não ocorrência de contrafação de marca, tanto o é que a Sentença prolatada foi exatamente neste sentido, reconhecendo apenas o uso indevido da marca nos catálogos da apelante ao designar “macacão de bebê”, razão pela qual restou determinada a abstenção de sua utilização, pena de multa arbitrada em R\$ 350,00, conforme de infere do seguinte trecho da Sentença prolatada, *verbis*: “*Entretanto, a vulgarização da marca de propriedade da autora não autoriza o seu uso pela empresa ré, ainda que isso não tenha o propósito de*

induzir os consumidores a pensarem estar adquirindo produtos fabricados pela autora. Dessa forma, o fato de a marca 'Tip-Top ter sido utilizada apenas para identificar o modelo de produto comercializado pela ré não inibe o direito da autora de impedir tal uso, justamente por ser ela a detentora dos direitos sobre a referida marca, devidamente registrada no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI). (sic).

Ora, se em nenhum momento restou declarada a ocorrência de contrafação de marca, carece de interesse recursal a apelante neste ponto, se mostrando despiciendas maiores digressões acerca da matéria.

No concernente ao pleito alternativo de modificação dos ônus sucumbências, razão assiste à apelante, uma vez que a apelada/autora pleiteou na exordial, além do pedido julgado procedente, o reconhecimento da ocorrência de contrafação e a condenação em perdas e danos, pleitos estes que não restaram providos, decaindo de parte substancial de seus pedidos, motivos porque o reconhecimento da sucumbência recíproca é medida impositiva, nos termos do art. 21, *caput*, da Lei Adjetiva Civil.

Se assim o é, condeno cada litigante no pagamento da metade das custas processuais e dos honorários advocatícios, já arbitrados na Sentença prolatada, permitida a compensação, conforme preconiza a súmula 306 do STJ.

Diante do exposto, conheço em parte do recurso e, na extensão lhe dou provimento para reconhecer a ocorrência da sucumbência recíproca e redistribuir os ônus, nos termos da fundamentação.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, à unanimidade, conheceram do recurso de apelação e lhe negaram provimento, bem como conheceram em parte do recurso adesivo e nesta lhe deram provimento para reconhecer a ocorrência de sucumbência recíproca, nos termos da fundamentação.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Desembargador Ricardo Fontes, com voto, e dele participou o Exmo. Desembargador Salim Schead dos Santos.

Florianópolis, 14 de abril de 2011

Rodrigo Antônio
RELATOR

Apelação Cível n. 2007.037217-7, de Blumenau

Relator: Des. Rodrigo Antônio

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. SUCESSÃO EMPRESARIAL NÃO CARACTERIZADA. PESSOAS JURÍDICAS DISTINTAS. ÁREA DE ATUAÇÃO. REDUÇÃO. EXCLUSIVIDADE. INEXISTÊNCIA. INDENIZAÇÃO AFASTADA. REDUÇÃO DOS MOSTRUÁRIOS. PREJUÍZOS. AUSÊNCIA DE PROVA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Se de um lado é certo que *as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros* (art. 20, *caput*, CCB/16, de outro não menos certo é que *ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei* (art. 6º, CPC).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.037217-7, da comarca de Blumenau (1ª Vara Cível), em que é apelante Juarez J. Scheefer e Filho Ltda, e apelada Massa Falida de Sul Fabril S/A:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer e negar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

JUAREZ J. SCHEEFER & FILHO LTDA aforou, perante a 1ª Vara da Comarca de Estância Velha-RS, “ação de indenização” em face de MASSA FALIDA DE SUL FABRIL S/A, cujos autos vieram a ser remetidos, por força da Quebra da demandada, ao Juízo Universal da Falência, qual seja, a 1ª Vara Cível da Comarca de Blumenau, almejando a demandante o pagamento das verbas devidas pela rescisão imotivada do contrato de representação firmado com a falida aduzindo, em síntese,

que manteve com a mesma referido contrato de representação de março de 1991 a setembro de 1996, afirmando, ainda, que por intermédio das empresas Juarez José Scheefer & Cia Ltda, Juasul Malas Comércio e Representações e Garsul Representações Ltda, já exercia a representação da requerida desde 1969, em decorrência da sucessão empresarial havida, em todas figurando Juarez José Scheefer como sócio e apontado como o elo de ligação entre todas as empresas sucedidas e a falida pelo que, postula não só o pagamento das indenizações previstas nos arts. 27, “j”; 34, 35 e 36 da Lei n. 4.886/65, durante todo o lapso temporal descrito na inicial, como também a indenização decorrente da redução do percentual de comissão e da praça de atuação, diminuição dos mostruários e responsabilidade pela cobrança de duplicatas, pugnando, por fim, o ressarcimento pelos prejuízos causados.

Devidamente citada, a requerida apresentou contestação, arguindo, em preliminar, a ilegitimidade ativa da autora para pleitear créditos relativos a pessoa jurídica diversa e, no mérito, pugnou pelo reconhecimento da prescrição do período anterior ao ano de 1991 e, apesar de reconhecer o dever de indenizar na forma prevista no art. 27, parágrafo único, da Lei n. 4.886/65, sustentou que a indenização deveria ser calculada à base de 1/15 da retribuição auferida pela Autora.

Já perante o Juízo Universal da Falência, restaram oitavas testemunhas e apresentadas alegações finais tendo o Representante do Ministério Público, em seu Parecer, opinado pela procedência parcial dos pedidos formulados, sobrevivendo Sentença compositiva da lide julgando parcialmente procedente a ação, para condenar a demandada/falida no pagamento das indenizações devidas pela rescisão unilateral do contrato referente, tão só ao período de novembro de 1991 a outubro de 1996, *ex-vi* do art. 27, “j” e art. 34, devidamente corrigido na forma do art. 46, todos da Lei n. 4.886/65.

Em não se conformando com o teor da Sentença prolatada, interpôs a autora, a tempo e modo, recurso de apelação, buscando o reconhecimento do seu direito em pleitear o pagamento da indenização referente aos contratos anteriores em que figuravam empresas tidas como sucedidas, além de indenização decorrente da cobrança de duplicatas, redução da praça e mostruários e seu correspondente prejuízo.

Apresentada as contrarrazões, por ocasião da ascensão dos autos a este colégio recursal, a douta Procuradoria Geral de Justiça, através seu procurador Dr. Aurino Alvez de Souza lavrou Parecer no sentido de manter incólume a Sentença hostilizada.

Vieram-me os autos conclusos.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação manejada por sociedade empresária de representação comercial contra sentença que julgou parcialmente procedente os pedidos formulados em pleito indenizatório promovido em face de sua outrora representada/apelada, atualmente em regime falimentar, objetivando haver da mesma o pagamento das indenizações referentes a contratos anteriores, nos quais figuravam como contratadas empresas ditas como antecessoras da ora apelante, que também postula o pagamento de verba indenizatória decorrente dos prejuízos pela cobrança de duplicatas, da redução da praça e mostruários.

Pretende a Apelante, por primeiro, ver reconhecida sua condição de sucessora das empresas Juarez José Scheefer & Cia Ltda, Juasul Malas Comércio e Representações e Garsul Representações Ltda, todas já extintas, ao argumento de que, tal fato *restou demonstrado pela composição societária, visto em todas elas o representante legal e sócio majoritário foi sempre o Sr. Juarez José Scheefer (sic)* o que, a seu ver, a legitimaria a reivindicar indenizações supostamente devidas entre o período de março de 1972 a outubro de 1991.

Entrementes, de percuciente análise aos contratos de representação comercial carreados aos autos (fls. 37 a 87) evidenciam, de forma distinta e sem qualquer vinculação, por primeiro, a relação comercial havida entre a Requerida e a Autora e, ao depois, as relações pretéritas mantidas pela Requerida com as sociedades empresárias já extintas, cujos lapsos temporais inclusive são distintos e que têm, como única identidade, a pessoa natural de um dos sócios, de nome Juarez José Scheefer não havendo, ademais, em quaisquer dos contratos de representação, ou mesmo nos contratos sociais, qualquer menção ou alusão às tão decantadas “sucessões empresariais” que, sabidamente, não se presumem devendo, obrigatoriamente, se encontrar consignado de forma expressa, principalmente nos respectivos contratos sociais de cada uma das sociedades empresárias, que são seus atos constitutivos, sua condição de sucessora de outra sociedade empresária, beirando ao delírio jurídico a pretensão de se erigir uma sociedade à condição de sucessora ou antecessora de outra a de todo simplista alegação de que estariam caracterizadas tais situações pelo mero fato de uma mesma pessoa natural havê-las integrado a qualquer tempo, o que se constitui flagrante equívoco desde o advento, no ano de 1916, do saudoso Código Beviláquia apregoando, em seu art. 20, com clareza solar e sem deixar margem a exegeses no sentido de que, *as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros* o que inviabiliza, por completo, o reconhecimento das propaladas sucessões empresariais que, de forma deveras canhestra, legitimaria a autora a postular por qualquer direito assegurado a sociedades diversas, mormente quando as mesmas já de há muito se encontram extintas, merecendo trazer-se à colação excerto de v. Acórdão desta Corte que, ao se deparar com a matéria, assim deixou assentado, *verbis*:

Relevante, ainda, é o ensinamento de Fran Martins (*in* Curso de Direito Comercial. 17. ed. São Paulo: Forense, 1989, p. 227): “Entende-se por pessoa jurídica o ente incorpóreo que, como as pessoas físicas, pode ser sujeito de direitos. Não se confundem,

assim, as pessoas jurídicas com as pessoas físicas que deram lugar ao seu nascimento; pelo contrário, delas se distanciam, adquirindo patrimônio autônomo e exercendo direitos em nome próprio. Por tal razão, as pessoas jurídicas têm nome particular, como as pessoas físicas, domicílio e nacionalidade; podem estar em juízo, como autoras ou como rés, sem que isso se reflita na pessoa daqueles que as constituíram. Finalmente, têm vida autônoma, muitas vezes superior às das pessoas que as formaram; em alguns casos, a mudança de estado dessas pessoas não se reflete na estrutura das pessoas jurídicas, podendo, assim, variar as pessoas físicas que lhes deram origem sem que esse fato incida no seu organismo.” Em suma, a empresa não se confunde com a figura dos seus sócios, o que torna injustificável a pretensão da autora de receber verbas referentes a contrato firmado pela pessoa física de Carlos Fabiano Mendes, vigente em período anterior a sua constituição. (TJSC. Ap. Civ. n. 2001.007791-4, de Blumenau. rela. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. em: 11-3-2004).

Destarte, afigurando-se por de todo inadmissível e injurídica a propalada sucessão empresarial acenada pela apelante, não menos descabida e, da mesma forma, injurídica se apresenta sua pretensão de, em nome próprio, vir a residir em Juízo para postular por direito alheio, diante do óbice insuperável insculpido no art. 6º, do *Codex Instrumentalis* estabelecendo, também sem rodeios que *ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei*.

Da mesma forma, sem fomento jurídico a lhe dar guarida se apresenta o pleito formulado pela apelante em ver-se “indenizada” pela realização de cobrança de duplicatas para a apelada, relativas às vendas que realizou posto que, primeiramente, louva-se a apelante, para tanto, em singela relação pela mesma unilateralmente produzida (fls. 98/117), imprestável a constituição do próprio direito almejado e, ao depois que, mesmo houvesse se desincumbido de tal mister, *ad argumentandum tantum*, ainda assim tal atividade, se levada a efeito em alguma ocasião pela apelante não lhe asseguraria o direito de haver da representada, no caso a demandada/falida qualquer montante indenizatório porquanto, como já

proclamou esta Corte em situação similar, ao repudiar pretensão idêntica formulada por representante comercial, *tal serviço nada mais é do que uma cooperação do representante com o representado para expansão de seus negócios e conseqüentemente das representantes*. (TJSC, Ap. Civ. ns. 2004.015998-6 e 2004.015999-4, de Criciúma, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. em 23-7-2009).

Já no tocante ao fato de não haver sido fixada, em seu favor, a indenização correspondente não só à redução da zona de representação, como também do recolhimento dos mostruários, nada obstante reconhecidos como existentes, *venia* concessa, agiu com acerto o Juízo *a quo* porquanto, em se tratando tal pretensão em típica indenização decorrente por “perdas e danos”, como de há muito já assentou esta Corte lastrando-se, para tanto, na própria doutrina pátria acerca da matéria, *Para obter indenização, não basta que o autor mostre o fato que seria capaz de produzir lesão patrimonial; deve provar o dano concreto, assim entendida a realidade que experimentou, pois não se indenizam danos hipotéticos*. (Ap.Civ. N. 97.012946-7. rel. Des. Nilton Macedo Machado, *in* DJSC de 20-10-1998, p. 22) e, no caso em apreço, limitou-se a apelante a verberar sobre supostos prejuízos que lhe teriam sido causados desnudos, contudo, de qualquer adminículo de prova a lhe emprestar a necessária e indispensável sustentação.

Ora, se da tão decantada redução da “zona de representação”, bem assim o “recolhimento dos mostruários” passíveis, “em tese”, de causar embaraços ou dificultar futuras vendas pela apelante, descabido falar-se em “danos emergentes”, mas sim e, tão somente, em “lucros cessantes” mas que, da mesma forma, para merecer admitido deveria, obrigatoriamente, se encontrar arrimado, que não o foi, em prova cabal de sua existência colhendo-se, muito a propósito, do acervo jurisprudencial desta Corte entendimento que, com extrema clareza, dirime eventual dúvida sobre o

descabimento do pagamento de qualquer verba indenizatória por perdas e danos em favor da apelante, *verbis*:

A concessão de lucros cessantes está na dependência da efetiva prova dos mesmos. E, não produzida a prova, não se pode concedê-los” (JC 25/203).

Prevalece na doutrina o entendimento de não se admitir a indenização por danos futuros, principalmente porque considera como insuscetível de avaliação um dano eventual e hipotético. *“Não há dúvida de que assim deve ser, mas a regra admite exceções, podendo-se admitir que os prejuízos futuros possam ser incluídos na indenização quando se verificarem estas duas condições: a) serem tais prejuízos inevitáveis, e, por isso mesmo, certos como os que já estão verificados; b) possibilidade de determinação e avaliação antecipadas dos mesmos prejuízos”* (J.M. Carvalho Santos).

E, repetindo-se o que se disse sobre os lucros cessantes, vale assinalar, aqui também, *“apura-se em fase de execução apenas o que ficar devidamente demonstrado no processo de conhecimento, pois não se indenizam esperanças desfeitas, lucros potenciais, hipotéticos ou abstratos, porque prejuízo é tipicamente fato.* (TJSC. Ap. Cív. N. 51.140, de São Joaquim. Rel. Des. Francisco Borges, in DJSC de 13-6-97, pág. 31).

Por derradeiro e, como verdadeira pá de cal a sepultar, de uma vez por todas a pretensão indenizatória, tal qual colimada, não se constitui em novidade, por previsto de forma clara no art. 31, parágrafo único, da Lei n. 4.886/65, aplicável à espécie que, *No contrato de representação comercial, escrito ou verbal, a exclusividade de zona deve ser expressa, (...) não se admitindo a manifestação tácita de vontade nem, muito menos, o silêncio circunstanciado* (TJSP. Ap. Civ. n. 119.697-2. 11ª Câmara Civil, rel. Des. Salles Penteadó).

No mesmo sentido:

AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE TERRITORIAL INEXISTENTE. Inexistindo cláusula contratual de exclusividade de venda de produtos pela fabricante em relação ao território, a

distribuição por outra empresa do mesmo produto não atinge o contrato formalizado, afastando qualquer obrigação indenizatória decorrente deste ato. (TJRO. Ap. Civ. n. 100.005.2006.000349-4, rel. Des. Gabriel Marques de Carvalho; j. em 15-10-2008)

Portanto, se através cotejo analítico dos contratos celebrados entre as partes verifica-se que os mesmos não contemplam tal requisito, de forma expressa, como o exige a própria Lei, descabido se apresenta pleito de tal natureza, razão pela qual imerece acolhido o recurso, também sob tal aspecto.

Isto posto e, diante de toda a argumentação aduzida, conheço do recurso e lhe nego provimento.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, à unanimidade, conheceram do recurso e negaram provimento.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Desembargador Ricardo Fontes, com voto, e dele participou a Exma. Desembargadora Substituta Janice Goulart Garcia Ubialli.

Florianópolis, 2 de junho de 2011.

Rodrigo Antônio
RELATOR

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2008.082775-4, de Joinville

Relator: Des. Subst. Júlio César Knoll

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. DIANTE DO TEOR DO ART. 206, § 5º, I, DO CÓDIGO CIVIL O PRAZO PRESCRICIONAL PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO MONITÓRIA FUNDAMENTADA EM CHEQUE PRESCRITO É DE 5 (CINCO) ANOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NÃO CONFIGURADA. ALEGADA ILEGITIMIDADE ATIVA SOB O FUNDAMENTO DE QUE NÃO É POSSÍVEL O PAGAMENTO DE CHEQUE CRUZADO AO ENDOSSATÁRIO. TESE ARREDADA. CRUZAMENTO DO CHEQUE QUE NÃO AFETA A SUA TRANSMISSIBILIDADE, ALTERANDO SOMENTE A FORMA DE PAGAMENTO. ARGUIÇÃO DE CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA EM RAZÃO DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. DEFENDIDA A NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. TESE REFUTADA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 130 DO CPC. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENIMENTO MOTIVADO. ALEGAÇÃO, PELO DEVEDOR, DE DESFAZIMENTO DO NEGÓCIO ORIGINÁRIO. CARTULARIDADE E AUTONOMIA DAS CÁRTULAS. INOPONIBILIDADE DE EXCEÇÕES PESSOAIS A TERCEIRO DE BOA-FÉ. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.082775-4, da comarca de Joinville (2ª Vara Cível), em que é apelante Jucéria Eliete Zibell, e apelado José Artur da Silva:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer do recurso e negar provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Monitória proposta por José Artur da Silva contra Jucéria Eliete Zibell, sob o fundamento de que é credor da requerida na quantia de R\$ 2.778,00 (dois mil setecentos e setenta e oito reais), representados pelos cheques de nº 000494, 000495, 000496, do Banco Bradesco S.A., emitidos o primeiro e o segundo no dia 9 de maio de 2001, enquanto o último foi na data de 9 de julho de 2001.

Devidamente citada, a requerida, ora apelante, opôs embargos monitórios e neles alegou, preliminarmente: a) exceção de incompetência, uma vez que a ação foi ajuizada na comarca da Capital; contudo, o requerente reside na comarca de Joinville, assim como este é o local da praça do cheque; b) nomeação à autoria, pois quem deveria figurar no polo ativo seria Lourival Cardoso de Araújo, beneficiário dos cheques que os recebeu como forma de pagamento de um armário; c) prescrição, visto que decorreram mais de 3 (três) anos entre a data do ajuizamento da ação e a da citação da requerida; e d) ilegitimidade ativa, em relação ao cheque nº 000494, porque este está cruzado em favor da Caixa Econômica Federal, o que torna o apelado carecedor da titularidade do título em comento.

No mérito, alegou que os cheques em questão foram sustados, e que o primeiro beneficiário se comprometeu a destruí-los, contudo, não o fez e, ainda, repassou-os a terceiros na modalidade de endosso em branco. Também, que o endossante possui responsabilidade solidária com o autor

(ora apelado), pelo que deve aquele ser responsabilizado pelo pagamento do valor discutido nesta ação monitória.

A Magistrada *a quo*, ao receber o processo, procedeu ao julgamento antecipado da lide, afastou todas as preliminares arguidas, e declarou constituído de pleno direito o título executivo judicial.

Inconformada, e requerida interpôs recurso de apelação em que renovou as preliminares de prescrição do direito de ação do autor e ilegitimidade ativa. No mérito, afirmou ter havido cerceamento de defesa por parte da magistrada sentenciante, ao passo que esta olvidou o pedido de produção de todas as provas em direito admitidas e procedeu ao julgamento antecipado da lide. Outrossim, renovou as teses sobreditas, constantes nos embargos monitórios.

Após a apresentação das contrarrazões, os autos ascenderam a este Egrégio Tribunal de Justiça para julgamento.

VOTO

Ab initio, impende proceder à análise das preliminares arguidas pela apelante no seu recurso, em consonância com o disposto no artigo 301 do Código de Processo Civil.

A) da prescrição do direito de ação da parte autora

Aduz a apelante que, operou, no caso em tela, a ocorrência da prescrição do direito de ação, uma vez que, entre a data da emissão dos cheques e a da citação da apelante, transcorreram mais que três anos.

Todavia, compulsando os autos, denota-se que, no momento da propositura da presente ação (14 de maio de 2003 – fl. 2-verso), o prazo para promoção da execução das cártulas de cheques objeto desta ação já havia transcorrido.

Dessa forma, consoante reiterada jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça, o prazo para a ocorrência da prescrição, ainda que intercorrente, da ação monitória de cheque prescrito não é trienal, conforme estatuído no inciso VII do § 3º do artigo 206 do Código Civil de 2002, mas de cinco anos, consoante prescreve o inciso I do § 5º do mencionado dispositivo legal.

Nesse sentido, colaciono abaixo o seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO MONITÓRIA LASTRADA EM NOTA PROMISSÓRIA - SENTENÇA DECRETANDO A PRESCRIÇÃO E EXTINGUINDO O PROCESSO, NA FORMA DO ART. 269, IV, DO CPC.

INSURGÊNCIA DO AUTOR - PRETENSÃO DEDUZIDA NOS AUTOS VOLTADA À COBRANÇA DE DÍVIDA LÍQUIDA CONSTANTE DE INSTRUMENTO PARTICULAR (NOTA PROMISSÓRIA PRESCRITA) - APLICAÇÃO DO ART. 206, § 5º, I, DO CÓDIGO CIVIL - PRESCRIÇÃO CONFIGURADA ANTE O TRANSCURSO DE MAIS DE 5 ANOS ENTRE O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO CIVIL E O AJUIZAMENTO DA AÇÃO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O prazo prescricional para ajuizar ação monitória fundada em nota promissória prescrita executivamente é aquele previsto no art. 206, § 5º, I, do Código Civil, por se tratar de cobrança de dívida líquida constante de instrumento particular. (Apelação Cível n. 2010.053496-6, de Rio do Sul, Relator: Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, j. 17/12/2010)

Assim, rejeito a preliminar de prescrição do direito de ação.

B) da ilegitimidade ativa do requerente

Alega a apelante que no verso do cheque de nº 000494 consta que este foi emitido na forma cruzada, em favor da Caixa Econômica Federal, bem como consta o número da agência e conta corrente bancária beneficiária de titularidade da empresa catarinense de contabilidade.

Também, afirmou que o beneficiário, Lourival Cardoso de Araújo, endossou em branco os cheques a fim de que eles se tornassem exigíveis por outrem, mesmo ciente de que eles já haviam sido sustados.

Por fim, assevera que é notório o entendimento que, havendo cruzamento dos cheques, não é permitida a sua cobrança por terceiros, o que torna o apelado ilegítimo para a propositura da presente ação.

Porém, vejo que os argumentos da apelante, no que tange à preliminar em análise, não prosperam.

Isto porque, da análise da cártula de cheque em discussão, que se encontra acostada à fl. 7 dos autos, verifica-se que esta foi emitida em favor de Lourival Cardoso de Araújo e este, mediante endosso em branco, repassou a cártula, cujo valor, agora, é exigido por seu portador, apelado neste recurso.

Como cediço, não obstante os argumentos utilizados pela parte apelante, o cruzamento do cheque não constitui óbice à sua cobrança pelo portador, uma vez que tal fato somente obsta o seu desconto pelo sacado ou seu cliente, consoante preconiza o artigo 45 da Lei nº 7.357/85.

Nesse sentido, inclusive, é oportuno colacionar o seguinte julgado da Terceira Câmara de Direito Comercial desta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA FUNDADA EM CHEQUE PRESCRITO.

PRELIMINARES - ALEGADA ILEGITIMIDADE ATIVA SOB O FUNDAMENTO DE QUE NÃO É POSSÍVEL O PAGAMENTO DE CHEQUE CRUZADO AO ENDOSSATÁRIO - TESE ARREDADA - CRUZAMENTO DO CHEQUE QUE NÃO AFETA A SUA TRANSMISSIBILIDADE, ALTERANDO SOMENTE A FORMA DE PAGAMENTO.

“ O cruzamento do cheque obsta o seu desconto pelo sacado ou seu cliente (artigo 45 da Lei n. 7.357/85) e não a transmissão do título via endosso, de maneira que o portador da cártula tem legitimidade

ativa para efetuar a cobrança do referido título contra os seus emitente e endossantes(artigo 47, incisos I e II, da Lei n. 7.357/85). [...] (Apelação Cível n. 1998.012716-5, de Chapecó, Relator: Des. Fernando Carioni). [...] (Apelação Cível n. 2007.057839-1, de Santa Cecília, Relator: Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, j. em 1º-10-10)

No mais, não prospera também o argumento de que o cheque foi sustado, uma vez que a parte apelante não logrou êxito, no transcorrer do processo, em comprovar tal fato, o que é seu encargo.

Nesse norte, colhe-se da ementa do julgado acima aludido:

DISCUSSÃO DA “CAUSA DEBENDI” SOMENTE POSSÍVEL SE O TÍTULO NÃO CIRCULOU - RELAÇÃO NEGOCIAL REALIZADA ENTRE A APELANTE E TERCEIRA PESSOA, ESTA ESTRANHA À RELAÇÃO PROCESSUAL - IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO COM TERCEIRO DE BOA-FÉ - APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LITERALIDADE, AUTONOMIA E ABSTRAÇÃO.

Diante da literalidade e autonomia do cheque, o portador nada tem de provar quanto a sua origem, ônus este recaído sobre o devedor, que deverá provar de forma robusta e convincente a inexistência do débito (Apelação Cível n. 2006.021241-4, da Capital/Estreito. Relator: Juiz Paulo Roberto Camargo da Costa).

Dessa forma, rejeito a preliminar acima analisada.

Passo à análise do mérito recursal.

A apelante, nas suas razões, aduziu que houve cerceamento do seu direito à ampla defesa, visto que pleiteou a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente o depoimento pessoal do apelado, oitiva de testemunhas, o que não foi apreciado pelo Juízo *a quo*, que procedeu ao julgamento antecipado da lide.

Contudo, não se vislumbra afronta à ampla defesa na atitude da MM. Juíza ao proceder na forma do artigo 330, inciso I, do CPC, uma

vez que convencida da desnecessidade de produção de outras provas para o julgamento.

Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência deste Egrégio Tribunal:

ARGUIÇÃO DE CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA EM RAZÃO DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - DEFENDIDA A NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - TESE ARREDADA - APLICAÇÃO DO ARTIGO 130 DO CPC - PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO - CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTEMENTE HÍGIDO PARA O DESLINDE DO FEITO - JULGAMENTO ANTECIPADO QUE SE MOSTRA NÃO SÓ ADMISSÍVEL, COMO DESEJÁVEL - EXEGESE DO ART. 330, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - ADEMAIS, AUSÊNCIA DE MELHOR FUNDAMENTAÇÃO NO SENTIDO DE DEMONSTRAR A ESSENCIALIDADE DA PRODUÇÃO DE PROVAS.

“É lícito ao juiz julgar antecipadamente a lide, de modo a não permitir a produção de prova pericial e testemunhal, quando as diligências almejadas mostram-se inúteis para o fim pretendido (...). (Apelação cível n. 2008.068959-4, Rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 19.3.09) [...] (Apelação Cível n. 2008.013024-2, de Jaraguá do Sul, Rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, j. Em 24.5.11)

Ademais, verifica-se que as tentativas da apelante de desconstituir o não são plausíveis.

Isto porque, no seu mister processual, deveria a apelante comprovar o pagamento do débito ou os vícios formais da cártula, de seu conteúdo literal, como por exemplo, falsidade de assinatura.

A simples alegação de desfazimento do negócio originário não é capaz de derruir a constituição do título executivo judicial, uma vez que, pela análise dos autos, vê-se que o portador do cheque, pessoa estranha ao pacto originário, o recebeu de boa-fé.

Tais exceções, aliás, devem ser alegadas somente em face do credor originário (no caso, Lourival Cardoso de Araújo), em observância ao princípio da inoponibilidade das exceções, prescrito no artigo 25 da Lei do Cheque, que assim diz:

Art . 25 Quem for demandado por obrigação resultante de cheque não pode opor ao portador exceções fundadas em relações pessoais com o emitente, ou com os portadores anteriores, salvo se o portador o adquiriu conscientemente em detrimento do devedor.

Assim, não comprovada a má-fé do apelado, improcedem os argumentos relativos ao negócio originário da cártula.

Colhe-se da jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUES. CIRCULAÇÃO. ALEGAÇÃO DE QUITAÇÃO PERANTE O CREDOR ORIGINÁRIO. CARTULARIDADE E AUTONOMIA DAS CÁRTULAS. INOPONIBILIDADE DE EXCEÇÕES PESSOAIS A TERCEIRO DE BOA-FÉ. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

“Tendo os cheques, títulos dotados de autonomia, literalidade e abstração, sido colocados em CIRCULAÇÃO, com o seu repasse, via endosso, a terceiro contra quem nem se cogitou de MÁ-FÉ, a ele não pode ser oposta, como empecilho à cobrança executiva, a exceção pessoal invocada” (Apelação Cível n. 2003.001582-5, de Blumenau, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 1º-4-2004). (Apelação Cível n. 2009.042416-6, de Herval d’Oeste, Rel. Des. Subst. Altamiro de Oliveira, j. em 17.5.2011)

Nesse norte, a decisão proferida pela Magistrada *a quo* merece ser mantida e, por consequência, o conhecimento e desprovemento do presente recurso de apelação é a medida que se impõe.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Terceira Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

O julgamento, realizado no dia 09 de junho de 2011, foi presidido pelo Exmo. Desembargador Paulo Roberto Camargo Costa, com voto, e dele participou o Exmo. Desembargador Raulino Jacó Brüning.

Florianópolis, 20 de junho de 2011.

Júlio César Knoll
RELATOR

Apelação Cível n. 2011.061810-0, de Araranguá

Relator: Des. Subst. Júlio César Knoll

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. INDEFERIMENTO DA EXORDIAL. AUSÊNCIA DE CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. CONDIÇÃO *SINE QUA NON* PARA PROPOSTURA DA DEMANDA. DOCUMENTO SUJEITO À CIRCULAÇÃO POR ENDOSSO. PRINCÍPIO DA CARTULARIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.061810-0, da comarca de Araranguá (1ª Vara Cível), em que é apelante BV Financeira S.A. Crédito Financiamento e Investimento, e apelado D. I. P.:

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 1º de setembro de 2011, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Raulino Jacó Brüning.

Florianópolis, 6 de setembro de 2011.

Júlio César Knoll
RELATOR

RELATÓRIO

BV Financeira S.A. Crédito, Financiamento e Investimento interpôs recurso de apelação contra sentença que extinguiu o feito sem julgamento de mérito.

Recebida a inicial, o Doutor Juiz de Direito determinou à parte autora que emendasse a inicial, de modo a acostar aos autos o original da cédula de crédito bancário, pois dá fundamento à presente ação.

Após a apresentação de documentos pela parte autora, o Magistrado *a quo* extinguiu o feito sem análise de mérito, sob a justificativa de que, por ser a cédula de crédito bancário um título passivo de circulação por endosso, a apresentação de sua fotocópia, ainda que autenticada, não pode suprir a exposição da original.

Inconformada, a instituição financeira autora interpôs o presente recurso. Nele afirmou que a ação preenche todos os requisitos exigidos pela legislação processual civil, razão pela qual a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito deve ser cassada para que o processo siga a sua regular tramitação.

Ausentes as contrarrazões, uma vez que não angularizada a relação processual.

VOTO

A BV Financeira S.A. alegou em suas razões excesso de rigor e formalismo, a desnecessidade de juntada do título de crédito original, a falta da dupla intimação e a sua injusta condenação em custas processuais.

A autora teve a oportunidade para suprir a falha (fl. 19), mas, no prazo estabelecido, juntou apenas novas fotocópias da cédula de crédito bancário.

Quanto à desnecessidade de juntada do título de crédito original, vejo que melhor sorte não assiste à ora apelante. A cédula de crédito bancário é um título que pode ser transferível por endosso (artigo 26 da Lei n. 10.931/2004) e, em razão disso, deve ser acostada à exordial da ação que vise a sua discussão.

Também, ressalto que outra característica dos títulos de créditos é a sua cartularidade. Dessa forma, é condição que a apresentação do seu original é condição *sine qua non* à propositura da ação, porquanto somente assim se comprova que o autor é efetivamente o credor, bem como que ele não negociou o seu crédito.

Nesse sentido, está a lição de Fábio Ulhoa Coelho:

Torna-se indispensável que o credor esteja na posse do documento, condição sem a qual mesmo que a pessoa seja efetivamente a credora, não poderá exercer o seu direito de crédito valendo-se dos benefícios do regime jurídico-cambial.” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 233).

Da mesma forma, este egrégio Tribunal de Justiça já decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. INDEFERIMENTO DA EXORDIAL. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

DETERMINAÇÃO DE EMENDA À INICIAL. INÉRCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 284, DO CPC.

CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. DOCUMENTO SUJEITO À CIRCULAÇÃO POR ENDOSSO. PRINCÍPIO DA CARTULARIDADE. DOCUMENTO ESSENCIAL PARA O AJUIZAMENTO DA DEMANDA. SENTENÇA MANTIDA.

AGRAVO RETIDO. APRESENTAÇÃO DE CÓPIA DA CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIA QUE FOI OBJETO DE JULGAMENTO NA SENTENÇA. SUPERVENIENTE PERDA DO OBJETO DO RECURSO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E DESPROVIDO (Apelação Cível n. 2010.064598-4, de Araranguá, rel. Des. Subst. Altamiro de Oliveira, j. em 28-6-2011).

Também:

APELAÇÃO CÍVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. BUSCA E APREENSÃO. EMENDA À INICIAL DETERMINADA PARA JUNTADA DO ORIGINAL DO CONTRATO. NÃO ATENDIMENTO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. POSSIBILIDADE. INSTRUMENTO CIRCULÁVEL POR ENDOSSO. RECURSO IMPROVIDO (Apelação Cível n. 2010.083187-7, de Araranguá, rel. Des. Lédio Rosa de Andrade, j. em 15-3-2011).

Assim, não merece retoques a decisão vergastada, uma vez que ausente um dos pressupostos essenciais à propositura da ação de busca e apreensão em tela.

Por fim, não prospera o pleito de condenação do apelado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, por dois motivos: primeiro, porque não houve citação do demandado; e, segundo, pelo fato de que a instituição financeira deu causa à extinção do processo sem julgamento de mérito, pois não cumpriu a determinação de emenda da inicial.

Assim, em observância ao princípio da causalidade, arca a apelante com os encargos sucumbenciais.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2009.073599-7, de Canoinhas

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA DE ACORDO DE ACIONISTAS. TOGADO *A QUO* QUE CONCEDE A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA (I) DESOBRIGAR O DEMANDANTE DO CUMPRIMENTO DO ACORDO DE ACIONISTAS; (II) DESCONSTITUIR AS DELIBERAÇÕES ADOTADAS PELA ASSEMBLÉIA GERAL EXTRAORDINÁRIA; E (III) DECLARAR A NULIDADE DOS ATOS PRATICADOS PELA NOVA DIRETORIA DA EMPRESA. INCONFORMISMO DO REQUERIDO.

JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. DEMANDANTE QUE PLEITEIA, ALÉM DA DESOBRIGAÇÃO DA OBSERVÂNCIA DO ACORDO DE ACIONISTAS, O RETORNO AO *STATUS QUO ANTE*. JULGADOR DE ORIGEM QUE, ATENTO A ESSA PECULIARIDADE, COMO CONSECTÁRIO DA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA, GIZA A ANULAÇÃO DA ASSEMBLÉIA GERAL EXTRAORDINÁRIA OCORRIDA NO DIA 21-9-09. ATUAÇÃO DO MAGISTRADO DENTRO DOS LIMITES DA LIDE. PREFACIAL DERRIBADA.

ÓBICE DE MANUTENÇÃO DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA NO PONTO QUE DECLAROU A ANULAÇÃO DOS ATOS PRATICADOS PELA NOVA DIRETORIA. SITUAÇÃO QUE ENSEJA A PRESENÇA DA PESSOA JURÍDICA NO POLO

PASSIVO DA DEMANDA, O QUE INOCORRE NO PRESENTE CASO, E, TAMBÉM, AFETA DIREITO DE TERCEIROS DE BOA-FÉ. NEGOCIAÇÕES ENTABULADAS PELO NOVO CORPO ADMINISTRATIVO QUE SE PAUTOU NA PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E, TAMBÉM, NA TEORIA DA APARÊNCIA EM RELAÇÃO AOS TERCEIROS. *DECISUM* REFORMADO NESTE ASPECTO.

ACORDO DE ACIONISTAS. VIABILIDADE DE O DEMANDANTE SER DESOBRIGADO DE OBSERVAR SEUS TERMOS SOB O FUNDAMENTO DA QUEBRA DA *AFFECTIO SOCIETATIS*. SITUAÇÃO ÍMPAR. SOCIEDADE ANÔNIMA DE CAPITAL FECHADO, CUJOS ACIONISTAS FAZEM PARTE DE UMA ÚNICA ESTRUTURA FAMILIAR. EMPRESA QUE SE FUNDA DE FORMA CLARIVIDENTE NO *INTUITO PERSONAE*. ASPECTO QUE ENREDA NA CONSIDERAÇÃO DA PESSOA DECORRENTES DA CONFIANÇA E SEGURANÇA ÍNTIMAS. *AFFECTIO SOCIETATIS* QUE NÃO MAIS EXISTE PELO SURGIMENTO DE INÚMEROS CONFLITOS POR CONTA DA PRETENSÃO DE CISAÇÃO DA EMPRESA. DESAPARECIMENTO DO PANORAMA DE FIDÚCIA EXISTENTE À ÉPOCA DA FORMALIZAÇÃO DO ACORDO DE ACIONISTAS. ASPECTO QUE, EM CARÁTER EXCEPCIONAL E EM FACE DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO, POSSUI O CONDÃO DE DESONERAR O REQUERENTE DO CUMPRIMENTO DA AVENÇA. DECLARAÇÃO QUE POSSUI EFEITO *EX NUNC*. ASSEMBLÉIA GERAL EXTRAORDINÁRIA OCORRIDA ANTERIORMENTE QUE, EM TESE, DEVERIA PERMANECER INTACTA. ÓBICE. AGRAVADO QUE, NAQUELA OPORTUNIDADE, VOTA CONTRA A DESTITUIÇÃO DO CARGO DE DIRETOR, TODAVIA, POR CONTA DO ACORDO DE ACIONISTAS, SUA VONTADE É CONSIDERADA EM FAVOR DA DESTITUIÇÃO. AVENÇA QUE FOI UTILIZADA COM ABUSO DE DIREITO DE VOTO. EXEGESE DO ART.

115, *CAPUT*, DA LEI N. 6.404/76. SUFRÁGIO QUE SE QUEDA MACULADO. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE NOVA VOTAÇÃO ACERCA DA DESTITUIÇÃO DO DIRETOR, COM A CONSIDERAÇÃO DA VONTADE AUTÔNOMA DO RECORRIDO, SEM SUA VINCULAÇÃO AO ACORDO DE ACIONISTAS. HIPÓTESE QUE REDUNDARIA NA RETOMADA DO DIRETOR DESTITUÍDO AO CARGO. IMPEDIMENTO. INTERESSADO QUE PROPÕE LIDE DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DA EMPRESA, QUE CONSISTE EM ATO CONTRÁRIO AO INTERESSE DA PESSOA JURÍDICA. INCIDÊNCIA DO ART. 147, § 3º, INCISO II, DO DIPLOMA LEGAL SUSO CITADO. ADMINISTRAÇÃO DA EMPRESA QUE DEVE FICAR A CARGO DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO PROVISÓRIO, CONSTITUÍDO EM AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO NOS AUTOS N. 015.09.004466-0, EM TRAMITAÇÃO PERANTE A 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE CANOINHAS. ATRIBUIÇÃO A ESSE CONSELHO PROVISÓRIO DO PODER E COMPETÊNCIA EXTERNADOS NOS ARTS. 140 E SEQUINTE DA LEI N. 6.404/76, PELO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS, LAPSO NO QUAL OS ACIONISTAS DEVEM SE REUNIR EM ASSEMBLÉIA GERAL EXTRAORDINÁRIA PARA ELEGEREM NOVO DIRETOR. PROVIDÊNCIA LEVADA A EFEITO DE OFÍCIO COM BASE NO PODER GERAL DE CAUTELA DO MAGISTRADO. APLICAÇÃO DO ART. 461 DO CÓDIGO BUZAID.

IRRESIGNAÇÃO PARCIALMENTE ACOLHIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2009.073599-7, da 1ª Vara Cível da Comarca de Canoinhas, em que é agravante Estevão Francisco Fuck, e agravado Luiz Fernando Fuck:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, rejeitar a preliminar, albergar em parte o Recurso; e, de ofício,

atribuir ao Conselho de Administração Provisório o poder e competência de administração da empresa por 60 (sessenta) dias. Custas legais.

RELATÓRIO

Estevão Francisco Fuck interpôs Agravo de Instrumento (fls. 2-28) em face da decisão interlocutória prolatada pelo Magistrado *a quo* (fl. 463-468) que, nos autos da ação anulatória de acordo de acionistas n. 015.09.006923-9, proposta por Luiz Fernando Fuck contra o Recorrente e, também, Márcia Tereza Fuck Derviche, Marcelo Jacob Fuck, Fabiano Fuck, Marilisa Fuck Davet e Fábio Nabor Fuck, concedeu a almejada antecipação de tutela para: a) desobrigar o Demandante do cumprimento do acordo de acionistas celebrado em 27-4-06; b) desconstituir as deliberações adotadas na Assembléia Geral Extraordinária de 21-9-09, motivo pelo qual declarou a nulidade de todos os atos praticados pela nova Diretoria.

O Interessado, em suas razões recursais, agitou a ocorrência de julgamento *extra petita*, vez que o Adverso, na exordial, não deduziu pretensão de anular a Assembléia Geral Extraordinária de 21-9-09, além de que a empresa sequer é integrante do feito, bem como o *decisum*, tal qual vazado na origem, gera efeitos em favor de terceiros que não foram incluídos no polo passivo na demanda, como se dá com Niceto Osmar Fuck que, por via transversa, foi reintegrado no cargo de diretor da sociedade anônima; quanto ao mérito, a validade do acordo de acionistas, ademais porquanto possui prazo certo, o que implica na obrigatoriedade de sua observância; a inoportunidade da quebra da *affectio societatis* entre os acionistas que firmaram o ajuste acionário; a indiferença desse instrumento negocial para o resultado levado a efeito na Assembléia Geral Extraordinária, vez que, de qualquer forma, ainda que computado o voto do Recorrido na forma em que pretendia externar sua vontade, Niceto Osmar Fuck teria sido destituído do cargo de diretor da empresa Fuck S.A., ademais porquanto pratica atos contrários ao interesse da sociedade.

Ao final, rogou pela acolhida do Recurso.

Prolatada a decisão unipessoal pelo então Desembargador Relator (fls. 487-489), a carga suspensiva foi negada.

Cientificado o Adverso para apresentar contrarrazões, deixou transcorrer *in albis* o prazo de lei – certidão de fl. 494.

Empós, vieram os autos a esta relatoria.

É o necessário escorço.

VOTO

1 Dos prolegômenos para melhor compreensão da porfia jurídica

Os Contendores, juntamente com outros acionistas, constituem a empresa Fuck S.A., que, apesar de ser sociedade anônima, é de capital fechado e eminentemente familiar.

O Recorrente, juntamente com o Adverso e os acionistas Márcia Tereza Fuck Derviche, Marcelo Jacob Fuck e Fábio Nabor Fuck, este falecido, sendo que os direitos sobre suas ações foram adquiridos em razão de sucessão por Fabiano Fuck e Marilisa Fuck Davet, em 27-4-06, entabularam acordo de acionistas (fls. 67-71), com prazo determinado de 10 (dez) anos, cujos objetivos principais consistiam em dispor o exercício do voto, distribuição de cargos, direito de prelação na transferência de ações, administração, etc.

Ademais, em relação ao direito de voto, restou gizado:

4.1. As Partes votarão sempre em conjunto nas assembléias da “FUCK S/A”, em especial e sem restringir, no que diz respeito à eleição de membros da Diretoria e do Conselho Fiscal, Alterações Estatutárias, Aprovação de Balanço, tudo conforme for decidido em reunião prévia a ser realizada entre as Partes.

4.2. Cada uma das Partes terá o direito a 01 (um) voto nas reuniões realizadas para tratar dos assuntos pertinentes ao presente Acordo.

4.2.1. As deliberações das Partes serão aprovadas nos termos dos votos proferidos por 3 das 5 partes que integram o presente acordo.

[...] 4.4 As deliberações tomadas serão transcritas em ata, e quando se referirem ao voto único, também será indicado o portador do mesmo ao conclave.

(fls. 69-70).

E, acerca do lapso de vigência desse acordo de acionistas, foi negociado: “6.1. Este Acordo terá vigência pelo prazo de 10 (dez) anos a contar da assinatura do presente instrumento, prorrogando-se automaticamente na ausência de denúncia prévia com antecedência de 60 dias” (fl. 70).

Noutro giro, em razão de eventual não cumprimento dos termos assentados no acordo de acionistas, em consonância com o art. 118, § 3º, os Contratantes avençaram:

5.1. No caso de qualquer Parte não observar as obrigações constantes do presente Acordo, qualquer das outras Partes poderá processar a Parte inadimplente para obter:

(a) execução específica das obrigações e/ou

(b) indenização por perdas e danos

(fl. 70, destaques no original)

O fato é que essa negociação foi entabulada com o intuito de dar início às tratativas de ulterior cisão da sociedade anônima. Vale conferir:

[...] Há aproximadamente 10 (dez) anos, um tema vem ocupando grande parte das preocupações e discussões entre os sócios: **Buscar uma forma de efetuar a divisão patrimonial da Fuck S/A, sem causar prejuízos aos proprietários, e, sem inviabilizar as atividades da empresa e do grupo empresarial;**

Neste contexto de permitir uma segura cisão ou outra forma que melhor mostrasse de efetuar a divisão patrimonial dos sócios ou

de grupos de sócios, mantendo a continuidade das atividades, e, respeitando as necessidades comercial e empresariais da Fuck S/A, além de que, também atento as questões sociais da empresa, geradora de centenas e centenas de empregos, o autor, em conjunto com os demais signatários do “Acordo de Acionistas”, **assumira dois compromissos**, que embora em razão da confiança e do vínculo estreito de parentesco não foram formalizados, mas que são de fácil demonstração [...].

(fls. 37-38).

Corroborando essa assertiva, tem-se que a empresa Fuck S.A. encontra-se em processo de dissolução e liquidação de sociedade, consoante se extrai dos autos n. 015.09.004466-0, em tramitação perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Canoinhas, proposta pelo então administrador e acionista Niceto Osmar Fuck contra a Empresa Industrial e Comercial Fuck S.A. (fls. 127-169).

A despeito disso, por conta de o ato do administrador Niceto Osmar Fuck ter sido considerado contrário aos interesses da sociedade empresária – propositura de demanda jurídica para dissolver parcialmente a empresa – os Interessados – integrantes do acordo de acionistas – convocaram deliberação para tratar desse tema (fls. 75-76). Confira-se:

NOTIFICANTE: ESTEVÃO FRANCISCO FUCK

NOTIFICADO: LUIZ FERNANDO FUCK

[...] **Considerando que:** Referido acordo prevê a possibilidade de qualquer membro integrante de referido Acordo de Acionistas convocar os demais para uma reunião para deliberar sobre a aplicação dos termos de referido acordo.

1) [...] formalmente convocar o Notificado a comparecer à Reunião dos membros do Acordo de Acionistas da Empresa Industrial e Comercial Fuck S/A, a ser realizada no dia **21 de setembro de 2009, às 08:00 horas**, na sede da sociedade, [...], para discutir e deliberar sobre a seguinte Ordem do Dia:

A) Destituição do diretor da companhia Sr. NICETO OSMAR FUCK;

B) Escolha do representante dos membros do acordo de acionistas para proferir, na Assembléia Geral Extraordinária da companhia marcada para o dia 21/09/2001, às 09:00h, o voto único dos membros de referido acordo [...].

E, em assembléia geral extraordinária realizada em 21 de setembro de 2009, presentes todos os acionistas, foi aprovada a destituição do cargo de diretor Niceto Osmar Fuck (fls. 77-80), cuja votação se deu na seguinte forma:

a) não foi computado o voto de Niceto Osmar Fuck, em razão de impedimento, conforme o art. 115, § 1º, da Lei n. 6.404/76;

b) Carlos Eduardo Fuck, detentor de 111 ações, que corresponde a 0,0008% do total acionário, votou contra a destituição do Diretor;

c) todos os demais acionistas foram favoráveis à destituição de Niceto Osmar Fuck do cargo de diretor da empresa; e

d) o voto de Luiz Fernando Fuck, contra a sua vontade, foi inserido no cômputo em favor da destituição de Niceto Osmar Fuck do cargo de diretor em razão do acordo de acionistas.

A propósito, no aludido ato assemblear, Luiz Fernando Fuck externou, por escrito, sua manifestação contra a utilização de seu voto em benefício da destituição do Diretor da empresa (fls. 79-80). Veja-se:

[...] Eu, Luiz Fernando Fuck, declaro o meu voto contrário a destituição do Diretor Niceto Osmar Fuck.

Destaco ainda que meu voto deverá ser considerado para todos os efeitos, eis que a sociedade (acordo de acionistas) não pode subsistir à vontade dos contratantes.

Canoinhas, 21 de setembro de 2009.

(fl. 80).

Com base nesse panorama é que o Agravado propôs a ação de resolução de acordo de acionistas, cujo objetivo é desobrigá-lo da observância dos termos aportados no acordo de acionistas (fls. 34-63), oportunidade em que rogou:

c) o deferimento de antecipação de tutela, no sentido para desobrigar o autor dos termos descritos no “Acordo de Acionistas”, determinando desde já, até a final decisão definitiva, a volta das partes ao *status quo ante*, remanescendo o autor e os acionistas na Companhia, com a subordinação pura e simples às regras da Lei nº 6.404/76, afastados a *convention de blocage* como estabelecida, o acordo de voto e de todas as cláusulas;

(fl. 62, destaques no original).

Por conta disso, o Julgador de origem vazou a seguinte decisão interlocutória, que é desafiada por este instrumento de agravo:

À vista do exposto, estando presentes os requisitos legais, **DEFIRO** a **ANTECIPAÇÃO DE TUTELA** requerida, para o fim de **DESOBRIGAR** o autor ao cumprimento dos termos do Acordo de Acionistas, celebrado em 27.04.2006 (fls. 35-39) e, também, para **DESCONSTITUIR/ANULAR** as deliberações adotadas na Assembléia Geral Extraordinária datada de 21.09.2009 (fls. 46-47), devendo retornar-se ao *status quo ante*, implicando, por consequência, na nulidade de todos os demais atos acostados pela diretoria/Administração formada após referida Assembléia Geral Extraordinária, razão pela qual deve-se continuar observando as demais deliberações proferidas nos autos da Ação de Dissolução Parcial de Sociedade n. 015.09.004466-0.

[...] Sejam os presentes autos apensados ao de n. 015.09.004466-0, frente a existência de conexão.

(fl. 468).

2 Das preliminares

O Recorrente pretende marcar de nulidade a decisão interlocutória profligada sob o fundamento de que o Interessado não objetiva anular a Assembléia Geral Extraordinária ocorrida em 21-9-09, além de que almeja

decotar parte da decisão profligada em razão de ser obstada, neste processo, a declaração de nulidade dos atos praticados pela nova Diretoria da empresa.

2.1 Da inocorrência de julgamento *extra petita*

Observando-se detidamente a pretensão do Recorrido vazada na exordial (fls. 34-63), sobressai que o Interessado trouxe à tona a atual situação da empresa, podendo-se extrair a ocorrência da quebra de *affectio societatis* – apesar de tratar-se de sociedade anônima, a viabilidade de se focar o *animus* de os acionistas unirem-se em sociedade foi debulhada no Agravo de Instrumento n. 2009.073598-0, julgado por este Órgão Fracionário em 6-4-10, originário da impugnação ao valor da causa que sobressaiu da lide de dissolução parcial de sociedade anônima cumulada com pleito indenitário por ofensa aos patrimônios material e imaterial n. 015.09.004466-0, proposta por Niceto Osmar Fuck.

Em razão disso, por ter sido alterado o panorama de bom convívio entre os acionistas – situação que vigorava quando da entabulação do acordo de acionistas – passando a existir inúmeros conflitos entre os Interessados na cisão da empresa (fls. 397-429438-444; 446-459), o Demandante almejou a retomada do *status quo ante* com a sua desvinculação do acordo de acionistas.

Atento à pretensão do Recorrido, o Julgador *a quo* gizou que a consequência do deferimento da antecipação da tutela almejada redundaria na desconstituição das deliberações levadas a efeito na Assembléia Geral Extraordinária de 21-9-09, além de esse fato ter o condão de abstrair a validade dos atos praticados pela nova Diretoria da empresa.

Ora, como se vê, a pretensão deduzida pelo Requerente não foi exclusivamente a de desobrigá-lo do cumprimento do acordo de acionistas, mas, também, de retomar a situação anterior àquela em que seu voto fora computado na Assembléia Geral Extraordinária em contrariedade ao seu elemento volitivo.

Vale dizer: além de o Agravado ter pretendido a antecipação da tutela para desonerá-lo da observância do acordo de acionistas, almejou, também, o retorno ao *status quo ante*.

Por conta disso, em razão de o *decisum* profligado ter guardado correlação com os termos demarcados na lide pelo Requerente, sobressai que a prefacial é natimorta.

2.2 Da inviabilidade de a decisão interlocutória guerreada afetar direito de terceiros

O Magistrado *a quo*, como conseqüência da desobrigação de o Requerente observar o acordo de acionistas com a retomada do *status quo ante*, gizou como um dos seus efeitos a anulação de todos os atos praticados pela nova diretoria.

O fato é que esse proceder, apesar de ser consentâneo com o pleito externado no pórtico inaugural, não pode ocorrer nesta via, vez que a Empresa – pessoa jurídica que também sofrerá com a declaração de nulidade – não é parte integrante do polo passivo da lide.

Ademais, é inviável se anular os atos praticados pela Diretoria composta em 21-9-09, porquanto prejudicaria terceiros de boa-fé que teriam avençado com a Empresa, além de que todos que negociaram com Fuck S.A., sob o manto do novo corpo administrativo, presumiram, como de fato o era, serem os Administradores detentores do poder para gerir a pessoa jurídica.

Por obviedade ululante, como forma de resguardar o direito dos terceiros de boa-fé, é inviável anular os atos praticados pela Diretoria constituída em 21-9-09.

3 Do mérito recursal

Acerca do acordo de acionistas, a permissividade de o Requerente quedar-se desobrigado de sua observância decorre de situação peculiar no presente caso.

É que, consoante já vazado no julgamento do Agravo de Instrumento n. 2009.073598-0, apesar de a empresa ser uma sociedade anônima, que se funda na perda da *affectio societatis*, torna-se necessário trazer à baila que, não obstante esse tipo de sociedade pautar-se primordialmente no *intuitu pecuniae*, em razão de ser a empresa constituída por capital fechado, cujos acionistas são unidos em razão de parentesco, deflagra-se a imperiosidade de o enfoque da contenda jurídica dar-se com base no *intuitu personae*.

Ou seja: ainda que a Empresa seja uma sociedade anônima, todos os acionistas fazem parte de uma única estrutura familiar, o que implica no fato de que se leva em consideração a pessoa, baseando-se, geralmente, na confiança.

Nesse panorama de segurança íntima é que o acordo de acionistas foi firmado em 27-4-06.

Todavia, com o início das tratativas para a cisão da empresa Fuck S.A., deram-se vários desentendimentos familiares (fls. 397-429; 438-444; 446-459) que, por óbvio, implicaram na perda da confiança que geria toda a sociedade.

E, em razão dessa situação é que o Interessado possui o resguardo jurídico para se ver desobrigado de observar os termos gizados no acordo de acionistas, ademais porquanto foi utilizado em seu desfavor e sem a sua anuência, consoante se extrai da declaração de voto de fls. 79-80.

E, justamente nesse sentido, em idêntica situação peculiar, a Corte da Cidadania decidiu, senão confira-se:

SOCIEDADE ANÔNIMA. ACORDO DE ACIONISTAS .
RESOLUÇÃO COM BASE NA QUEBRA DA *AFFECTIO*
SOCIETATIS E DO DEVER DE LEALDADE E COOPERAÇÃO

ENTRE OS CONVENENTES. POSSIBILIDADE JURÍDICA. INCIDÊNCIA DOS ENUNCIADOS NOS 5 E 7 DA SÚMULA/STJ QUANTO À ILEGITIMIDADE ATIVA DA RECORRIDA. INOCORRÊNCIA DE DECISÃO *EXTRA PETITA*. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA APELAÇÃO. ACÓRDÃO QUE NÃO PADECE DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

I – Admissível a resolução do acordo de acionistas por inadimplemento das partes, ou de inexecução em geral, bem como pela quebra da *affectio societatis*, com suporte na teoria geral das obrigações, não constituindo impedimento para tal pretensão a possibilidade de execução específica das obrigações constantes do acordo, prevista no art. 118, § 3º da Lei 6.404/76.

II – Estando a questão da ilegitimidade ativa da autora do pedido de resolução contratual fundamentada na falta de cumprimento de cláusulas do acordo quanto à anuência dos demais convenentes, que o acórdão recorrido tem por expressamente manifestada nos documentos que analisou, não é viável o seu reexame em sede de recurso especial com a incidência dos enunciados nºs 5 e 7 da súmula deste Tribunal.

III – Contendo a inicial pedido de resolução do acordo de acionistas e de seus aditivos e constando do dispositivo da sentença que é julgado procedente esse pedido, “tendo por resolvidos o acordo de acionistas consubstanciado no instrumento original de fls. 14 e seus aditivos”, não há que argumentar-se com nulidade da decisão por ser *extra petita*. Questão sobre a qual, ademais operou-se a preclusão, uma vez não agitada nas razões da apelação.

IV – As decisões de primeiro e segundo graus, a par de haverem enfrentado todos os pontos relevantes da controvérsia, não padecem de falta de fundamentação, estando, ao contrário, fartamente expostos os argumentos que dão suporte as conclusões adotadas.

(REsp 388.423/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 13-5-03).

A propósito, não há que se alegar que a posição perfilhada pelo Julgador de origem e por este Órgão Fracionário afronta os arts. 118 e seguintes da Lei n. 6.404/76 e a livre expressão de vontade dos Contratantes,

vez que o presente caso é peculiar e possuiu a brusca ruptura do quadro fático existente na época da entabulação do acordo de acionistas e aquele que veio a se desenhar com o desenrolar das negociações.

Já noutro aspecto, no que toca à pretensão do Requerente no retorno do *status quo ante*, sobressai que essa hipótese deve ser acolhida, contudo, com acuidade e de forma diversa daquela vazada na origem.

É que, de fato, por estar o Agravado desobrigado do cumprimento do acordo de acionistas, situação que possui o condão de produzir reflexos com efeito *ex nunc*, ou seja, não retroativo, o resultado levado a efeito na Assembléia Geral Extraordinária de 21-9-09 permaneceria intacto.

Porém, naquela oportunidade, o voto do Requerente foi computado contrariamente à sua vontade em razão do acordo de acionistas.

É que os Interessados que entabularam aquela avença resolveram, sem a participação do Demandante – ainda que notificado para tanto (fls. 75-76) – votar a favor da destituição de Niceto Osmar Fuck do cargo de diretor.

E, na Assembléia Geral Extraordinária, por conta disso, restou decidida a destituição do Diretor de seu cargo, cuja votação se deu na seguinte forma (fls. 77-78):

Favorável à destituição	Contra à destituição	Voto	Número de ações
–	Niceto Osmar Fuck	impedido	5.263.294
–	Carlos Eduardo Fuck	computado	111
–	Luiz Fernando Fuck	computado como favorável à destituição por conta do acordo de acionistas	2.758.763

Estevão Francisco Fuck		computado – acordo de acionistas	2.825.704
Marcelo Jacob Fuck		computado – acordo de acionistas	798.020
Márcia Tereza Fuck Derviche		computado – acordo de acionistas	1.277.929
Fabiano Fuck		computado – acordo de acionistas	188.779
Marilisa Fuck Davet		computado	156.227
Milton Dervich Junior		computado	106

Como se vê, do total de 13.330.000 (treze milhões, trezentos e trinta mil) ações, considerando-se o acordo de acionistas e o impedimento de Niceto Osmar Fuck, somente o Detentor de 106 (cento e seis) ações foi contrário à destituição do Diretor do cargo.

Entrementes, desconsiderando-se o acordo de acionistas apenas em relação a Luis Fernando Fuck, ter-se-iam os detentores de 2.758.874 (dois milhões, setecentos e cinquenta e oito mil, oitocentos e setenta e quatro) ações contra a destituição de Niceto Osmar Fuck do cargo de Diretor, ao passo em que os titulares de 5.246.765 (cinco milhões, duzentos e quarenta e seis mil, setecentos e sessenta e cinco) ações seriam favoráveis à sua destituição do cargo.

Logo, apesar de a desoneração do Demandante em relação ao acordo de acionistas não afetar o resultado da Assembléia Geral Extraordinária de 21-9-09, a decisão levada a efeito naquela oportunidade deve ser anulada, sem, todavia, macular os atos praticados pela nova Diretoria, por ser necessário salvaguardar o direito de terceiros de boa-fé, tal qual já tratado em epígrafe.

Isso se deve ao fato de que o voto prolatado pelo grupo que forma o acordo de acionistas computou o voto do Agravado em contrariedade

à sua vontade e, ainda, com eventual abuso de voto – art. 115, *caput*, da Lei n. 6.404/76, além de deslustrar o sufrágio.

Ou seja, por conta do acordo de acionistas, o Agravado se viu impedido de conferir força à sua vontade, o que teria o condão de conferir autenticidade à votação sobre a destituição de Niceto Osmar Fuck do cargo de diretor.

Apesar disso, observando-se que Niceto Osmar Fuck propôs demanda de dissolução parcial de sociedade anônima n. 015.09.004466-0, em tramitação perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Canoinhas, exsurge a incompatibilidade entre seus interesses e o da sociedade, o que, mesmo com a anulação da votação levada a efeito na Assembléia Geral Extraordinária de 21-9-09, obsta a sua retomada ao assento do cargo de diretor, salvo por dispensa pela Assembléia Geral – art. 147, § 3º, inciso II, da Lei n. 6.404/76.

Como forma de solucionar essa *quaestio*, observa-se que no processo de dissolução parcial de sociedade anônima suso indicado, em consulta processual realizada no site desta Corte (www.tjsc.jus.br), na audiência de conciliação realizada em 10-8-09, foi indicado como ponto convergente a criação de um Conselho Provisório de Administração, sendo um conselheiro indicado por Niceto Osmar Fuck, outro por Luiz Fernando Fuck e o terceiro por Estevão Francisco Fuck, Márcia Tereza Fuck Derviche, Marcelo Jacob Fuck, Fabiano Fuck e Marilisa Fuck Davet, além de um auxiliar do Juízo.

Já em 14-9-09, o Estado-Juiz de origem homologou a composição do Conselho Provisório de Administração que lhe fora apresentado (informação colhida da consulta processual dos autos n. 015.09.004466-0, da 1ª Vara Cível da Comarca de Canoinhas, realizada no sítio eletrônico deste Areópago – www.tjsc.jus.br).

Ocorre que, apesar de Niceto Osmar Fuck ter pretendido conferir a esse Conselho Provisório de Administração o poder de administração apontado nos arts. 140 e seguintes da Lei n. 6.404/76, o Magistrado *a quo* condutor daquele feito negou sua pretensão, gizando que esse Conselho, nos termos da conciliação entabulada, possuía efeitos tão somente para realizar o inventário patrimonial para a ulterior cisão da Empresa, além de que não pretendia conferir ao Conselho Provisório a Administração eterna da Empresa (decisão vazada em 1-12-09, conforme informações colhidas mais uma vez no site desta Corte).

Dessarte, buscando atribuir efetividade ao processo judicial, além de se perseguir uma solução equidistante entre os Contendores, com espeque no poder geral de cautela do magistrado – art. 461 do Código Buzaid – de ofício, concede-se ao Conselho Provisório de Administração constituído nos autos n. 015.09.004466-0, em tramitação perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Canoinhas, a função e competência externadas nos arts. 140 e seguintes da Lei n. 6.404/76, devendo a Assembléia Geral reunir-se extraordinariamente no prazo máximo de 60 (sessenta) dias para, desobrigando o Agravado dos termos do acordo de acionistas, realizar nova votação para o cargo de diretor da empresa, quando, então, o Conselho Provisório de Administração passará a exercer as funções exclusivas para a cisão da Empresa, tal qual levado a efeito nos autos em que foi constituído.

Por fim, o Estado-Juiz contemporâneo deve, na sua tarefa precípua de prestar a tutela jurisdicional, buscar a composição do litígio, tendo como escopo, não só primar pelo final da demanda, mas, também, pela pacificação dos ânimos dentro dos ditames legais, como ora se viu levado a cabo.

É o quanto basta.

DECISÃO

Ante o exposto, por unanimidade:

a) rejeita-se a preliminar e dá-se parcial albergue ao Agravo de Instrumento para expurgar do *decisum* guerreado a porção que anulou os atos praticados pela Diretoria composta em 21-9-09; e

b) de ofício, confere-se ao Conselho Provisório de Administração constituído nos autos n. 015.09.004466-0, da 1ª Vara Cível da Comarca de Canoinhas, a função e o poder de administração encartados nos arts. 140 e seguintes da Lei n. 6.404/76, pelo prazo de 60 (sessenta) dias, lapso no qual a Assembléia Geral deverá reunir-se extraordinariamente para eleger nova Diretoria, passando, por óbvio, o Conselho Provisório de Administração a exercer tão somente as funções para as quais originariamente foi constituído.

Comunique-se ***imediatamente e em caráter de urgência*** o Juízo *a quo*.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. José Inácio Schaefer e Altamiro de Oliveira.

Florianópolis, 31 de maio de 2011.

Carstens Köhler
RELATOR

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2008.074841-0, de Itajaí

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL. *DEMURRAGE*. MAGISTRADO *A QUO* QUE JULGA PROCEDENTES OS PLEITOS VAZADOS NA EXORDIAL. IRRESIGNAÇÃO DA DEMANDADA.

PREFACIAL DE NULIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL GUERREADA SOB O FUNDAMENTO DE QUE O ESTADO-JUIZ DE ORIGEM ANCOROU-SE NA CONVENÇÃO DE BRUXELAS DE 1924, QUE O BRASIL, APESAR DE SIGNATÁRIO, NÃO RATIFICOU. INOCORRÊNCIA. JULGADOR QUE SEQUER UTILIZOU ESSE DIPLOMA LEGAL COMO PARÂMETRO PARA CERTIFICAR À DEMANDANTE O DIREITO RECLAMADO. PRELIMINAR NATIMORTA.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NECESSIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE UMA DAS PARTES COMO DESTINATÁRIO FINAL. EXEGESE DO ART. 2º DO SUSO APONTADO DIPLOMA LEGAL. ENFOQUE DA *QUAESTIO* CONSOANTE A TEORIA FINALISTA ATENUADA. IMPRESCINDIBILIDADE DE OBSERVÂNCIA DA INTERESSADA CONFORME SUA VULNERABILIDADE NO MERCADO. RECORRENTE QUE POSSUI COMO OBJETO SOCIAL A IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE MERCADORIAS. PRODUTO QUE SE INSERE NA SUA CADEIA NEGOCIAL COMO SENDO “MEIO”. CASUÍSTICA QUE NÃO SE ENCONTRA SOB O MANTO DO PERGAMINHO CONSUMERISTA.

CONTRATO DE ADESÃO. NEGÓCIO JURÍDICO ENTABULADO COMO SENDO FORMULÁRIO. OBSERVÂNCIA AOS ARTS. 423 E 424 AMBOS DO CÓDIGO CIVIL.

INOCORRÊNCIA DE EXCESSIVIDADE DO VALOR COBRADO A TÍTULO DE SOBRE-ESTADIA. INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 157 DO CÓDIGO CIVIL, QUE AÇAMBARCÁ A TEORIA DA LESÃO. INTERESSADA QUE NÃO SE MOSTRA INEXPERIENTE NO RAMO DE IMPORTAÇÃO, PORQUANTO ESSE É UM DE SEUS OBJETOS SOCIAIS, ALÉM DE QUE NÃO RESTOU COMPROVADA A PREMENTE NECESSIDADE. ÔNUS QUE LHE INCUMBIA. ART. 333, INCISO II, DO CÓDIGO BUZAID. DEMANDANTE QUE, ADREDAMENTE, LEVOU AO CONHECIMENTO DA RECORRENTE A FRANQUIA DE 10 (DEZ) DIAS DE ESTADIA DOS CONTAINERS NO PORTO, ALÉM DE TER APONTADO CRISTALINAMENTE O VALOR DIÁRIO DA *DEMURRAGE*. DEMANDADA QUE DEU CAUSA AO MONTANTE COBRADO EM RAZÃO DA NÃO DEVOLUÇÃO DOS CONTAINERS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA.

ADITAMENTOS INCIDENTES SOBRE O VALOR PERSEGUIDO NA LIDE. ESTADO-JUIZ *A QUO* QUE ESTIPULOU O CÔMPUTO DE CORREÇÃO MONETÁRIA DESDE A DATA DA PETIÇÃO INICIAL E JUROS MORATÓRIOS DE 1% A CONTAR DA CITAÇÃO. MATÉRIAS JÁ DEFINIDAS NA ORIGEM E NÃO DEVOLVIDAS A ENFOQUE A ESTA CORTE. PRECLUSÃO. LACUNA QUANTO AO ÍNDICE DE RECOMPOSIÇÃO DO PODER DE COMPRA DA MOEDA E PERIODICIDADE DE COBRANÇA DOS JUROS DE MORA. PERMISSIVIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO DE OFÍCIO DA SENTENÇA NESSES ASPECTOS, PORQUANTO DECORRENTE DE LEI. CORREÇÃO MONETÁRIA QUE DEVE OBSERVAR A VARIAÇÃO DO INPC/IBGE. PROVIMENTO N. 13/95 DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DESTE

AREÓPAGO. JUROS MORATÓRIOS LIMITADOS EM 1% QUE POSSUEM EXIGÊNCIA MENSAL. EXEGESE DOS ARTS. 406 DO CÓDIGO CIVIL E 161, § 1º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

SUCUMBÊNCIA. TUTELA JURISDICIONAL PROFLIGADA QUE SE MANTEVE INCÓLUME. RECORRENTE QUE PERMANECE LETÁRGICA EM PLEITEAR PELA MODIFICAÇÃO DESSE ÔNUS. ASSUNTO QUE SE INSERE NO ÂMBITO DE DISPOSIÇÃO DA INTERESSADA. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DISPOSITIVO E INÉRCIA DA JURISDIÇÃO. VERBA QUE PERMANECE TAL QUAL VAZADA NA ORIGEM.

RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.074841-0, da 2ª Vara Cível da Comarca de Itajaí, em que é apelante Keywest Trade Importação e Exportação Ltda. – ME, e apelada Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, rejeitar a preliminar e desprover o Apelo; e, de ofício, balizar o índice de correção monetária e demarcar a periodicidade de incidência dos juros de mora. Custas legais.

RELATÓRIO

Keywest Trade Importação e Exportação Ltda. – ME interpôs Apelação (fls. 319-335) em face da sentença prolatada pelo Magistrado *a quo* (fls. 288-292; 303 e 306-310) que, nos autos da ação de cobrança n. 033.06.011095-6, proposta por Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG, julgou procedentes os pleitos vazados na exordial para: a) condenar a Requerida no pagamento de R\$ 57.162,00 (cinquenta e sete mil, cento e sessenta e dois reais), aditados de correção

monetária desde 20-7-06 e juros legais de 1% a contar da citação, que ocorreu em 27-10-06, e, também, das prestações vincendas no curso da lide e das que se vencerão enquanto perdurar a obrigação de entrega dos containers SUDU-561353-4 e POCU-122657-1; e b) impor à Demandada o custeio das despesas processuais e verba honorária fixada em 15% sobre o valor da condenação.

A Interessada, nas razões recursais, sustentou a inviabilidade de o Julgador de origem ancorar-se na Convenção de Bruxelas, vez que, apesar de o Brasil ser signatário, não a ratificou, motivo pelo qual sobressai a afronta aos arts. 5º, § 2º, 49, inciso I, e 84, inciso VIII, todos da “Carta da Primavera”; a configuração de relação de consumo, o que autoriza a incidência do Pergaminho Consumerista; a caracterização do contrato de transporte marítimo como sendo de adesão; e a abusividade do valor da *demurrage*, porquanto um container pode ser adquirido por R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Ao final, rogou pela acolhida do Recurso.

Intimada a Adversa, ofertou suas contrarrazões (fls. 342-363), atacando os termos devolvidos a enfoque a esta Corte.

Empós, vieram os autos a este Areópago.

É o necessário escorço.

VOTO

1 Dos prolegômenos

As Contendoras entabularam contrato de transporte marítimo internacional (fl. 32), cujas mercadorias desembarcaram de Houston – EUA, com chegada no Porto de Itajaí em 29-7-05 (fl. 73).

A propósito, consta de forma clarividente no conhecimento de embarque (fl. 32) que a responsabilidade pela devolução dos containers e pelo custeio de eventuais despesas é da alçada exclusiva da Recorrente. Veja-se:

1. DEFINIÇÕES

b) “Despesas” quer dizer frete, frete morto, sobrestadia e todas as despesas e obrigações pecuniárias incorridas e a pagar pelo Negociante.

[...] e) “Negociante” quer dizer a embarcadora, consignatária, recebedora, titular deste Conhecimento de Embarque [...] todos eles conjunta ou separadamente responsáveis perante a Transportadora pelo pagamento das Despesas, e pelo cumprimento das obrigações delas em função deste Conhecimento de Embarque.

(fls. 41-42).

Também:

(e) Se o Container que for utilizado pertencer à Transportadora, ou dela for arrendado, e até que seja devolvido a custódia da Transportadora, o Negociante será e permanecerá responsável, aos preços de tarifa, por atraso havido além do permitido para o uso do Container, e por perda, dano ou despesa incorridos pela Transportadora pelo Container não ter sido devolvido à Transportadora no mesmo bom estado e condição de limpeza do que quando tenha sido recebido pela Negociante, ou por parte dele, mesmo que estado gerado pelas Mercadorias não se manifeste na ocasião e/ou resultar em perda, dano, ou despesas posteriores.

(f) O Negociante concorda em ser responsabilizado por todas as despesas de qualquer natureza incorridas enquanto as Mercadorias e os Containers estiverem na custódia da Transportadora ou de transportadora Participante, ou de seus agentes ou empregados, inclusive, dentre outros, reparos, recondicionamento, sobrestadia pelas tarifas da Transportadora, detenção, multa e impostos [...].

(fl. 53).

Ainda:

O Negociante permanecerá responsável por todas as Despesas, independentemente do Conhecimento de Embarque estar marcado, em palavras ou símbolos “Pago!”, “A Pagar”, ou “A Cobrar”.

(fl. 62).

O fato é que os containers SUDU-561353-4 e POCU-122657-1, cuja destinatária é a Recorrente (consignatária e importadora das mercadorias), possuíam o prazo de franquia de 10 (dez) dias para devolução, sob pena de cobrança de sobre-estadia de US\$ 40,00 (quarenta dólares americanos) por dia e por unidade (fl. 75).

E, apesar de os containers terem desembarcado em Itajaí-SC em 29-7-05 (fl. 73), computados os 10 (dez) dias de franquia (fl. 75), tem-se que eles deveriam ter sido devolvidos em 8-8-05.

Entrementes, a Demandada não os enviou à Transportadora até a presente data, motivo pelo qual a Interessada pretende que o Poder Judiciário a compila a lhe pagar a quantia de R\$ 57.162,00 (cinquenta e sete mil, cento e sessenta e dois reais) (fl. 109) a título de *demurrage* referente ao período de 14-8-05 a 26-6-06 (fls. 79-106), além das prestações que se venceram no curso da lide por conta da sobre-estadia e daquelas que se vencerão até o cumprimento da obrigação.

É com base nesse cenário fático que o Estado-Juiz *a quo* julgou:

PROCEDENTE o pedido de cobrança e condeno a demandada ao pagamento: a) da importância de R\$ 57.162,00 (cento e cinquenta e sete mil cento e sessenta e dois reais), acrescidas de correção monetária com incidência da data da petição inicial (20.07.06) e juros legais de 1% a contar da citação (27.10.06), incluindo na referida condenação as prestações vencidas no curso regular do feito e as vincendas enquanto perdurou a obrigação [...].

(fls. 292 e 314).

2 Da preliminar

Ab initio, impende destacar que a *quaestio* afeta à legitimidade passiva *ad causam* já foi enfrentada na origem (fl. 289) e, sobre esse aspecto, a Interessada não devolveu o seu conhecimento a este Areópago, motivo pelo qual, ficando-se nos princípios da devolutividade recursal e inércia da jurisdição, esse assunto não será novamente enfrentado.

Isso se deve ao fato de que, apesar de a matéria – legitimidade – tratar-se de tema de ordem pública, o que permite sua análise a qualquer tempo e grau de jurisdição, uma vez definido o assunto, deve o interessado desafiar-lo em recurso próprio e tempo oportuno, sob pena de preclusão temporal. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL – BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – NOVO PLEITO – PRECLUSÃO – LEI 1.060/50.

[...] 2. O benefício pode ser requerido a qualquer tempo e fase processual, não estando sujeito, portanto, à preclusão. Contudo, formulado e indeferido o pedido, sem que a parte tenha recorrido da decisão, somente a alteração da situação financeira do requerente autoriza novo pleito.

3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido.

[...] De fato, o Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha de entendimento do STF, tem considerado, para a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita, suficiente a declaração, feita pelo interessado, de que sua situação econômica não permite vir a juízo sem prejuízo de seu sustento e de sua família.

Registre-se que o pedido pode ser formulado a qualquer tempo e fase processual, não ocorrendo a preclusão se não requerido o benefício na inicial. Contudo, negado uma vez o pleito por não-preenchimento dos requisitos legais necessários, somente a alteração da situação fática autoriza sua reanálise.

Da doutrina colhe-se os seguintes ensinamentos:

A Lei permite que a impugnação seja oferecida “em qualquer fase da lide”. No que diz respeito ao desaparecimento da condição de carente

no curso do processo, fica claro o sentido da permissão. Quanto à possibilidade de, a qualquer tempo, oferecer impugnação motivada na inexistência, desde o princípio, da condição do beneficiário, esta se justifica na medida em que a parte contrária pode não conhecer com precisão a condição econômica do requerente da gratuidade, de modo que, vindo a descobrir posteriormente fatos que demonstram existência de situação econômica avantajada, possa impugnar fundamentadamente a concessão do benefício. **Não é certo, porém, afirmar que o tema não esteja sujeito à preclusão. Feita a impugnação e rejeitada pelo Juiz, deve o impugnante, se quiser rever a decisão, oferecer o recurso cabível. Não recorrida a decisão, opera-se a preclusão, restando apenas a possibilidade de nova impugnação fundada na posterior perda da condição de carente que, por basear-se em fato superveniente, não pode ser coberta pela preclusão. É vedado, contudo, oferecer nova impugnação renovando-se os mesmos argumentos que foram rejeitados anteriormente.**

(Augusto Tavares Rosa Marcacini *in* Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita, Ed. Forense, 1ª ed., 2ª tiragem, 2001, RJ, p. 101).

(REsp 723751/RS, Rel. Mina. Eliana Calmon, j. 19-6-07, negritos no original).

Noutro giro, em relação à prefacial de que a tutela profligada está eivada de nulidade por afronta aos arts. 5º, § 2º, 49, inciso I e 84, inciso VIII, todos da “Carta da Primavera”, sob o escopo de que o Magistrado de origem pautou-se na Convenção de Bruxelas de 1924, que o Brasil, apesar de ser signatário, não a ratificou, não merece prosperar.

Exsurge até da leitura perfunctória da sentença guerreada (fls. 288-292; 303 e 306-310), exsurge que esse Diploma Legal sequer serviu como parâmetro utilizado pelo Julgador *a quo* para conferir o direito reclamado pela Interessada.

Por clarividência, a proemial exsurge natimorta.

3 Do mérito recursal

3.1 Da não aplicação do Pergaminho Consumerista

O art. 2º do citado Digesto giza que:

Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Ainda, o seu art. 3º encarta a regra de que:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

A discussão vertente nos autos quanto à aplicabilidade do Pergaminho Consumerista cinge-se ao termo “destinatário final”, utilizado no *caput* do art. 2º supracitado.

Sobre esse assunto, existem três teorias acerca do termo consumidor final: a) finalista; b) maximalista; e c) finalista atenuada.

A teoria finalista, de interpretação subjetiva, restringe a figura do consumidor àquele que adquire ou utiliza o produto para uso próprio e de sua família.

Já a teoria maximalista, de interpretação objetiva, defende que destinatário final é aquele que retira o produto do mercado e o utiliza, atribuindo-se o termo em sua forma mais extensa possível.

Finalmente, a interpretação finalista atenuada ou aprofundada, conjuga o consumidor final conforme sua vulnerabilidade no mercado.

Nessa esteira, a festejada jurista de escol Cláudia Lima Marques ensina:

Interpretação finalista aprofundada: [...] parece-me uma tendência nova entre a jurisprudência, concentrada na noção de consumidor final imediato (*Endverbraucher*) e de vulnerabilidade (art. 4º, I), que poderíamos denominar finalismo aprofundado. Observando-se o conjunto de decisões de 2003, 2004 e 2005, parece-me que o STJ apresenta-se efetivamente mais ‘finalista’ e executando uma interpretação do campo de aplicação e das normas do CDC de forma mais subjetiva quanto ao consumidor, porém, mais finalista e aprofundada e madura, que deve ser saudada. De um lado, a maioria maximalista e objetiva restringiu seu ímpeto; de outro, os finalistas aumentaram seu subjetivismo, mas relativizaram o finalismo permitindo tratar de casos difíceis de forma mais diferenciada. [...] Ou, de forma semelhante ao caso francês do sistema de alarme, uma empresa de alimentos contrata serviços de informática, que não serão usados em sua linha de ‘produção’ a não ser indiretamente, e a jurisprudência tente a considerar estes usuários mistos, ou consumidores finais diretos, como consumidores, uma vez que a interpretação da dúvida sobre a destinação final e sobre sua caracterização é resolvida, de acordo com os arts. 4º, I e 47 do próprio CDC, a favor do consumidor. Esta nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica comprovada ser vulnerável e atua fora do âmbito de sua especialidade, como hotel que compra gás.

(*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 85).

Corroborando a tese acima esmiuçada, a Corte da Cidadania proclamou:

Direito do Consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa Jurídica.

Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29).

Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de tratos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto.

- A relação jurídica qualificada por ser ‘de consumo’ não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro.

- Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo.

- São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas.

- Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal).

Recurso especial não conhecido.

(REsp 476428/SC, Rel. Mina. Nancy Andriighi, j. 19-4-05).

Do aresto acima transcrito, extrai-se:

Recentemente, a Segunda Seção deste STJ superou discussão acerca do alcance da expressão “destinatário final”, constante do art. 2º do CDC, consolidando a teoria subjetiva (ou finalista) como aquela que indica a melhor diretriz para a interpretação do conceito de consumidor.

Segundo a teoria preferida, a aludida expressão deve ser interpretada restritivamente. Com isso, o conceito de consumidor deve ser subjetivo, e entendido como tal aquele que ocupa um nicho

específico da estrutura de mercado – o de ultimar a atividade econômica com a retirada de circulação (econômica) do bem ou serviço, a fim de consumi-lo, de forma a suprir uma necessidade ou satisfação eminentemente pessoal.

Para se caracterizar o consumidor, portanto, não basta ser, o adquirente ou utente, destinatário final fático do bem ou serviço: deve ser também o seu destinatário final econômico, isto é, a utilização deve romper a atividade econômica para o atendimento de necessidade privada, pessoal, não podendo ser reutilizado, o bem ou serviço, no processo produtivo, ainda que de forma indireta.

Nesse prisma, a expressão “destinatário final” não compreenderia a pessoa jurídica empresária.

Por outro lado, a jurisprudência deste STJ, ao mesmo tempo que consagra o conceito finalista, reconhece a necessidade de mitigação do critério para atender situações em que a vulnerabilidade se encontra demonstrada no caso concreto.

Isso ocorre, todavia, porque a relação jurídica qualificada por ser ‘de consumo’ não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. Porque é essência do Código o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado, princípio-motor da política nacional das relações de consumo (art. 4º, I).

Em relação a esse componente informador do subsistema das relações de consumo, inclusive, não se pode olvidar que a vulnerabilidade não se define tão-somente pela capacidade econômica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda ser vulnerável pela dependência do produto; pela natureza adesiva do contrato imposto; pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável; pela extremada necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, dentre outros fatores.

Por isso mesmo, ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para

admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo, isto é, a relação formada entre fornecedor e consumidor vulnerável, presumidamente ou não. Cite-se, a respeito, recente precedente da 4ª Turma, pioneira na adoção do critério finalista: o Resp. 661.145, de relatoria do Min. Jorge Scartezzini, julgado em 22/02/2005, do qual transcrevo o seguinte excerto, porque ilustrativo:

‘Com vistas, porém, ao esgotamento da questão, cumpre consignar a existência de certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente e desde que demonstrada *in concreto* a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor a determinados consumidores profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais. Quer dizer, não se deixa de perquirir acerca do uso, profissional ou não, do bem ou serviço; apenas, como exceção, e à vista da hipossuficiência concreta de determinado adquirente ou utente, não obstante seja um profissional, passa-se a considerá-lo consumidor.’

[...] De fato, os critérios jurisprudenciais têm avançado no sentido de se reconhecer a necessidade de mitigar o rigor excessivo do critério subjetivo do conceito de consumidor, para permitir, por exceção, a equiparação e a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários. Superada a questão da “destinação final” do produto, agora a jurisprudência é incitada à formação das diretrizes para o reconhecimento da vulnerabilidade ou da hipossuficiência (aspecto processual) no caso concreto.

Por outro lado, o CDC equipara a consumidor tanto as pessoas vítimas do fato do produto ou serviço (art. 17), bem como aquelas vítimas das práticas comerciais abusivas ou contrárias às políticas de consumo delineadas no Código (art. 29).

[...] Com essas considerações, seja por reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa jurídica empresária, em face da suprema necessidade do bem para o exercício da atividade hoteleira (vulnerabilidade fática), da natureza adesiva do contrato de compra e venda estabelecido (vulnerabilidade jurídica), e da impossibilidade de extração total do produto dos botijões (vulnerabilidade técnica); ou seja por equiparação, em razão da exposição da sociedade

empresária às práticas comerciais abusivas, o CDC deve ser aplicado à hipótese, ainda que por fundamentos diversos daqueles esposados pelo acórdão recorrido.

Tanto esta relatoria quanto esta Corte de Justiça defendem a teoria finalista atenuada, conforme se verifica pelos seguintes acórdãos: Apelações Cíveis ns. 2007.019940-1, j. 12-7-07; e 2007.019939-1, j. 12-7-07, ambos da relatoria do Des. Anselmo Cerello.

De mais a mais, um dos principais objetivos do mencionado Diploma Legal consiste na proteção do hipossuficiente em decorrência de sua vulnerabilidade, cuja finalidade, nos termos da Política Nacional das Relações de Consumo, é resguardar os interesses econômicos e a harmonização dos negócios consumeristas.

Balizando-se nessas premissas, *in casu*, tem-se que a prestação de serviço cinge-se no fato de que a Requerente é a transportadora dos produtos adquiridos pela empresa Delquímica Comercial Ltda., sendo que a Apelante é a importadora dessa mercadoria (fl. 32).

Ademais, confira-se o objeto social da Recorrente: “art. 3º – A sociedade tem por objetivo social as seguintes atividades: **importação e exportação**”. (fl. 162, destaques no original).

Dessarte, em decorrência de o produto da relação negocial entre as Partes – transporte de importação – ter sido inserido diretamente na cadeia de produção da Apelante, vez que seu ramo mercadológico consiste em importação e exportação de mercadorias, tem-se a sua não caracterização como consumidor final, nos termos da teoria finalista atenuada, motivo pelo qual o Pergaminho Consumerista não incide no presente caso.

3.2 Da caracterização do contrato como de adesão

Enfocando-se a avença entabulada entre as Contendoras (fl. 32), tem-se que se trata de negócio jurídico do tipo formulário, o que o caracteriza como sendo contrato de adesão.

Em razão disso, a *quaestio* a ser deslindada por esta Corte, apesar de não ser aplicável o Pergaminho Consumerista, deverá, sobretudo, atentar-se às regras encartadas nos arts. 423 e 424 do Código Civil, que gizam:

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

3.3 Da inoccorrência de excesso do valor da *demurrage*

A Interessada pretende fazer crer que o *quantum* almejado pela Adversa em razão da sobre-estadia dos 2 (dois) containers se mostra excessivo sob o fundamento de que, conforme consulta realizada na *internet* – site buscapé – é possível adquirir um container refrigerado por R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), ao passo em que a Apelada persegue a quantia de R\$ 57.162,00 (cinquenta e sete mil, cento e sessenta e dois reais), além das prestações que se venceram na lide e as que se vencerão até o cumprimento da obrigação.

Como se vê, a Insurgente se ancora na teoria da lesão, que se encontra no art. 157 do Código Civil:

Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

Sobre o assunto, leciona Mário Benhame:

A lesão faz-se, também, presente, a rigor, nos negócios jurídicos eivados de outros vícios, como erro, ignorância, dolo, simulação, fraude, em que a parte que sofreu gravame, por causa deles exteriorizou sua vontade viciada.

Admitir-se a lesão, juridicamente, sem ter como causa um vício de consentimento, seria aniquilar os princípios fundamentais do direito contratual. Daí concluirmos que tal vício está implícito em todos os outros defeitos do negócio jurídico, pelo que sua consideração isolada seria desnecessária.

As figuras destacadas nos dispositivos são “premente necessidade” e “inexperiência”. É evidente que se a outra parte contratante se vale dessa extrema necessidade ou inexperiência para levar vantagem, o faz de má-fé e contra os bons costumes.

Nota: A lesão é vício do consentimento que implica na manifestação volitiva em razão de premente necessidade ou inexperiência, cujo efeito é a assunção de prestação manifestamente desproporcional (CC, art. 157).

(CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; JUNIOR, Luiz Antônio Scavone; TALAVERA, Glauber Moreno. [coord.] *Comentários ao código civil artigo por artigo*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 245).

Diante desses termos, exsurge com clareza solar que o enfoque da prestação sob a ótica da sua desproporcionalidade deve ocorrer sob a égide do vício de vontade na entabulação do negócio jurídico por conta de inexperiência ou premente necessidade.

Ocorre que, tanto em relação a um aspecto – inexperiência – quanto em relação ao outro – premente necessidade – mostra-se inviável o acolhimento da tese recursal.

Acerca do requisito inexperiência, é insustentável que a Recorrente tenha firmado a avença com a Demandante sem ter o exato conhecimento dos termos de restituição dos containers no prazo de 10 (dez) dias sob pena de custeio de *demurrage*, vez que importação e exportação consistem o seu ramo de atividade (fl. 162), além de que essa situação lhe foi levada a conhecimento de forma hialina (fl. 75).

Já noutro aspecto, quanto à condição de premente necessidade, a Interessada sequer comprovou sua ocorrência – art. 333, inciso II, do Código Buzaid.

Allegatio et non probatio, quasi non allegatio.

Noutro giro, não há como se fincar no aspecto de excessividade ou desproporcionalidade do valor da sobre-estadia exigida pela Recorrida, ademais porquanto essa situação – não devolução dos containers – se deu por conta de omissão provocada pela própria Apelante.

Ou seja: a parte não pode se beneficiar de situação a que deu azo. Ou, melhor dizendo, é vedado ao interessado beneficiar-se da própria torpeza.

Dessarte, deflagrada no caderno processual a responsabilidade da Demandada (fls. 41, item “1”, alínea “b”; 53, alíneas “e” e “f”; e 62), a adrede ciência de que a franquia de estadia dos containers no porto seria de 10 (dez) dias, sob pena de custeio de *demurrage* de U\$ 40,00 (quarenta dólares) por dia e unidade (fl. 75), a prova de desembarque do navio no Porto de Itajaí em 29-7-05 (fl. 73), e a não devolução dos containers até a presente data à Transportadora, deve a Apelante suportar as prestações já vencidas, as que se venceram no curso da lide e aquelas que se vencerão até o cumprimento da obrigação – art. 290 do Código Buzaid.

De mais a mais, acerca dos aditamentos incidentes sobre o *quantum*, o Julgador *a quo* determinou o cômputo de correção monetária a contar

da data da petição inicial (20-7-06) e juros legais de 1% desde a citação (27-10-06).

Acerca dos marcos temporais, que já foram definidos na origem, inocorreu a devolutividade do tema a esta Corte, motivo pelo qual recai sobre eles a preclusão.

Já noutro giro, apesar de ter sido estipulada a aplicação de correção monetária, o Estado-Juiz de origem ficou em silêncio em demarcar o índice aplicável, além de que, em relação aos juros moratórios, em que pese tê-los balizado em 1%, não informou a periodicidade de sua incidência.

Como se vê, tratando-se de temas de ordem pública e ainda não definido na lide, é possível que este Areópago os analise de ofício, vez que esse proceder decorre de lei.

Por derradeiro, a correção monetária deverá observar a variação do INPC/IBGE – Provimento n. 13/95 da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina – bem como os juros moratórios de 1% devem ser cobrados mensalmente – art. 406 do Código Civil, combinado com o art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

4 Da sucumbência

Apesar da complementação da sentença quanto aos aditamentos incidentes sobre o montante condenatório, esse proceder se deu de ofício, além de que o Apelo ficou integralmente inacolhido.

Enfocando-se as razões recursais, vê-se que a Interessada ficou inerte em rogar pelo enfoque da sucumbência, motivo pelo qual, intacta a solução jurídica vazada na origem, ancorando-se nos princípios dispositivo e inércia da jurisdição, esse ônus queda-se tal qual marcada pelo Julgador *a quo*.

É o quanto basta.

DECISÃO

Ante o exposto, por unanimidade:

- a) rejeita-se a preliminar e nega-se acolhida ao Apelo; e
- b) de ofício, estipula-se o INPC/IBGE como fator de recomposição do poder de compra da moeda e demarca-se que os juros moratórios de 1% sejam computados mensalmente, ambos sobre o *quantum* ao qual a Demandada foi condenada.

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, 21 de junho de 2011.

Carstens Köhler
RELATOR

Apelação Cível n. 2010.082063-0, de Blumenau

Relator: Des. José Inácio Schaefer

FRANQUIA. Rescisão contratual cumulada com perdas e danos. Reconvenção. Ilegitimidade ativa na demanda principal. Ação movida por pessoa jurídica pleiteando direitos do sócio administrador. Extinção sem resolução do mérito. Insurgência. Cessão tácita de direitos do sócio à empresa. Instrumentalidade processual. Razoabilidade. Pertinência subjetiva no polo ativo caracterizada. Sentença desconstituída. Exame dos demais temas debatidos na origem. Ilegitimidade passiva de associação sem fins lucrativos. Entidade que promove o sistema de franquias em âmbito nacional. Teoria da causalidade direta ou imediata. Ausência de nexo causal entre a conduta e o dano alegado. Ilegitimidade passiva da sociedade empresária intermediária. Responsabilidade extracontratual objetiva. Exclusão. Fatos decorrentes exclusivamente da conduta de terceiro. Demanda extinta com relação a estas. Exame do mérito. Entrega de mercadorias em quantidade inferior ao previsto em plano de negócio. Falta de assistência técnica. Impossibilidade material de alcançar os resultados projetados. Inadimplemento contratual da franqueadora configurado. Cláusula penal compensatória devida. Perdas e danos. Cumulação inviável. Taxa de franquias englobada na multa contratual. Falta de prova de prejuízo superior. Sucumbência. Redistribuição. Recurso provido para desconstituir a sentença e julgar parcialmente procedente a demanda principal e improcedente a reconvenção.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.082063-0, da comarca de Blumenau (1ª Vara Cível), em que é ape-

lante Andrade e Padilha Ltda Me, e apelados L C D Canhoto Cabotagem ME e outros:

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso para desconstituir a sentença e julgar parcialmente procedentes os pedidos iniciais. Custas legais.

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.

Florianópolis, 27 de setembro de 2011

José Inácio Schaefer
RELATOR

RELATÓRIO

Andrade e Padilha Ltda. ME apelou da sentença que julgou extinta, sem resolução de mérito, a ação de rescisão contratual cumulada com perdas e danos que moveu em face de LCD Canhoto Cabotagem ME, Associação Brasileira de Franchising (ABF) e First Consulting Consultoria de Empresas S/A Ltda., sustentando ser parte legítima para mover a demanda, motivo pelo qual pediu a desconstituição do julgado, para que seja apreciado o mérito, declarando rescindido o contrato de franquia firmado com a primeira apelada e condenando-a na cláusula penal estipulada, bem como as demais apeladas nas perdas e danos a que deram causa (fls. 898/917).

Recebido o recurso no duplo efeito legal (fl. 921) a primeira e a terceira apeladas ofertaram contrarrazões, pedindo a manutenção da sentença (fls. 924/936 e 939/941), enquanto a segunda deixou o prazo concedido fluir sem manifestação.

VOTO

Após longo trâmite processual, iniciado em 2006, contemplando oitiva de sete testemunhas – algumas delas inquiridas por ato deprecado às Justiças paulista e mato-grossense, a demanda foi extinta, sem resolução do mérito, com base na ilegitimidade ativa (art. 267, VI, do CPC).

O fundamento da sentença foi o fato de a empresa Andrade e Padilha Ltda. ME ter integrado o polo ativo, embora do contrato de franquia, cuja rescisão é objeto da demanda, tenha constado como franqueado o sócio Alcenir Padilha.

A apelante sustentou ter assumido as responsabilidades de seu sócio, conforme disposição expressa no contrato de franquia. Destacou, ainda, tratar-se de empresa familiar, constituída entre marido e mulher, e que todos os atos relativos à franquia foram por ela praticados, após a aquisição de sua personalidade jurídica. Tanto seria assim, que as demandas declaratória de inexistência de débito e cautelar relacionadas com duplicata decorrente do ajuste em causa foram promovidas em nome da pessoa jurídica e julgadas procedentes, sem que se cogitasse de ilegitimidade ativa. Por esses argumentos, pediu a desconstituição da sentença, para que seja analisado o mérito da causa (fls. 899/901).

A pessoa jurídica demandante possui como sócios Alcenir Padilha e Judite Teixeira de Andrade Padilha, marido e mulher. O varão firmou o contrato de franquia em exame na condição de franqueado, tendo constado do respectivo instrumento:

O Franqueado constituirá Personalidade Jurídica cujo objeto será exclusivamente a exploração do Sistema de Negócios Cabotagem, na qual o Franqueado deverá deter participação mínima de 50% (cinquenta por cento) do capital social e exercer sua gerência e administração.

O Franqueado deverá apresentar à Cabotagem o Contrato Social da sociedade constituída, devidamente registrada na Junta Comercial

e demais Documentos Legais, tais como Cartão CNPJ, DECA e Inscrição Municipal, no prazo de 90 (noventa) dias.

Todos os sócios atuais ou que venham a integrá-lá, deverão garantir conjunta e solidariamente, o cumprimento das obrigações da sociedade constituída e dos termos deste contrato, e também não utilizar, em hipótese alguma o estoque de mercadorias para realizar operações de Penhor Mercantil, ou seja, utilizar o estoque da Franquia para Garantir eventuais dívidas da empresa ou das pessoas físicas dos sócios (cláusula terceira, fl. 178).

A fim de cumprir com essa disposição, foi registrada a segunda alteração contratual da sociedade limitada ACP – Software e Tecnologia Ltda. ME, cujos sócios são o franqueado e sua esposa, passando a sociedade a ostentar a firma social e o nome empresarial “Andrade e Padilha Ltda. ME”. No objeto social, foi incluído o “comércio varejista de confecção e acessórios de moda masculina”, ramo de atuação da franqueadora. No que diz com as obrigações sociais, o franqueado e sua cômjuge constaram como detentores da totalidade das quotas (50% cada), sendo o primeiro designado administrador, tudo em conformidade com o contrato de franquia (fls. 36/38).

Não se ignora que a personalidade jurídica da sociedade empresária não se confunde com a de seus sócios. Entretanto, necessário ressaltar o aspecto finalístico da norma, cujo intuito é justamente proteger os sócios, e não impedir o exercício de seus direitos. A doutrina explica:

Sendo a pessoa jurídica nada mais do que uma técnica de separação patrimonial, se o controlador, que é o maior interessado na manutenção deste princípio, descumpre-o na prática, não se vê bem porque os juizes teriam de respeitá-lo, transformando-o em uma regra puramente unilateral (COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, São Paulo: RT, 1976, p. 362).

Ora, como o franqueado é administrador da apelante, seus atos materializam a vontade desta, notadamente no caso em tela, porque ausente disposição em sentido diverso no contrato social. A legislação vigente dispõe

que “obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo” (art. 47 do Código Civil). Logo, o ajuizamento da demanda pela pessoa jurídica, pleiteando direitos de seu sócio-administrador, revelou a cessão tácita destes àquela. Precedente em caso análogo:

COMINATÓRIA. INDENIZAÇÃO. PRIVILÉGIO DE INVENTO AINDA NÃO RECONHECIDO. LEGITIMIDADE. AÇÃO MANEJADA PELA PESSOA JURÍDICA DE QUE O INVENTOR É SÓCIO MAJORITÁRIO. CABIMENTO. NÃO REPUGNA A RAZOABILIDADE E A INSTRUMENTALIDADE QUE A AÇÃO COMINATÓRIA CUMULADA COM PERDAS E DANOS, SEJA ACIONADA PELA EMPRESA DE QUE O INVENTOR É SÓCIO MAIORITÁRIO E GERENTE, POR CESSÃO TÁCITA DOS DIREITOS. APELAÇÃO PROVIDA. (TJRS - Apelação Cível nº 596254292, Terceira Câmara Cível, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 20.11.1997)

Ademais, a teor do princípio da instrumentalidade, o processo é meio para a satisfação dos direitos materiais das partes. Segundo leciona a doutrina, a instrumentalidade tem como escopo

forçar o operador jurídico a perceber que as regras processuais não de ser interpretadas e aplicadas de acordo com a sua função, que é a de emprestar efetividade às regras do direito material (DIDIER JÚNIOR., Fredie. Direito Processual Civil: Tutela jurisdicional individual e coletiva. 5. ed. Salvador: JusPODIVUM, 2005, p. 580).

Tampouco seria razoável desperdiçar todos os atos realizados e exigir o ajuizamento de nova demanda, cujo resultado prático seria apenas a alteração do polo ativo, sem outras consequências dignas de nota na esfera dos direitos materiais das partes.

Diante disso, com fundamento na interpretação finalística da regra da autonomia da pessoa jurídica, na instrumentalidade processual e no princípio da razoabilidade, reconheço a legitimidade da apelante para integrar o polo ativo da demanda.

Ante o exposto, o recurso é acolhido para desconstituir a sentença. Em face disso, e estando a causa madura para tanto, passo a análise das questões não decididas na origem, na forma do art. 515, §§ 1º e 3º, do Código de Processo Civil.

Associação Brasileira de Franchising e First Consulting Consultoria de Empresas S/A Ltda., respectivamente segunda e terceira demandadas (ora apeladas), arguíram serem partes ilegítimas para integrar o polo passivo da demanda.

No que diz com a segunda apelada, esta argumentou ser pessoa jurídica sem fins lucrativos, cujo objetivo seria promover o sistema de franquia em âmbito nacional, não possuindo, portanto, qualquer relação com os fatos alegados.

O apelante sustentou que a responsabilidade desta seria objetiva, e decorreria da má prestação do serviço, nos termos dos arts. 3º e 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Segundo constou do seu estatuto social, a Associação Brasileira de Franchising (ABF) tem por objetivos:

Divulgar o sistema de franquia empresarial e seus benefícios no Brasil;

Promover a defesa do sistema de *franchising* junto às autoridades governamentais, órgãos públicos, entidades e associações de classe, e formadores de opinião;

Promover o aprimoramento de técnicas de atuação de seus associados, nos respectivos campos de atividade, através do permanente intercâmbio de informações, dados, ideias e experiências, da elaboração e divulgação de pesquisas, da organização de cursos, palestras, seminários e eventos do gênero, da publicação e divulgação de material de interesse dos que atuam em franchising, e de feiras e convenções no Brasil e no exterior, incentivados ou não, diretamente, pela associação ou por terceiros contratados para este fim;

Pugnar pelo aperfeiçoamento da legislação, doutrina e jurisprudência relativas ao franchising e ramos de direito afins;

Promover a composição e resolução de conflito entre associados e entre estes e terceiros e zelar e promover o comportamento ético pelos membros da associação (artigo 5º, fl. 330).

A segunda apelada não visa ao lucro, motivo por que inviável aplicar a teoria do risco da atividade, seja com base no Código Civil (art. 927, parágrafo único), seja no Código de Defesa do Consumidor (arts. 3º e 14). Logo, incide a regra geral, segundo a qual o dever de indenizar supõe uma conduta culposa – em sentido amplo – do lesante (art. 186 c/c 927, *caput*, do Código Civil).

A apelante alegou que seu sócio administrador procurou a segunda apelada, pois estaria interessado no sistema de franquias, e, na oportunidade, foi-lhe indicada a contratação da franqueadora LCD Canhoto Cabotagem ME, primeira apelada.

Todavia, da documentação acostada pela própria apelante, verifico que a franqueadora foi apresentada pela Cia do Franchising – antiga denominação da First Consulting Consultoria de Empresas S/A Ltda., terceira apelada – a qual afirmou ter recebido “cadastro feito no site da ABF” (fl. 45).

Neste passo, a participação da segunda apelada se limitou a divulgação do sistema de franquias e da manutenção, em portal eletrônico, de cadastro de interessados. Não há prova de que a contratação foi imposta, nem sequer de que tenha ocorrido específica indicação da franqueadora contratada.

A legislação brasileira adotou teoria segundo a qual só há nexo causal quando o dano alegado é causa direta ou imediata da conduta imputada à parte (art. 403 do Código Civil). No caso, o comportamento da segunda apelada não foi bastante para, por si só, ensejar o alegado inadimplemento contratual da franqueadora. Nesse sentido, do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ASSALTO PRATICADO CONTRA MOTORISTA PARADO EM SINAL DE TRÂNSITO. OMISSÃO DO ESTADO EM PROVIDER SEGURANÇA PÚBLICA NO LOCAL NEXO DE CAUSALIDADE. REQUISITO INDISPENSÁVEL. AUSÊNCIA.

1 A imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito).

2 Nesse domínio jurídico, o sistema brasileiro, resultante do disposto no artigo 1.060 do Código Civil/16 e no art. 403 do CC/2002, consagra a teoria segundo a qual só existe o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa.

3 No caso, não há como afirmar que a deficiência do serviço do Estado, que não destacou agentes para prestar segurança em sinais de trânsito sujeitos a assaltos, tenha sido a causa necessária, direta e imediata do ato ilícito praticado pelo assaltante de veículo. Ausente o nexo causal, fica afastada a responsabilidade do Estado. Precedentes do STF e do STJ (REsp 843060/RJ, relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, j. em 15.2.2011).

Portanto, ausente liame direto entre o dano em abstrato e a conduta imputada à Associação Brasileira de Franchising, a preliminar é de ser acolhida em relação a esta.

A First Consulting Consultoria de Empresas S/A Ltda., terceira apelada, sustentou não ter mantido relação com a apelante, agindo em virtude de contrato de representação firmado com a franqueadora. Pleiteou, ainda, fosse a demandante apenada por litigância de má-fé, argumentando que a pretensão em causa caracterizaria abuso de direito.

Embora em relação a ela incida, ao menos em tese, a regra da responsabilidade extracontratual objetiva, nos termos da legislação específica

(art. 14 c/c 17 do CDC), os fatos que geraram o dano a ser indenizado, a teor do quanto foi alegado na inicial, decorreram exclusivamente da conduta da primeira apelada.

A responsabilidade objetiva do prestador de serviço fica excluída, quando comprovada a culpa exclusiva de terceiro (art. 14, § 3º, II, do CDC), logo, a preliminar também é acolhida em relação à terceira apelada.

Quanto ao pedido de apenamento por litigância de má-fé, este será analisado com o mérito da demanda.

Ante o exposto, julgo extinto sem resolução de mérito o processo em relação à Associação Brasileira de Franchising e à First Consulting Consultoria de Empresas S/A Ltda., nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, arcando a apelante com a verba honorária fixada na origem para os respectivos patronos – R\$ 1.500,00 (fl. 896).

No mérito, a apelante pretende a rescisão do contrato de franquia firmado com LCD Canhoto Cabotagem Ltda. ME, com a condenação da franqueadora na cláusula penal prevista no ajuste – R\$ 50.000,00, bem como na devolução da taxa de franquia – R\$ 15.000,00.

Segundo narrou na inicial, a demandante, interessada no sistema de franquias, procurou a Associação Brasileira de Franchising, com intuito de contar com “embasamento técnico seguro”, e esta teria indicado a LCD Canhoto Cabotagem, atuante no ramo de vestuário masculino.

Por meio da Cia. do Franchising, antiga denominação da First Consulting Consultoria de Empresas S/A Ltda., foi apresentada circular de oferta de franquia, acompanhada de plano de negócios prevendo margem de lucro de 100%. O investimento seria de R\$ 262.050,00, dos quais R\$ 135.000,00 seriam financiados. A média mensal de faturamento prevista: R\$ 64.201,00.

Diante das “aparentes garantias do negócio”, firmou, em 10.5.2005, Instrumento Particular de Contrato de Franquia de Uso de Marca e Fornecimento de Produtos. Arcou com o pagamento de taxa de franquia no montante de R\$ 15.000,00, mediante três cheques emitidos por seus representantes legais em favor da First Consulting.

Na sequência, firmou contrato de locação com o Shopping Neumarket, para instalação da loja, ajuste esse negociado pela First Consulting.

Após vultosos gastos, não foi possível a inauguração da loja no prazo previsto, em razão de “equivocos dos projetos arquitetônico e elétrico” realizados por profissionais indicados pela franqueadora. Tampouco foram entregues a tempo os móveis e equipamentos necessários.

Além disso, embora previsto estoque inicial de cerca de R\$ 100.000,00, apenas o equivalente a pouco mais de R\$ 15.000,00 teria sido fornecido, o que teria motivado a suspensão do pagamento das parcelas do financiamento do estoque.

A franqueadora chegou a enviar um representante que sugeriu a contratação de um gerente com experiência em vendas, para alavancar o negócio. Contudo, mesmo atendida a orientação, isso não teria alterado o quadro, ante a falta de produtos em quantidade e diversidade suficientes para a venda.

Em virtude do que classificou como inadimplemento da franqueadora, notificou-a, com o fim de rescindir a avença, oferecendo a devolução das mercadorias enviadas. Passados mais de trinta dias, ante a inércia desta, ingressou com a presente demanda, formulando os pedidos já mencionados, assim como pugnou pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor, inclusive com a inversão do ônus da prova.

A franqueadora impugnou os fatos narrados na inicial, alegando que o insucesso da demandante decorreu de sua inexperiência comercial e do descumprimento das condições pactuadas, ante a falta de recursos para o desenvolvimento da atividade. Afirmou, ainda, que as mercadorias fornecidas superaram os valores efetivamente pagos pela franqueada.

Pediu fosse a causa apreciada no foro de eleição, questão, todavia, dirimida em sentido contrário no Agravo de Instrumento n. 2007.016920-2, julgado nesta Câmara em 26.3.2008, no qual oficiou como relator o Desembargador João Henrique Blasi.

No que diz com o pedido de rescisão, argumentou não ter descumprido o contrato, sendo indevida qualquer indenização. Sustentou, ainda, ser inaplicável o Código de Defesa do Consumidor, razão por que inviável inverter o ônus da prova, ainda mais quando os documentos necessários ao deslinde da causa já estariam presentes nos autos. Pugnou pela improcedência da demanda.

Concomitantemente, ajuizou reconvenção, imputando a culpa pela rescisão contratual à franqueada, razão pela qual pediu o pagamento da cláusula penal. Além disso, requereu indenização por danos morais decorrentes dos fatos ilícitos e desonrosos a si imputados na demanda principal.

Na contestação à reconvenção, a demandante arguiu preliminarmente a falta de recolhimento das custas respectivas. Entretanto, no despacho saneador, foi dispensada tal exigência, decisão da qual não houve recurso (fls. 619/620). No mérito, reafirmou o inadimplemento contratual da franqueadora, bem como sustentou ausente prova do dano moral.

Quanto ao objeto principal da demanda, a rescisão contratual, as partes não controvertem. Cabe, assim, analisar quem deu causa ao inadimplemento, a fim de verificar se a cláusula penal é devida à franqueada ou à franqueadora.

Na franquia empresarial o investimento corre por conta do franqueado. A obrigação do franqueador se encerra no fornecimento da licença para o uso da marca e do treinamento e assistência necessários para implantação do método do negócio. Inexiste, portanto, garantia de lucro. A doutrina ensina:

Normalmente, o franqueado dispõe de recursos e deseja constituir uma empresa comercial ou prestação de serviços. Contudo, não tem os conhecimentos técnicos e de administração e economia geralmente necessários ao sucesso do empreendimento nem os pretende ter. Do outro lado há o franqueador, titular de uma marca já conhecida dos consumidores, que deseja ampliar a oferta do seu produto ou serviço, mas sem as despesas e riscos inerentes à implantação de filiais. [...] Ambas as partes têm vantagens, posto que o franqueado já se estabelece negociando produtos ou serviços já trabalhados juntos ao público consumidor, através de técnicas de *marketing* testadas e aperfeiçoadas pelo franqueador; este, por sua vez, pode ampliar a oferta da sua mercadoria ou serviço, sem novos aportes de capital (Fábio Ulhoa Coelho, Manual de Direito Comercial – Direito de Empresa. São Paulo: Saraiva, 18. ed., 2007, p. 440).

Logo, para que seja devida a cláusula penal à apelante, necessário demonstrar que a franqueadora não cumpriu com suas obrigações, quais sejam, o fornecimento de licença para uso da marca e treinamento e assistência para implantação do negócio.

Não obstante os diversos contratemplos relatados na inicial e nas alegações finais, o que de mais importante se extrai dos autos, inclusive destacado pela apelante, é o alegado descumprimento da cláusula relativa ao fornecimento de produtos:

A Cabotagem fornecerá ao Franqueado todos os produtos de suas respectivas coleções necessários ao abastecimento da Franquia, pelos preços e condições de pagamento vigentes no ato da efetivação do pedido junto à Franqueadora. (cláusula 5.1, fl. 180).

Isso porque era esperado um estoque inicial de cerca de R\$ 100.000,00, mas as mercadorias fornecidas somaram pouco mais de R\$ 15.000,00 (fls. 221/234).

A franqueadora alegou que a totalidade das mercadorias não foi remetida pois a apelante não teria capacidade financeira para suportar os pagamentos, afirmando, porém, ter enviado estoque suficiente para a instalação da loja.

As partes admitem terem contratado a aquisição de estoque inicial no valor de R\$ 100.000,00, a ser adimplido pela franqueada em 24 parcelas de R\$ 4.993,00. Também é incontroverso que as mercadorias disponibilizadas representaram pouco mais de R\$ 15.000,00. A apelante alegou ter cessado os pagamentos, ante o descumprimento no fornecimento por parte da franqueadora. Esta, por sua vez, afirmou ter cessado o fornecimento ante o inadimplemento da apelante.

Ocorre que o próprio plano de negócio da franquia previu “estoque inicial” equivalente a R\$ 103.750,00 como necessário para instalação da loja (fl. 170). Para fazer frente a tamanho investimento, os sócios da apelante assinaram instrumento particular de confissão de dívida, com garantia hipotecária, no valor total de R\$ 119.832,00, (fls. 215/217).

Ora, tendo os representantes legais da apelante se comprometido com vultoso pagamento, ofertando imóvel como garantia e, ainda por cima, com a incidência de juros, resta evidente que o fornecimento das mercadorias deveria ter ocorrido prontamente. Não foi outra a conclusão da sentença, transitada em julgado, que julgou procedente a declaratória relativa a duplicata originada do negócio em lume:

Efetivamente, ela pagaria, além do valor das mercadorias, juros. Presume-se que, diante do pagamento de juros, cujo acessório tem a função de remunerar a utilização de determinado bem de terceiro, que a obrigação da ré era entregar antecipadamente as mercadorias,

o que não ocorreu, com será visto a seguir (fl. 215 da declaratória em apenso).

Ademais, o mesmo plano de negócio da franquia previu que, com margem média de 104% sobre os produtos, seria alcançado faturamento mensal de R\$ 64.201,00. Todavia, nessas condições, nota-se a impossibilidade material de alcançar os resultados projetados, pois o valor esperado é incompatível com o estoque fornecido (fl. 170).

A alegada incapacidade financeira da apelante tampouco serve de motivo para o não fornecimento das mercadorias, pois do plano constou que parte dos investimentos viriam de financiamento à ordem de R\$ 135.000,00 (fl. 169), valor, portanto, superior ao do crédito conferido pela franqueadora.

Por essas razões, a franqueadora não prestou a devida assistência, pois deixou de fornecer a quantidade de mercadorias prevista no plano de negócio. Logo, as condições oferecidas pela franqueadora impossibilitaram a consecução dos resultados esperados.

O contrato de franquia previu:

Sem prejuízo do prazo fixado no item 12.1, infra, o presente Contrato poderá ser antecipadamente rescindido por justa causa,

[...]

se a Cabotagem deixar de cumprir as obrigações previstas neste Contrato e não sanar a falta no prazo máximo de 30 (trinta) dias contados do recebimento de notificação do Franqueado nesse sentido;

[...]

A parte culpada pela rescisão responderá à outra por perdas e danos, devendo pagar multa contratual indenizatória no valor correspondente a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), sem prejuízo das demais sanções legais e contratuais aplicáveis (cláusulas 17.1.a.II e 17.2, fls. 194/195).

A apelante solicitou o auxílio da franqueadora, a qual recomendou a contratação de um gerente com experiência no ramo. Contudo, ainda que a apelante contasse com os mais experientes e qualificados vendedores, os resultados projetados não seriam alcançados, em virtude da falta de mercadorias bastantes para tanto.

Portanto, o pedido de rescisão contratual com condenação da franqueadora na multa contratual é procedente, devendo esta arcar com a quantia de R\$ 50.000,00. Ante a presente decisão, improcede o pedido reconvenicional de mesma natureza, bem como o de indenização por danos morais, pois o inadimplemento da primeira apelada é patente, motivo por que as alegações da apelante não configuraram “fatos desonrosos”.

No que diz com a devolução da taxa de franquia, esta resta impossibilitada em virtude da opção da credora por executar a cláusula penal compensatória, a teor do art. 410 do Código Civil. A doutrina ensina:

Quando se estipular a cláusula penal para o caso de descumprimento da obrigação, o credor poderá, a seu critério, nos termos do art. 410 do CC-02 (art. 918 do CC-16), exigi-la, executando o contrato, ou optar pelo ajuizamento de ação autônoma, de cunho indenizatório, em que será apurado o dano e fixado o valor devido.

O que não pode é cumulativamente exigir a cláusula e pleitear indenização (GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 343).

Nesse passo, a cláusula penal engloba o valor adiantado a título de taxa de franquia. Para que o franqueado pudesse ser ressarcido em quantia superior, teria que ter provado o prejuízo excedente, na forma do art. 416, parágrafo único, do Código Civil, o que não o fez.

Por fim, em relação ao pedido de condenação por litigância de má-fé articulado pela First Consulting, este depende de prova cabal do dolo do litigante ou efetivo prejuízo da parte que o alega, pois em regra, presume-se

a boa-fé. No caso dos autos, ausente essa prova, tanto que o reclamo foi provido em parte. Por isto, o pedido não é acolhido.

Em virtude da presente decisão, a sucumbência deve ser readequada. A apelante logrou êxito parcial na demanda: rescisão contratual e cláusula penal. Contudo, decaiu no pleito referente à taxa de franquia. Por fim, a reconvenção movida pela primeira apelada foi julgada improcedente.

Portanto, arca a franqueadora com 80% das custas e despesas processuais da demanda principal, ficando os 20% restantes a cargo da apelante (art. 21, *caput*, do CPC). Honorários advocatícios de 15% sobre o valor da condenação para os advogados da apelante (art. 20, § 3º, do CPC) e R\$ 500,00 para os causídicos da primeira apelada (art. 20, § 4º, do CPC), ante a complexidade da causa e zelo dos procuradores. Custas relacionadas com a reconvenção pela primeira apelada, que arca também com honorários de R\$ 1.500,00, em favor dos advogados da apelante (art. 20, § 4º, do CPC).

Inobstante a previsão processual da compensação de honorários advocatícios (artigo 21, *caput*, do Código de Processo Civil) a Câmara tem prestigiado solução moderna introduzida pelo legislador.

Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor (artigo 23 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil).

Esta solução não ignora orientação superior diversa (Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça). No entanto, leva em conta, ainda, a natureza alimentar da verba honorária (AC nº 2009.009100-8, de Urussanga, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. 22.6.2010; AC nº 2009.052062-6, de Canoinhas, rel. Des. Lédio Rosa de Andrade, j. 8.3.2010; AC nº 2009.052740-0, de Chapecó, rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. 8.3.2010, AC nº 2007.026733-3, de Caçador, onde oficiei como relator, j. 13.7.2010).

Por todo o exposto, dou provimento ao recurso, para desconstituir a sentença e, analisada a lide com base no art. 515, §§ 1º e 3º, do CPC: a) acolho a preliminar de ilegitimidade passiva, extinguindo a demanda, sem resolução de mérito, em relação à Associação Brasileira do Franchising e à First Consulting Consultoria de Empresas S/C Ltda. (art. 267, VI, do CPC); b) julgo parcialmente procedente os pedidos iniciais articulados por Andrade e Padilha Ltda. ME em face de LCD Canhoto Cabotagem Ltda. ME, para condená-la ao pagamento da cláusula penal de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais); c) julgo improcedente a reconvenção movida pela LCD Canhoto Cabotagem Ltda. ME em face da apelante, com adequação da verba honorária na forma retro.

É como voto.

Apelação Cível n. 2011.005897-1, de São José

Relator: Des. José Inácio Schaefer

MARCA. Cominatória procedente. Insurgência. Falta de interesse processual. Alteração voluntária do nome empresarial antes da citação. Perda do objeto. Preliminar acolhida em parte. Confusão entre consumidores. Abalo à imagem. Ausência de prova. Dano moral inocorrente. Prejuízo material indemonstrado. Apuração por arbitramento. Inviabilidade. Sucumbência readequada. Prequestionamento. Recurso provido.

Ausente indício mínimo de confusão entre consumidores, prejuízo à imagem ou ao crédito do detentor da marca, indevida a reparação por abalo moral.

Os danos materiais precisam ser demonstrados na fase de conhecimento para que sejam passíveis de indenização.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.005897-1, da comarca de São José (2ª Vara Cível), em que é apelante Fitofarma Distribuidora Ltda, e apelada Droga-Hervas Nossa Senhora dos Afritos Ltda. - ME:

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Desembargador Lédio Rosa de Andrade, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Desembargador Altamiro de Oliveira.

Florianópolis, 30 de agosto de 2011.

José Inácio Schaefer
RELATOR

RELATÓRIO

Fitofarma Distribuidora Ltda. apelou da sentença proferida na ação ordinária que lhe moveu Droga Hervas Nossa Senhora dos Aflitos Ltda. ME, arguindo, em preliminar, carência de ação e, no mérito, pediu o acolhimento do reclamo para que a demanda seja julgada improcedente, eis que inviável seria confundir marca e nome empresarial, além de as partes atuarem em áreas de atividade diversa, assim como em Estados diferentes da Federação. Alternativamente, sustentou indemonstrados os prejuízos materiais e a necessidade de redução dos morais e da verba honorária arbitrada (fls. 272/298).

O recurso foi recebido no duplo efeito (fl. 303).

Nas contrarrazões foi pedida a manutenção da sentença e prequestionados dispositivos constitucionais e legais (fls. 316/323).

VOTO

A preliminar diria com a falta de interesse processual da apelada, pois a recorrente teria modificado voluntariamente seu nome empresarial antes de ser citada para responder à presente ação.

Com efeito, a apelante já havia alterado sua razão social de Fitofarma Distribuidora Ltda. para Fitomais Distribuidora Ltda., o que restou evidenciado com a juntada da alteração contratual (fls. 133/136), motivo pelo qual os pleitos de abstenção do uso da marca e cancelamento da inscrição do nome empresarial “Fitofarma” perderam objeto.

Portanto, a preliminar é acolhida, ressaltando que subsiste interesse quanto ao debate sobre eventuais danos ocorridos no período em que o nome comercial Fitofarma foi utilizado, o que passo a analisar.

No mérito, a sentença dispôs:

Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado por Droga Hervas Nossa Senhora dos Afritos Ltda. ME para determinar que Fitofarma Distribuidora Ltda. não mais utilize o nome Fitofarma ou assemelhados e condenar a Ré a compensar à Autora em R\$ 30.000,00 a título de danos morais, a serem corrigidos monetariamente a partir do arbitramento e acrescido de juros de mora a contar do evento danoso. Outrossim, condeno-a a pagar indenização a título de danos materiais a ser fixado em liquidação de sentença por arbitramento.

Condeno a Ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 20% sobre o valor da condenação, consoante o art. 20, §3º, do CPC (fl. 266).

A apelante sustentou ausente dever de indenizar, pois as expressões homófonas eram utilizadas em situações distintas, sem prejuízo à marca da apelada. Além disso, os registros da propriedade industrial seriam feitos em órgãos distintos e não haveria colidência de atuação das duas empresas.

A propriedade industrial é regida pela Lei n. 9.279/96, cuja finalidade é assegurar que a invenção, o modelo de utilidade, o desenho industrial e a marca sejam utilizados com exclusividade.

A marca possui proteção de uso exclusivo em todo território nacional após depósito e registro no Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Já o nome empresarial tem seu uso restrito ao Estado correspondente à Junta Comercial onde foi inscrito (Lei n. 8.934/34 e Código Civil).

Assim como a marca identifica produto ou serviço - através de símbolo, escrita, distintivo, etc. -, o nome empresarial serve de identificação do empresário ou da sociedade empresária.

A apelante possuía, até 29.8.2008, o nome empresarial Fitofarma, e a apelada detém, até os dias atuais, a marca Phitofarma, ambas devidamente registradas nos respectivos órgãos competentes. Entretanto, a primeira atua no comércio atacadista de produtos farmacêuticos em Santa Catarina, enquanto a segunda manipula medicamentos em São Paulo.

O dever de indenizar, no caso concreto, estaria relacionado com a confusão de consumidores, fornecedores ou credores quanto às empresas, tendo em vista que as expressões utilizadas por estas são muito semelhantes.

Além de atuarem em ramos e Estados distintos, não há elementos bastantes para demonstrar que o uso do nome Fitofarma tenha causado efetivo prejuízo à apelada, induzindo consumidores a erro, tampouco de que a imagem desta última tenha sido abalada.

Neste caso, o dano moral não é presumido e a ofensa à reputação da empresa detentora da marca não passou de insubsistente alegação. Aliás, o uso pelas duas empresas pode, eventualmente, ter proporcionado lucro a qualquer delas, uma vez que não há provas de que tenham agido ilicitamente. Quanto aos danos materiais, sua prova competia à apelada, pois alegou ter sido lesada. No entanto, deixou de trazer elementos para servir de parâmetro, não sendo admitida a liquidação sem estes, uma vez que o contrário ensejaria novo debate após a sentença envolvendo prova do prejuízo (Apelação Cível n. 2008.009476-4, de Tubarão, onde officiei como relator, j. em 21.6.2011). Portanto, referidos danos não foram demonstrados, tendo a parte desistido de produzir prova a respeito, mesmo após alertada pelo magistrado (fls. 212 e 218). Assim, o apelo é provido para negar a reparação por danos materiais e morais.

Em vista disso, arca a apelada com a integralidade das custas e despesas processuais, arbitrados os honorários do advogado da recorrente em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), o que leva em conta a atuação do patrono nos dois graus de jurisdição, ao longo de quase seis anos pelos quais perdurou a demanda e a complexidade da matéria (artigos 20, §3º e §4º, do Código de Processo Civil).

Os dispositivos legais e constitucionais prequestionados nas contrarrazões foram considerados na solução do caso, não estando o julgador obrigado a se manifestar expressamente sobre cada um deles,

sobretudo por já ter apontado motivação bastante para embasar o seu convencimento (STJ, AgRg no Resp 875.081/MS, j. em 1.6.2010).

Por todo o exposto, voto para dar provimento ao recurso, com readequação da sucumbência.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação cível n. 2008.012233-1, de Gaspar

Relator: Jânio Machado

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE E ANULAÇÃO DE TÍTULO. CHEQUE NOMINATIVO. SUA ENTREGA À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EM CONTRATO DE DESCONTO BANCÁRIO. TÍTULO FORMALMENTE PERFEITO E QUE, INADIMPLIDO, FOI ENCAMINHADO AO CARTÓRIO DE PROTESTO. BOA-FÉ DO LEGÍTIMO PORTADOR QUE NUNCA FOI QUESTIONADA. PROVIDÊNCIA QUE NÃO SE MOSTRA ABUSIVA. ARTIGO 1º DA LEI N. 9.492, DE 10.9.1997 E ARTIGOS 893 E 896 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. RECURSO DESPROVIDO.

O cheque recusado pelo sistema de compensação bancária, em face de contraordem emitida pelo correntista, pode ser protestado, não se podendo acoimar de abusivo ou ilegal o comportamento do legítimo portador (terceiro de boa-fé).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 2008.012233-1, da comarca de Gaspar (1ª Vara), em que é apelante Juliano Marcos Spengler, e apelado Banco Santander Brasil S/A:

ACORDAM, em Quinta Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Juliano Marcos Spengler ajuizou “ação declaratória de inexigibilidade de débito e anulação de título c/c pedido de antecipação de tutela” contra Banco Sudameris Brasil S/A sob o argumento de que nada deve ao requerido, servindo o protesto apenas como medida de coerção abusiva.

A inicial foi emendada por determinação do juízo (fls. 17/18), incluindo-se no polo passivo o litisconsorte necessário Agrowarnow Produtos Agropecuários Ltda. (fls. 20/21).

Citada, a instituição financeira apresentou contestação (fls. 35/49) e juntou documentos (fls. 52/59).

A litisconsorte passiva necessária também apresentou contestação (fls. 61/71).

O autor impugnou as respostas dos requeridos (fls. 76/77 e 79/80) e, em seguida, o digno magistrado Jeferson Osvaldo Vieira proferiu sentença (fls. 90/99), o que fez nos seguintes termos:

“Diante do exposto, por tudo que dos autos emana e tendo em vista os Princípios Gerais do Direito afináveis à espécie:

JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado na inicial em face do réu Banco Sudameris Brasil S.A., resolvendo o mérito do processo, na forma do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil;

JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido formulado na inicial em relação à ré Agrowarnow Produtos Agropecuários Ltda, para o fim de declarar a inexigibilidade do crédito representado pelo cheque de fl. 15 por ela em face do autor.

Diante do princípio da sucumbência, condeno o autor ao pagamento de 50% das custas processuais e honorários advocatícios ao procurador do réu Banco Sudameris, os quais fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais), com base no art. 20, 4., do Código de Processo Civil, suspensa a exigibilidade por força do artigo 12 da Lei 1.060/50.

Condeno a ré Agrowarnow Produtos Agropecuários Ltda ao pagamento de 50% das custas processuais e honorários advocatícios ao procurador do autor, os quais fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais), com base no art. 20, 4., do Código de Processo Civil.”

Irresignado, o autor interpôs recurso de apelação cível (fls. 105/109) sob o fundamento de que o protesto não constitui o meio regular de cobrança do título, apresentando-se abusivo o comportamento adotado pela instituição financeira.

O primeiro requerido apresentou resposta ao recurso (fls. 115/131) e os autos vieram a esta Casa, aqui sendo acolhido o pleito de substituição do polo passivo da ação, passando a constar Banco Santander (Brasil) S/A (fl. 148).

O advogado Francisco Rangel Effting comunicou a renúncia dos poderes outorgados pelo litisconsorte passivo necessário (fl. 156).

VOTO

A renúncia noticiada à fl. 156 não interfere na regularidade da representação processual da instituição financeira, que outorgou poderes a outros advogados, inclusive com indicação daquele profissional que deveria ser intimado para os atos do processo (fl. 135), o que se observou.

O pedido formulado na petição inicial é de declaração de nulidade e de inexistência do débito representado pelo cheque n. 381.311, no valor de R\$3.379,00 (três mil, trezentos e setenta e nove reais), que teve o pagamento recusado pelo banco sacado em face de contraordem emitida pelo correntista (alínea 21), cuja cópia é encontrada à fl. 15.

O título cambial objeto da discussão aqui travada foi emitido pelo apelante no dia 21.9.2005, nominal à empresa Agrowarnow Produtos Agropecuários Ltda., que, por sua vez, o entregou à apelada em operação bancária nominada de “Borderô de desconto de cheque” (fls. 53/58).

O cheque, atendendo às suas características próprias, circulou por meio de endosso, sendo legítima e regular a detenção da apelada. Logo, foram adquiridos “todos os direitos que lhe são inerentes” (artigo 893 do Código Civil de 2002).

Não há vício que justifique a pretendida nulidade do título cambial, tratando-se de documento perfeito do ponto de vista formal. A sua vinculação a um negócio anterior não pode ser oposta ao terceiro de boa-fé, a condição ostentada pela instituição financeira, o que nunca foi questionado pelo apelante. E se o “título de crédito não pode ser reivindicado do portador que o adquiriu de boa-fé e na conformidade das normas que disciplinam a sua circulação” (artigo 896 do Código Civil de 2002), com muito mais razão não se poderá impedir o seu protesto.

Afirmou-se, na petição inicial, o argumento depois renovado nas razões de recurso, que o protesto seria indevido porque utilizado como meio coercitivo de cobrança.

Trata-se, em verdade, do único argumento posto à consideração da Câmara, e ele não merece qualquer credibilidade.

O cheque, como título executivo extrajudicial que é, pode ser levado a protesto, constituindo-se este no “ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.” (artigo 1º da Lei n. 9.492, de 10.9.1997).

Seria um contrassenso impossibilitar o protesto, com a remessa do legítimo portador do título cambial à ação de execução (assim se argumentou nas razões de recurso), se nenhum vício, extrínseco ou intrínseco, inviabiliza o direito de crédito da apelada.

Os fundamentos postos na sentença são atuais e, por isso mesmo, com a vênua do seu prolator, passam a integrar o voto, nos termos do artigo 150 do Regimento Interno desta Casa:

“Inicialmente, afasto a prejudicial de mérito de ilegitimidade passiva *ad causam* aventada pelo Banco Sudameris Brasil S.A, porquanto, conforme verifica-se pela notificação de aponte de fl. 12, figura como apresentante do título levado a protesto, donde advém sua legitimidade para figurar no pólo passivo desta ação, que tem por escopo exatamente o cancelamento do protesto por ele promovido e a anulação do título cuja posse detém.

Noutro passo, cumpre rejeitar de plano a intervenção de terceiro pretendida pelo Banco Sudameris, eis que a casuística não se amolda à nenhuma das hipóteses elencadas no art. 70 do Código de Processo Civil.

Ocorre que os documentos de fls. 53/58 revelam que o Banco Sudameris celebrou contrato de Desconto de Cheques com a requerida Agrowarnow Produtos Agropecuários Ltda, de modo que seu direito de regresso é em face de tal empresa, e não da emitente do título, posto que tal relação contratual se sobrepõe.

Em conseqüência, afasto a pretendida intervenção de terceiro e, não havendo outras questões processuais pendentes, passo ao exame do mérito.

A composição da lide deve dar-se sob a ótica de que, em face do princípio da inoponibilidade das exceções pessoais inerente aos títulos cambiais, aos endossatários de boa-fé não pode ser argüida a relação jurídica existente entre o emitente do título e o primeiro endossante.

Ocorre que é da essência dos títulos de crédito a livre circulação, no afã de fomentar as relações comerciais. Exatamente para facilitar a circulabilidade é que a lei preconiza a abstração e a autonomia do cheque, ou seja, sua total desvinculação da causa que motivou a emissão.

Assim, quem recebe por endosso o título de crédito tem a garantia de que eventuais deficiências ínsitas à relação entre o emitente e o primeiro endossante não irão prejudicar seus direitos creditórios em face daquele e de qualquer dos endossatários.

Este entendimento é consagrado na jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, havendo milhares de julgados

neste sentido, dentre os quais selecionamos este, que bem ilustra o raciocínio:

“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CHEQUE - ENDOSSO - DISCUSSÃO DA CAUSA DEBENDI - IMPOSSIBILIDADE - TERCEIRO DE BOA-FÉ - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

- O cheque, como título cambiário não causal, autônomo e abstrato, desvincula-se do negócio jurídico que lhe deu causa, tornando independente o direito do portador que o recebeu por circulação (endosso) e impedindo que a causa debendi possa ser-lhe oposta em eventuais embargos.

- “Ainda que se trate de cheque de origem viciada ou mesmo que o seu original beneficiário não tenha cumprido os termos do ajuste que gerou-lhe a emissão, essas circunstâncias são indiferentes ao endossatário, salvo se comprovada a suficiência a sua má-fé, posto vedar a lei a discussão da causa debendi entre o emitente e o terceiro alheio à transação vinculativa da cártula.” (AC n. 00.024299-3, de Blumenau, rel. Des. Trindade dos Santos).

PRETENSÃO A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS ORIUNDOS DE PROTESTO INDEVIDO - DÍVIDA NÃO ADIMPLIDA - EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO - INTELIGÊNCIA DO ART. 160, I, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - INDENIZAÇÃO NÃO DEVIDA - RECURSO IGUALMENTE DESPROVIDO.

- “Age no exercício regular do seu direito o credor que protesta título não adimplido, não configurando, deste modo, o dano moral indenizável” (AC n. 01.021314-1, de Criciúma. Rel.: Des. Wilson Augusto do Nascimento).

(Apelação cível n. 2002.011861-9, de Caçador. Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz. Data Decisão: 21/10/2004.)

Esta principiologia é que orienta a ilação de que a pretensão do autor em face do Banco Sudameris é fadada ao malogro.

Isto porque, conforme se observa do título de crédito que se deseja desconstituir, que está à fl. 15, o título está nominativo à demandada Agrowarnow Produtos Agropecuários Ltda, que, por

sua vez o endossou ao réu Banco Sudameris mediante contrato de Desconto de Cheques, conforme comprovam os documentos de fls. 12 e 53/58.

O autor alega que emitiu o cheque em favor da firma individual Mariana Kuhlmann, em razão de ter com ela celebrado contrato de mútuo.

Está evidenciado, dessarte, que a firma individual que recebeu o cheque do autor o traditou à ré Agrowarnow, que seguiu a cadeia de endosso.

Ocorre que a causa de pedir exposta pelo acionante é a *exceptio non adimpleti contractus* da firma individual a quem emitiu o cheque, que não teria cumprido sua contrapartida no contrato de mútuo.

Neste contexto, indubitável que a exceção que o autor pode opor em face da firma individual Mariana Kuhlmann não pode ser aventada perante o Banco Sudameris, que é endossatário de boa-fé do título. Isto se presume porque o autor sequer argumentou na exordial a má-fé do Banco Sudameris, ou seja, que tal instituição tinha conhecimento de que a beneficiária primitiva do título não tinha cumprido sua obrigação perante ele.

Destarte, perfeitamente legítimo o crédito do Banco Sudameris perante o autor e os demais endossatários.

Consectário lógico é a regularidade do protesto tirado, já que constitui-se em exercício regular de direito do credor.

Irrelevante que o autor não tenha realizado qualquer negócio ou assumido débitos perante o Banco Sudameris, conforme verberou-se na exordial. Este argumento demonstra até mesmo certa ingenuidade jurídica, pois é cediço que o crédito representado por cheque é abstrato e desvinculado de qualquer causa subjacente, bastando a posse do título para demonstrá-lo.

Assim, inviável o acolhimento dos pleitos em face do Banco Sudameris.” (fls. 93/97).

Por último, e apenas evitando a desnecessária interposição de embargos de declaração, ainda que para fins de presquestionamento e acesso à instância recursal superior, afirma-se a ausência de violação ao artigo 94,

inciso I, da Lei n. 11.101/2005, o qual foi, mesmo que implicitamente, aqui examinado.

DECISÃO

Ante o exposto, a Quinta Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, nega provimento ao recurso.

O julgamento, realizado no dia 7 de julho de 2011, foi presidido pelo desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein, com voto, e dele participou o juiz Altamiro de Oliveira.

Florianópolis, 11 de julho de 2011.

Jânio Machado
RELATOR

Apelação cível n. 2008.049433-5, de São João Batista

Relator: Jânio Machado

APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR AUSÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. DUPLICATAS MERCANTIS. PROTESTO REALIZADO A PARTIR DE REMESSA ELETRÔNICA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 8º E 21, § 3º, DA LEI N. 9.492, DE 10.9.1997. EXEQUENTE QUE, APÓS A CITAÇÃO E A OPOSIÇÃO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, PELA EXECUTADA, EXIBIU OS TÍTULOS CAMBIAIS. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 616 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DO PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE. RECURSO PROVIDO.

“Instruída a inicial de execução com elementos que, embora destituídos de exigibilidade, estabelecem com suficiência a existência do crédito perseguido, não é de se extinguir o processo de execução, em atendimento à oposição de pré-executividade, quando, em rebate à exceção, insere a credora nos autos os títulos executivos que estampam o seu direito creditício. Essa juntada extemporânea, mormente quando não embargada a execução e nem evidenciado o propósito malicioso da exequente, há que ser admitida em apanágio ao princípio da instrumentalidade processual.” (Apelação cível n. 2005.003337-2, relator o desembargador Trindade dos Santos, j. em 5.5.2005).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 2008.049433-5, da comarca de São João Batista (Vara Única), em que é apelante Polivale Solados de Poliuretano Ltda., e apelada Infanto Indústria e Comércio de Calçados Ltda.:

ACORDAM, em Quinta Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Polivale Solados de Poliuretano Ltda. ajuizou ação de execução contra Infante Indústria e Comércio de Calçados Ltda., dizendo-se credora da importância de R\$21.764,81 (vinte e um mil, setecentos e sessenta e quatro reais e oitenta e um centavos), representada por 8 (oito) duplicatas).

A executada ofertou bens à penhora (fls. 55/56) e, na sequência, opôs exceção de pré-executividade arguindo a nulidade da execução por ausência de título executivo (as duplicatas não foram juntadas aos autos e os boletos bancários não as substituem) (fls. 62/710).

Na impugnação ao incidente ofertado (fls. 75/91), a exequente alegou que: a) os bens indicados à penhora foram supervalorados; b) o pedido de desconsideração da personalidade jurídica requerida na inicial deve ser analisado e c) o artigo 616 do Código de Processo Civil possibilita ao exequente a emenda da inicial caso esteja ela incompleta ou desacompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da execução, inclusive após a citação, em face do princípio da celeridade e da instrumentalidade do processo.

Após a manifestação da exequente (fls. 99/102), o digno magistrado Rafael Rabaldo Bottan acolheu a exceção de pré-executividade para declarar extinta a ação de execução e condenar a excepta ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$500,00 (quinhentos reais) (fls. 105/107).

Irresignada, a exequente interpôs recurso de apelação cível (fls. 110/117) insistindo na possibilidade de regularização do título executivo, conforme autorizado pelo artigo 616 do Código de Processo Civil, e em face do princípio da instrumentalidade.

Com a resposta (fls. 121/129), os autos foram remetidos a esta Corte.

VOTO

A ação de execução tem por suporte os seguintes documentos: a) bloquetes bancários relativos às duplicatas mercantis ns. 27558/1, 27558/2, 27558/3, 27558/4, 27558/5, no valor de R\$2.919,04 (dois mil, novecentos e dezenove reais e quatro centavos), cada um, e ns. 27679/1, 27679/2 e 27679/3, a primeira no valor de R\$1.346,80 (um mil, trezentos e quarenta e seis reais e oitenta centavos) e, as demais, no valor de R\$2.140,32 (dois mil, cento e quarenta reais e trinta e dois centavos) cada um, totalizando a importância de R\$21.764,81 (vinte e um mil, setecentos e sessenta e quatro reais e oitenta e um centavos); b) as notas fiscais-fatura, com os comprovantes de entrega e recebimento das mercadorias e c) os instrumentos de protesto por falta de pagamento (fls. 9/34).

Os artigos 13 e 15 da Lei n. 5.474, de 18.7.1968, dispõem:

“Art. 13. A duplicata é protestável por falta de aceite de devolução ou pagamento.

§ 1º Por falta de aceite, de devolução ou de pagamento, o protesto será tirado, conforme o caso, mediante apresentação da duplicata, da triplicata, ou, ainda, por simples indicações do portador, na falta de devolução do título.

§ 2º O fato de não ter sido exercida a faculdade de protestar o título, por falta de aceite ou de devolução, não elide a possibilidade de protesto por falta de pagamento.

§ 3º O protesto será tirado na praça de pagamento constante do título.

(...).

Art. 15. A cobrança judicial de duplicata ou triplicata será efetuada de conformidade com o processo aplicável aos títulos executivos extrajudiciais, de que cogita o Livro II do Código de Processo Civil, quando se tratar:

I - de duplicata ou triplicata aceita, protestada ou não;

II - de duplicata ou triplicata não aceita, contando que, cumulativamente:

- a) haja sido protestada;
- b) esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria; e
- c) o sacado não tenha, comprovadamente, recusado o aceite, no prazo, nas condições e pelos motivos previstos nos arts. 7º e 8º desta Lei.”.

Por sua vez, os artigos 8º e 21, § 3º, da Lei n. 9.492, de 10.9.1997, dispõem:

“Art. 8. Poderão ser recepcionadas as indicações a protestos das Duplicatas Mercantis e de Prestação de Serviços, por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados, sendo de inteira responsabilidade do apresentante os dados fornecidos, ficando a cargo dos Tabelionatos a mera instrumentalização das mesmas.

(...)

Art. 21. O protesto será tirado por falta de pagamento, de aceite ou de devolução.

(...)

§ 3º Quando o sacado retiver a letra de câmbio ou a duplicata enviada para aceite e não proceder à devolução dentro do prazo legal, o protesto poderá ser baseado na segunda via da letra de câmbio ou nas indicações da duplicata, que se limitarão a conter os mesmos requisitos lançados pelo sacador ao tempo da emissão da duplicata, vedada a exigência de qualquer formalidade não prevista na Lei que regula a emissão e circulação das duplicatas.”

A propósito, o Provimento CGJ n. 33/98 disciplina o protesto por indicação, a dizer que, em princípio, nada há de irregular no procedimento adotado:

“Considerando a possibilidade de protesto por indicação das Duplicatas Mercantis e de Prestação de Serviços por meio magnético ou gravação eletrônica de dados (art. 8º, parágrafo único, da Lei n. 9.492, de 10.09.07), que na prática significa a remessa de bloqueio

bancário ao Delegado dos Serviços Notariais de Protesto de Títulos, em virtude do pressuposto da retenção daqueles enviados para aceite;”.

No presente caso, o documento nominado de “bloqueto bancário” nada mais é do que a chamada “duplicata escritural” ou “duplicata virtual” (SILVA, Marcos Paulo Felix da. *Títulos de crédito no código civil de 2002: questões controvertidas*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 134 e 136), o resultado da adaptação da Lei das Duplicatas aos tempos modernos.

Confira-se:

“ Com a desmaterialização do título de crédito, tornaram-se as indicações a forma mais comum de protesto. A duplicata, hoje em dia, não é documentada em meio papel. O registro dos elementos que a caracterizam é feito exclusivamente em meio eletrônico e assim são enviados ao banco, para fins de desconto, caução ou cobrança. O banco, por sua vez, expede um papel, denominado ‘guia de compensação’, que permite ao sacado honrar a obrigação em qualquer agência, de qualquer instituição no país. Se não ocorrer o pagamento, atendendo às instruções do sacador o próprio banco remete, ainda em meio eletrônico, ao cartório, as indicações para o protesto (nas comarcas mais bem aparelhadas). Com base nessas informações, opera-se a expedição da intimação do devedor. Se não for realizado o pagamento no prazo, emite-se o *instrumento de protesto por indicações*, em meio papel. De posse desse documento, e do comprovante de entrega das mercadorias, o credor poderá executar o devedor. Ou seja, a duplicata em suporte papel é plenamente dispensável, para a documentação, circulação e cobrança do crédito, no direito brasileiro, em virtude exatamente do instituto do protesto por indicações.” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo:Saraiva, 2009, p. 464).

Mais adiante, o mesmo autor complementa:

“O registro eletrônico do título, portanto, é amparado no direito em vigor, posto que o empresário tem plenas condições para o protestar e executar. Em juízo, basta a apresentação de dois papéis: o instrumento de protesto por indicações e o comprovante da entrega das mercadorias.

A duplicata é título executivo extrajudicial, mesmo que seu suporte seja exclusivamente meios informatizados.” (o grifo consta no original). (Op. cit., p. 470).

Marcos Paulo Félix da Silva, em seu estudo, acrescenta:

“Relevante assim, em se tratando de duplicatas ou triplicatas sem aceite, é que a execução instaurada esteja instruída com o respectivo instrumento de protesto por indicação seja por falta de pagamento, aceite ou devolução, ou todos, concomitantemente, como se vê com certa frequência, bem como com comprovante idôneo da entrega e recebimento da mercadoria como habitualmente é considerado o canhoto ou rodapé destacável da nota-fiscal-fatura e o conhecimento de transporte. Disso resulta que, na esfera processual, tais documentos constituem prova bastante a preencher os requisitos de certeza e exigibilidade do título, cuja liquidez deverá ser determinada por cálculo aritmético discriminado em demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação, distribuída, na espécie, com fundamento no art. 585, inc. I, do Código de Processo Civil, e no art. 15, inc. II, da Lei das Duplicatas”. (Op. cit., p. 138-139).

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu:

“EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DUPLICATA MERCANTIL. PROTESTO POR INDICAÇÃO. BOLETO BANCÁRIO ACOMPANHADO DO COMPROVANTE DE RECEBIMENTO DAS MERCADORIAS. DESNECESSIDADE DE EXIBIÇÃO JUDICIAL DO TÍTULO DE CRÉDITO ORIGINAL.

As duplicatas virtuais – emitidas e recebidas por meio magnético ou de gravação eletrônica – podem ser protestadas por mera indicação, de modo que a exibição do título não é imprescindível para o ajuizamento da execução judicial. Lei 9.492/97.

Os boletos de cobrança bancária vinculados ao título virtual, devidamente acompanhados dos instrumentos de protesto por indicação e dos comprovantes de entrega de mercadoria ou da prestação dos serviços, suprem a ausência física do título cambiário eletrônico e constituem, em princípio, títulos executivos extrajudiciais.

Recurso especial a que se nega provimento.” (Recurso especial n. 1.024.691, do Paraná, Terceira Turma, relatora a ministra Nancy Andrighi, j. em 22.3.2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 abr. 2011).

Ou seja, os documentos apresentados pela credora bastam para a constituição do título executivo.

Ainda que fosse insuficiente o argumento acima, a ausência das duplicatas não acarretaria a extinção do processo, pois o artigo 616 do Código de Processo Civil autoriza a emenda da petição inicial quando ela estiver incompleta, “ou não se acha acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da execução”.

A respeito, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ensinam:

“1. Indeferimento da inicial. No processo de execução o legislador confere ao juiz os mesmos poderes que lhe são conferidos no processo de conhecimento (CPC 598). Pode indeferir a inicial que não venha acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da ação (CPC 284 e 616). Entre esses documentos estão o título que deve aparelhar a execução e os demais documentos previstos na lei (CPC 583 e 614). Só poderá indeferir a petição inicial da execução depois de dar oportunidade ao exequente para emendá-la.

2. Emenda da inicial. Havendo vício sanável na petição inicial, o exequente tem o direito subjetivo de emendá-la, razão por que o juiz não poderá indeferi-la de plano, pois deve dar ao exequente oportunidade para sanar o vício. Se o exequente não cumprir a diligência, a petição será indeferida (CPC 284 par. ún. e 616) e contra essa sentença (CPC 162 §1º E E67 I), caberá apelação (CPC 513), recebida em ambos os efeitos (CPC 520 *caput*).” (Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 858-859).

Esta, também, é a lição de Humberto Theodoro Júnior:

“Certo o título executivo é documento essencial para o ajuizamento da execução forçada. No entanto, sua não juntada à petição inicial

não representa desde logo razão para liminar indeferimento. ‘Não estando a inicial acompanhada dos documentos indispensáveis, deve o juiz determinar o suprimento e, não, indeferir de plano a inicial’. Da mesma forma, a instrução da inicial com cópia do título de crédito soluciona-se com a abertura de oportunidade ao credor de substituí-la, dentro de prazo assinado, pelo original.

(...)

A orientação, enfim, prevalente, é no sentido de que somente quando não suprida a falha da inicial, no prazo assinalado pelo juiz, torna-se cabível o indeferimento da petição inicial ou a extinção do processo por falta de pressuposto processual.”. (*Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. II, p. 141).

No tocante ao controle da petição inicial pela parte, por meio da exceção de pré-executividade, vale destacar a lição de Paulo Henrique Lucon:

“Matérias de ordem pública, relacionadas com os pressupostos de constituição e desenvolvimento do processo e as condições da ação, podem e devem ser reconhecidas de ofício pelo julgador (art. 267, § 3º). Não tendo havido esse controle pelo juiz, é legítimo que o executado suscite essas matérias por meio de simples petição endereçada à execução, antes mesmo de sofrer a constrição de bens. Essa petição indica verdadeira objeção do executado e não deve ser recebida pelo julgador como uma afronta à execução e seu objetivo maior de proporcionar a tutela satisfativa, mas como uma legítima oportunidade de ser feito um controle de admissibilidade da execução. Não se pode admitir, por exemplo, que atos de agressão patrimonial se desenvolvam sem que haja título executivo que os fundamente ou em relação a quem não está indicado no título. Recebendo a manifestação do executado, poderá o juiz determinar a intimação do exequente para que se manifeste ou corrija, se for o caso, a irregularidade apontada. O próximo passo será reconhecer como corretas as alegações do executado, extinguindo o processo executivo, ou afastá-las.” (MARCATO, Antonio Carlos {Coord.}. *Código de processo civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 2033).

No caso concreto, a irregularidade apontada foi corrigida pela exequente com a juntada das duplicatas. Logo, o vício desapareceu e a extinção do processo em nada contribui para a distribuição da justiça, já que a dívida existe (a executada em nenhum momento negou a relação jurídica) e a exequente teria o ônus de ajuizar outra ação de execução, o que por certo afronta os princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual:

“Pelo resultado da pesquisa até aqui apresentado, ficou assente que nos ordenamentos jurídicos contemporâneos impera o princípio da instrumentalidade das formas, ladeado pelos princípios da convalidação, da conservação, da causalidade, do interesse e da economia processual, todos direcionados a consubstanciar a premissa de que a forma, no âmbito do processo, está a serviço de um fim: a efetividade da prestação jurisdicional. Ela tem por escopo maior de atender com eficácia e igualdade o interesse dos litigantes, assim também o interesse público, consistente na realização da justiça e da pacificação social. Por isso, a pretensão que ganha relevância com o formalismo é a tendência, aliás acatada pelo Código de Processo Civil pátrio, de salvar ou diminuir as consequências de ato nulo, relativizando assim o desatendimento à forma em sentido estrito.

Desse modo, há uma predisposição legal de salvar o processo ou, no sentido pragmático, de não anulá-lo ou extingui-lo sem que o mérito seja apreciado. Evita-se, com isso, que a forma ganhe contornos de importância mais destacados do que a própria substância do litígio a ser solucionado pelo instrumento processual.” (MEDEIROS, Luiz Cezar. *O formalismo processual e a instrumentalidade: um estudo à luz dos princípios constitucionais do processo e dos poderes jurisdicionais*. 3. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 108-109).

E:

“No exame do processo a partir de um ângulo exterior, diz-se que todo o sistema não vale por si, mas pelos objetivos que é chamado a cultivar; e depois, em perspectiva interna, examinam-se os atos do processo e deles diz-se o mesmo. Cada um deles tem uma função perante o processo e este tem funções perante o direito substancial, a sociedade e o Estado. Além disso, os objetivos particularizados dos atos processuais convergem todos à garantia da equilibrada

participação dos sujeitos, donde a consecução de cada um deles só constitui válida exigência na medida em que disso dependa o nível indispensável de participação no processo. Em consequência de tudo, tem-se que a visão teleológica do processo influencia e alimenta o princípio da instrumentalidade das formas, seja porque desenvolve a consciência instrumentalista em si mesma, seja porque a amplia e conduz a minimizar os desvios formais sempre que, atingido ou não o objetivo particular do ato viciado ou omitido, os resultados considerados na garantia do contraditório estejam alcançados (**o que se dá em todos os casos em que, por maior que seja o vício ou mais grave a omissão, a parte prejudicada no processo seja vencedora no mérito**).” (O grifo não consta no original) (DINAMARCO, Cândio Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 269-270).

Em casos assemelhados, esta Corte já decidiu:

“Execução. Duplicatas mercantis. Não juntada à inicial. Oposição de pré-executividade. Inserção, quando então, das cópias nos autos. Exceção acolhida. Extinção. Apelo. Provimento. Instruída a inicial de execução com elementos que, embora destituídos de exigibilidade, estabelecem com suficiência a existência do crédito perseguido, não é de se extinguir o processo de execução, em atendimento à oposição de pré-executividade, quando, em rebate à exceção, insere a credora nos autos os títulos executivos que estampam o seu direito creditício. Essa juntada extemporânea, mormente quando não embargada a execução e nem evidenciado o propósito malicioso da exequente, há que ser admitida em apanágio ao princípio da instrumentalidade processual.” (Apelação cível n. 2005.003337-2, de São Bento do Sul, Segunda Câmara de Direito Comercial, relator o desembargador Trindade dos Santos, j. em 5.5.2005. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 28 fev. 2011).

E:

“APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DUPLICATAS. SENTENÇA QUE JULGA IMPROCEDENTES OS PLEITOS VERTIDOS NA PEÇA INAUGURAL. IRRESIGNAÇÃO DA DEVEDORA. POSTULADO INDEFERIMENTO DO PÓRTICO INAUGURAL DA DEMANDA EXPROPRIATÓRIA EM VIRTUDE DA AUSÊNCIA

DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS À PROPOSITURA DA AÇÃO. CREDORA QUE, EMPÓS A CITAÇÃO, JUNTA AO CADERNO PROCESSUAL OS INSTRUMENTOS DE PROTESTOS RELATIVOS ÀS DUPLICATAS EXECUTADAS. DOCUMENTOS IMPRESCINDÍVEIS AO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO, CONFORME DISPÕE O ART. 15, INCISO II, DA LEI 5.474/68. POSSIBILIDADE DE SEREM APRESENTADOS POSTERIORMENTE AO MANEJO DA DEMANDA. INTELIGÊNCIA DO ART. 616 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PROTESTO LAVRADO COM BASE EM BOLETO BANCÁRIO. POSSIBILIDADE QUANDO SE TRATAR DE INDICAÇÃO DA CAMBIAL, QUE É AUTORIZADA NOS CASOS DELINEADOS NO ART. 13, § 1º, DA LEI 5.474/68 E 21, § 3º, DA LEI 9.492/97. VIABILIDADE DE RECEPÇÃO DE PROTESTO POR INDICAÇÃO DE DUPLICATA MERCANTIL QUANDO O APRESENTANTE DO BOLETO ATUA COMO MANDATÁRIO DO CREDOR DO TÍTULO. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA A PARTIR DO VENCIMENTO DAS CÁRTULAS. MANUTENÇÃO DO DECISUM. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação cível n. 2009.008625-8, de Jaraguá do Sul, Quarta Câmara de Direito Comercial, relator o desembargador José Carlos Carstens Köhler, j. em 8.2.2011. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 28 fev. 2011).

O ônus sucumbencial não é invertido, porque incabível na espécie:

“(…)

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. SENTENÇA REFORMADA PARA JULGÁ-LA IMPROCEDENTE. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO. RECURSO PROVIDO.

“A Quinta Turma tem firmado entendimento no sentido de que a condenação ao pagamento de verba honorária somente é cabível no caso em que a exceção de pré-executividade é julgada procedente, com a conseqüente extinção da execução. Logo, se vencido o excipiente-devedor, como no caso dos autos, prosseguindo a execução, descabe a sua condenação em verba honorária” (REsp

576119 / SP, Relatora Ministra Laurita Vaz).”. (Apelação cível n. 2003.001736-4, de Papanduva, Terceira Câmara de Direito Comercial, relator o juiz Paulo Roberto Camargo Costa, j. em 1º.8.2008. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 28 fev. 2010).

E:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE REJEITADA. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS QUE SE MOSTRA INVIÁVEL. ORIENTAÇÃO QUE VEM DA CORTE ESPECIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO PROVIDO. DECISÃO REFORMADA.

É inviável a condenação ao pagamento de honorários advocatícios quando rejeitada a exceção de pré-executividade”. (Agravo de instrumento n. 2010.056976-3, de Lages, Terceira Câmara de Direito Comercial, de minha relatoria, j. em 9.12.2010. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 28 fev. 2010).

Com essas considerações, o recurso interposto merece acolhimento, admitindo-se o prosseguimento da ação de execução como de direito.

DECISÃO

Ante o exposto, a Quinta Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, dá provimento ao recurso.

O julgamento, realizado no dia 7 de abril de 2011, foi presidido pelo desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein, com voto, e dele participou a desembargadora Soraya Nunes Lins.

Florianópolis, 11 de abril de 2011.

Jânio Machado
RELATOR

Apelação cível n. 2008.079995-0, de Lages

Relator: Jânio Machado

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ABALO DE CRÉDITO NÃO DEMONSTRADO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO INADIMPLIDO. AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. PURGA DA MORA COM FUNDAMENTO NO § 3º DO ARTIGO 3º DO DECRETO-LEI N. 911 DE 1º.10.1969. SIMPLES EXPEDIÇÃO DE COMUNICADO PELA SERASA, EM CONFORMIDADE COM O DISPOSTO NO § 2º DO ARTIGO 43 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR QUE NÃO CHEGOU A SE CONCRETIZAR. RECURSO PROVIDO.

O inadimplemento de obrigação validamente contraída justificou o ajuizamento da ação de busca e apreensão prevista no Decreto-lei n. 911, de 1º.10.1969, ali sendo requerido o direito de purgar a mora. O posterior encaminhamento, pela Serasa, de comunicado ao mutuário, sem que se consumasse a inscrição do nome em banco de dados, não caracteriza o alegado abalo de crédito e, por consequência, não justifica a pretendida indenização por dano moral.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 2008.079995-0, da comarca de Lages (3ª Vara Cível), em que é apelante Banco Volkswagen S/A, e apelado Pablo Ribeiro:

ACORDAM, em Quinta Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Pablo Ribeiro ajuizou ação de “Indenização por Danos Morais e Abalo de Crédito, com Pedido de Inversão do ônus da prova, c/c Pedido de Antecipação de tutela, e Obrigação de Fazer” contra Banco Volkswagen S/A sob o fundamento de que, indevidamente, seu nome foi incluído no cadastro do Serasa, daí surgindo a impossibilidade de contrair empréstimo agrícola e de retirar talões de cheques na conta corrente que possui no Banco Bradesco S/A. Ainda, acrescentou não ter recebido a liberação do veículo gravado com alienação fiduciária, muito embora já quitado o financiamento.

A antecipação da tutela foi deferida, ordenando-se o cancelamento da restrição mencionada na petição inicial (fls. 53/54).

O requerido apresentou contestação (fls. 57/125), depois impugnada (fls. 128/136).

O digno magistrado Stanley da Silva Braga proferiu sentença nos seguintes termos:

“Isto posto, por reconhecer que houve violação do pressuposto legal contido no art. 43 do CDC, sendo que o dano moral está contido no fato da realização indevida da inscrição, com fundamento no comando legal do art. 186 do Código Civil Brasileiro, PROCEDENTE o pedido inicial e condeno a parte requerida a pagar à parte autora a indenização equivalente ao valor de CINCO MIL RÉAIS, atualizada tal quantia desde a data da propositura da ação até a data do efetivo pagamento, acrescentando-se dos juros de mora de 12% aa a partir da data da juntada aos autos do documento de citação. Condeno, mais, a parte requerida ao pagamento das custas processuais e da verba honorária fixada em vinte por cento sobre o valor da indenização fixada.” (fls. 137/140).

Irresignada, a instituição financeira interpôs recurso de apelação cível (fls. 143/154) com ênfase na inexistência de dano moral se havia dívida inadimplida, além do que o nome do autor não chegou a ser inserido em

banco restritivo ao crédito, tanto que para os autos não veio a prova da alegada impossibilidade de contrair empréstimo agrícola.

Com a resposta do apelado (fls. 159/188), os autos vieram a esta Casa.

VOTO

As partes, em data de 6.8.2004, celebraram o “contrato de financiamento ao consumidor final garantido por alienação fiduciária – CDC” n. 1112126-0 (fls. 35/36), por intermédio do qual o apelado obrigou-se ao pagamento da importância de R\$12.300,00 (doze mil e trezentos reais) em 24 (vinte e quatro) parcelas mensais. E porque houve inadimplemento das parcelas de ns. 15 e 20, a apelante ingressou com ação de busca e apreensão na comarca de Curitiba, PR (fls. 75/92), constando o deferimento da liminar (fl. 21), inclusive a expedição de carta precatória (fl. 95). O mandado expedido pelo juízo deprecado (fl. 104) deixou de ser cumprido pelo meirinho em face do requerimento de purgação da mora apresentado pelo mutuário (fl. 106), a razão de o magistrado ter determinado a remessa da carta ao juízo de origem (fl. 110). Depois, no juízo deprecado, o mutuário requereu a restituição de valor que entendeu ter recolhido a mais (fls. 113/114).

O resultado encontrado na ação de busca e apreensão é ignorado nestes autos. Mas é certa a inadimplência do mutuário, fato amplamente reconhecido com o requerimento de purgação da mora, a providência adotada com fundamento no § 3º do artigo 3º do Decreto-lei n. 911, de 1º.10.1969.

A discussão trazida ao conhecimento da Câmara limita-se à existência de dano moral passível de indenização.

O ajuizamento da ação de busca e apreensão não configurou abalo moral e, pois, jamais poderia justificar uma indenização. Aliás, o exame atento da sentença proferida permite concluir que a indenização foi imposta

à apelante como decorrência da inscrição do nome do mutuário no banco de dados, muito embora existente o depósito judicial do valor reclamado na ação de busca e apreensão (fl. 136).

Mas é fundamento que não subsiste a um exame mais aprofundado da prova produzida.

A despeito da afirmação de que o apelado teve o nome inserido no banco de dados da Serasa, fato que o teria impedido de contrair empréstimo na agência do Banco do Brasil S/A de Agrolândia (fl. 3), existe unicamente o “comunicado” de fl. 43, emitido em 5.9.2007 pela Serasa, por meio do qual deu-se ciência do “pedido de inclusão em nossos registros”.

Afora esse documento, nada mais veio para o processo. Nem a prova da alegada negativa de celebração de empréstimo agrícola, nem a prova da efetiva inscrição.

Pode-se afirmar, então, que houve simples expedição de comunicado encaminhado ao mutuário, a providência adotada por exigência do § 2º do artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor: “A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.”.

Numa situação assim bem delineada, a Câmara não reconhece a presença dos requisitos do artigo 186 do Código Civil, o que afasta a pretendida indenização por dano moral:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA COMBINADA COM DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. CONTRATOS DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO GARANTIDOS POR CHEQUES. INADIMPLÊNCIA. INSCRIÇÃO NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO E REFINANCIAMENTO DOS DÉBITOS POR CONTRATO DE NOVAÇÃO. RETENÇÃO DOS CHEQUES PELO BANCO. DANOS MORAIS. SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA RECONHECER A NOVAÇÃO. RECURSO DA PARTE AUTORA. PLEITO DE INDENIZAÇÃO

POR DANOS MORAIS. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS HÁBEIS A COMPROVAR A INSCRIÇÃO. ÔNUS DA PROVA QUE RECAI SOBRE A AUTORA. INTELIGÊNCIA DO ART. 333, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE DANO. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA MANTIDA. “Ausente a prova do registro indevido, afasta-se a pretensão de reparação por DANO MORAL, não se ignorando a orientação contida na súmula n. 385 do Superior Tribunal de Justiça” (Apelação Cível n. 2007.042841-2, de Tijucas, rel. Des. Jânio Machado, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. em 9.5.2011). “Deixando a autora de comprovar a inscrição de seu nome em órgão de restrição ao crédito, ônus que lhe recai por força do artigo 333, inciso I, do CPC, o pleito indenizatório não pode prosperar, vez que não evidenciado o ato ilícito praticado pelo réu. A autora, na hipótese, disse ter sido vítima de abalo de crédito por protesto indevido de título. Entretanto, ela se furtou de trazer aos autos a certidão do protesto. Portanto, não há prova que a ré tenha, efetivamente, praticado o ato ilícito que lhe é imputado pela autora” (Apelação Cível n. 2008.079689-9, de Pinhalzinho, rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. em 18.6.2009). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (apelação cível n. 2011.016748-3, da Capital, Quinta Câmara de Direito Comercial, relator o juiz Volnei Celso Tomazini, j. em 9.6.2011. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 6 jul.2011).

O que o apelado nomina de ofensa moral nada mais é do que simples constrangimento que decorreu do inadimplemento, confessado, de parcela do contrato de financiamento de veículo. Isto é, o incidente narrado no comunicado de fl. 43 surgiu do comportamento adotado pelo mutuário, que a tempo e modo deixou de cumprir a obrigação assumida em contrato válido. E o anunciado dano moral não se concretizou porque o seu nome não chegou a ser inserido no banco de dados da Serasa (ao menos a prova nesse sentido não veio para o processo). Reforça a afirmativa o teor dos documentos de fls. 71/73, que informam a inexistência de registros no Bacen, Serasa e SPC.

O momentâneo desconforto que o apelado possa ter sofrido não justifica a indenização pela dor moral, incumbindo aos tribunais o cuidado no exame do que Anderson Schreiber nomina de “demandas frívolas” (*Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 242-243).

É do Judiciário o dever de bem aquilatar a presença de um dano moral indenizável, de modo a que não se estimule o nascimento de uma sociedade de “não-me-toques”, na feliz expressão de Fábio Ulhoa Coelho (*Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2, p. 431).

Por último, e apenas evitando a desnecessária interposição de embargos de declaração, ainda que para fins de presquestionamento e acesso à instância recursal superior, afirma-se a ausência de violação ao artigo 927 do Código Civil, aos artigos 6º, inciso VI, e 14 do Código de Defesa do Consumidor, e ao artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, os quais foram, mesmo que implicitamente, aqui examinados.

DECISÃO

Ante o exposto, a Quinta Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, dá provimento ao recurso.

O julgamento, realizado no dia 7 de julho de 2011, foi presidido pelo desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein, com voto, e dele participou o juiz Altamiro de Oliveira.

Florianópolis, 11 de julho de 2011.

Jânio Machado
RELATOR

Apelação Cível n. 2007.052290-9, de São Bento do Sul

Relator: Des. Subs. Volnei Celso Tomazini

APELAÇÃO CIVIL. REVISIONAL DE CONTRATOS DE CARTÃO DE CRÉDITO.

JUROS REMUNERATÓRIOS. SENTENÇA QUE LIMITOU A SUA COBRANÇA NO PATAMAR DE 12% AO ANO. INSURGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA ACOLHIDA. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DO PERCENTUAL PACTUADO, DESDE QUE LIMITADA À TAXA MÉDIA DE MERCADO. UTILIZAÇÃO, COMO PARÂMETRO, DAS TAXAS REFERENTES ÀS OPERAÇÕES DE CHEQUE ESPECIAL, PESSOA FÍSICA.

“Assim, porque inexistente uma tabela específica do Banco Central para cartão de crédito, a taxa média de mercado é apurada em conformidade com o uso das taxas praticadas nas operações do tipo cheque especial - pessoa física” (agravo do § 1º do artigo 557 do Código de Processo Civil na apelação cível n. 2008.042835-0, Terceira Câmara de Direito Comercial, Rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, j. em 16.3.2010).

CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. VEDAÇÃO DA SUA INCIDÊNCIA NO *DECISUM*. RECORRENTE QUE PLEITEA PELA POSSIBILIDADE DE SUA COBRANÇA. NÃO ACOLHIMENTO. CONTRATOS DE CARTÃO DE CRÉDITO DE PERÍODOS DIVERSOS, ANTES E DEPOIS DA EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 1.963-17/2000. AUSÊNCIA, EM AMBOS OS CASOS, DE EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL. ANATOCISMO VEDADO. MANUTENÇÃO DO JULGADO.

“[...]”

2. Não é suficiente que a capitalização mensal de juros tenha sido pactuada, sendo imprescindível que tenha sido de forma expressa, clara, de modo a garantir que o contratante tenha a

plena ciência dos encargos acordados; no caso, apenas as taxas de juros mensal simples e anual estão, em tese, expressas no contrato, mas não a capitalizada [...]” (AgRg no REsp n. 895.424/RS, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJU de 20.8.2007).

CARACTERIZAÇÃO DA MORA. AÇÃO REVISIONAL QUE, POR SÍ SÓ, NÃO AFASTA A MORA. AUSÊNCIA DE DEPÓSITO DOS VALORES INCONTROVERSOS E DA DEVIDA PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO. PRECEDENTES DESTA CÂMARA. REFORMA DA SENTENÇA NESSA PARTE. PROVIMENTO DO RECURSO NO PONTO.

ÔNUS SUCUMBENCIAIS.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.052290-9, da comarca de São Bento do Sul (1ª Vara), em que é apelante Credicard Banco S/A, e apelado Geraldo Wosniak:

ACORDAM, em Quinta Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

RELATÓRIO:

Trata-se de recurso de apelação proposto por Credicard S/A Administradora de Cartões de Crédito, nos autos da ação de revisão contratual com pedido de antecipação de tutela que lhe move Geraldo Wosniak, cuja sentença foi exarada nos seguintes termos:

Julga-se procedente em parte o pedido formulado por Geraldo Wosniak, em face de Credicard S/A Administradora de Cartões de Crédito, partes qualificadas inicialmente e, em consequência:

- limita-se a aplicabilidade dos juros até o patamar de 12% ao ano;
- determina-se o afastamento da capitalização de juros;
- afasta-se os encargos de mora (multa e juros moratórios) de

eventual saldo devedor, em face da ausência de culpa do devedor pelo inadimplemento; d) determina-se o INPC como índice de correção; e) determina-se o recálculo da dívida, em liquidação de sentença, com o afastamento dos encargos excessivos nos termos desta decisão, autorizando-se a compensação dos valores sobre eventual saldo devedor ou, se inexistente, passíveis de restituição; f) condena-se o réu à restituição das quantias eventualmente pagas a maior pelo autor, de forma simples, corrigidas monetariamente pelo índice oficial adotado pela Corregedoria Geral de Justiça/TJSC (Provimento n. 13/95), desde a propositura da ação e acrescidas de juros de mora na base legal a partir da citação, estes calculados pela Taxa Selic (art. 406, NCC), que compreende juros de mora e correção monetária, tudo a ser devidamente apurado em liquidação de sentença; g) julga-se extinto o presente feito, com fulcro no art. 269, inciso I, do Código Processo Civil. Tendo o autor decaído de parte mínima do pedido (artigo 21, parágrafo único, do CPC), condena-se o réu ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 800,00 (oitocentos reais), a teor do disposto no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Nas razões recursais, o apelante alegou, em síntese: a) a restituição das taxas de juros aos patamares contratualmente previstos; b) a legalidade da capitalização dos juros; c) a configuração da mora e a possibilidade da aplicação dos encargos moratórios; e, f) a inversão dos ônus sucumbenciais, que devem ser integralmente suportados pelo autor.

Devidamente intimada, a parte recorrida ofertou contrarrazões rebatendo todos os fundamentos do recurso e pugnando pela manutenção da decisão do juízo *a quo* (fls. 350-360).

Ascenderam os autos a esta Corte para julgamento.

VOTO

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

Primeiramente, cumpre salientar que, de acordo com os termos da exordial, a parte recorrida aderiu aos financiamentos através de cartões de créditos, número 5493.5568.3767.0417 (jan/1996), 5390.8217.7043.0169 (maio/1996), 5390.8217.7043.0755 (nov/2001) e 4032.4930.6991.0181 (fev/2002). Ocorre que o autor alega a impossibilidade de continuar a pagar os encargos abusivos cobrados pela instituição financeira.

Do que se extrai dos autos, ao analisar as faturas dos cartões, é que o demandante pagava, por vezes, o montante equivalente ao mínimo da fatura, ou então, em valor inferior, e algumas vezes em valores superiores, para reduzir o montante da dívida.

Determinado pelo juízo que a instituição financeira exibisse o contrato de cartão de crédito, o que foi feito (fls. 291-301), possibilitando a revisão contratual das cláusulas.

Juros Remuneratórios

A instituição financeira insurgiu-se contra a sentença, que limitou os juros remuneratórios ao patamar de 12% ao ano, afirmando que a cobrança conforme a pactuada deve ser mantida.

Razão parcial assiste à apelante.

Ab initio, cumpre assinalar que o Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula Vinculante n. 7, pacificou o entendimento sobre a impossibilidade de se limitar a taxa de juros a 12% (doze por cento) ao ano com base no § 3º do art. 192 da Constituição Federal (posteriormente revogado pela Emenda Constitucional n. 40/2003), *in verbis*:

A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional n. 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de Lei Complementar.

Igualmente, os juros não podem ser limitados pelo artigo 1º do Decreto n. 22.626/1933, revigorado pelo Decreto n. 29/1991, consoante o exposto na Súmula n. 596 do STF:

As disposições do Decreto 22.626 de 1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, editou a Súmula n. 382, na qual afirma que “a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade”.

Ainda, em relação às empresas administradoras de cartão de crédito, vale colacionar a Súmula n. 283, do Superior Tribunal de Justiça, que apregoa:

As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura.

Baseando-se nessa premissa, analisa-se a hipótese dos autos.

De acordo com o a cópia da avença (fls. 291-301) observa-se que a cláusula 10.5 estipula o seguinte:

A emissora informará, mensalmente e sempre que necessário, através da fatura mensal, o percentual máximo dos encargos contratuais a ser cobrado do titular, os quais se compõem de parte determinada pela emissora (remuneração pela garantia prestada e pelos serviços de administração do financiamento) e parte variável representada pelo custo do financiamento.

Assim, não há uma taxa fixa a ser aplicada. Nas faturas, verifica-se que os juros variam mês a mês, considerando-se, portanto, flutuantes.

De acordo com o entendimento jurisprudencial do Grupo de Câmaras de Direito Comercial deste egrégio Tribunal, os juros flutuantes

previstos nas faturas do cartão não se consideram abusivos quando não ultrapassarem a taxa média de mercado:

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO REVISIONAL. CARTÃO DE CRÉDITO. JUROS REMUNERATÓRIOS. FLUTUANTES. RECONHECIMENTO DA POTESTATIVIDADE COM IMPOSIÇÃO DE TAXA LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO À TAXA MÉDIA DE MERCADO. SÚMULA N. 296 DO STJ. ENUNCIADO N. I DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

“No que diz respeito aos contratos de cartão de crédito, sobreleva-se o fato de usualmente não haver um instrumento assinado pelas partes, pois o contrato aperfeiçoa-se quando o consumidor efetivamente utiliza o cartão pela primeira vez.

Igualmente, destaca-se que os juros remuneratórios na referida espécie de contrato são flutuantes, o que naturalmente impede que haja desde logo uma estipulação contratual fixando uma taxa específica.

Em razão dessas particularidades, entende-se que as taxas de juros remuneratórios informadas nas faturas mensais são válidas, desde que não ultrapassem a aludida taxa média [de mercado]” (AC n. 2008.055162-8, da Capital, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 16-12-2008).” (Embargos infringentes n. 2009.059969-0, da Capital/Estreito, relator o desembargador Jorge Luiz de Borba, j. em 14.4.2010.

Também:

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO. INCIDÊNCIA DOS JUROS REMUNERATÓRIOS. NEGÓCIO FIRMADO SEM A EXPRESSA INDICAÇÃO DO ÍNDICE COBRADO MENSALMENTE. LIMITAÇÃO AO PATAMAR DE 12% (DOZE PORCENTO) ANUAIS. INVIABILIDADE. EMPREGO, NO CASO, DA TAXA MÉDIA DE MERCADO. MATÉRIA PACIFICADA NO ÂMBITO DO STJ. PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO. RECURSO PROVIDO.

Pactuada a cobrança dos juros remuneratórios em contrato de cartão de crédito, sem a expressa indicação, porém, dos índices incidentes, não há falar em limitação dos referidos encargos em 12% (doze por cento) anuais. Prepondera, na hipótese em discussão, a média de mercado das operações bancárias da mesma espécie (Embargos Infringentes n. 2009.011213-7, de Tubarão, relator o desembargador Ricardo Fontes, j. em 13.5.2009).

No entanto, cumpre assinalar que o Banco Central não estipulou a taxa média de mercado para os juros incidentes nas operações referentes ao cartão de crédito. Desse modo, tem-se utilizado como parâmetro, a taxa média relativa ao cheque especial, pessoa física.

Nesse sentido:

Assim, porque inexistente uma tabela específica do Banco Central para cartão de crédito, a taxa média de mercado é apurada em conformidade com o uso das taxas praticadas nas operações do tipo cheque especial - pessoa física (agravo do § 1º do artigo 557 do Código de Processo Civil na apelação cível n. 2008.042835-0, Terceira Câmara de Direito Comercial, Rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, j. em 16.3.2010).

Destarte, conhece-se parcialmente do recurso no ponto, para permitir a incidência dos juros remuneratórios em valor superior a 12% ao ano. Contudo, ressalte-se que as taxas previstas nas faturas poderão ser cobradas, limitadas às taxas médias de mercado constantes na Tabela XV, cheque especial pessoa física, do Banco Central.

Da capitalização dos juros

A r. sentença declarou que a capitalização de juros deverá ser expurgada do contrato, insurgindo-se a apelante, por entender ser legal a cobrança do referido encargo.

No entanto, não merece guarida o pleiteado em sede recursal.

Inicialmente, cumpre ressaltar que se verifica nos autos a existência de dois momentos distintos: a utilização dos cartões de crédito antes de 2000 e após esse mesmo ano.

Destaca-se que os juros capitalizados são permitidos se presentes dois requisitos: a autorização legal e a pactuação expressa.

Sabe-se que, com a edição da Medida Provisória n.º 1.963-17/2000, reeditada sob o n.º 2.170-36/2001, permitiu-se a incidência da capitalização dos juros nos contratos bancários, em período inferior a um ano, conforme dispõe o seu art. 5.º: “Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano”.

Contudo, nos contratos celebrados em período anterior àquele da edição da Medida Provisória em comento, tem-se um cenário diverso.

O Supremo Tribunal Federal já havia editado a súmula n.º 121, asseverando que era “Vedada a capitalização dos juros, ainda que expressamente convencionada”.

Excepcionava-se, no entanto, aquelas hipóteses em que já existia uma previsão legal que permitisse que os juros fossem capitalizados. Assim ocorria nos casos das cédulas de crédito comercial, industrial e rural, porquanto amparadas pelos Decretos-Leis n. 167/67 e 413/69 e Lei n. 6.840/80, e nos contratos de abertura de crédito em conta corrente, em que era viabilizada a capitalização anual, com fulcro no art. 4º do Decreto-Lei n. 22.626/33.

Constituindo-se o contrato de uma das espécies acima relacionadas e verificando-se a pactuação expressa no acordo, permitia-se, portanto, a capitalização dos juros.

Nos contratos celebrados após a edição da Medida Provisória, que permitiu a incidência dos juros capitalizados, como já frisado anteriormente, entende-se que, da mesma forma, sua pactuação precisa ser expressa.

É da jurisprudência do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO EXPRESSA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 05 E 07 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Nos termos da MP 2.170/01, é admissível a capitalização mensal de juros quando expressamente pactuada, o que não ocorre nos autos.

2. Não é suficiente que a capitalização mensal de juros tenha sido pactuada, sendo imprescindível que tenha sido de forma expressa, clara, de modo a garantir que o contratante tenha a plena ciência dos encargos acordados; no caso, apenas as taxas de juros mensal simples e anual estão, em tese, expressas no contrato, mas não a capitalizada.

3. Revisão do conjunto probatório e de cláusulas contratuais inadmissíveis no âmbito do Recurso especial (Súmulas n. 5 e 7 do STJ).

4. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp n. 895.424/RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, dju de 20.8.2007).

No mesmo diapasão, é o entendimento desta Corte:

INSURGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. VIABILIDADE DA CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS, A PARTIR DE 31.03.2000, DESDE QUE EXPRESSAMENTE AVENÇADA. MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.963-17, REEDITADA PELA MP N. 2. 170-36. IMPOSSIBILIDADE EM QUALQUER FREQUÊNCIA, NO CASO, DADA A AUSÊNCIA DE PREVISÃO NEGOCIAL ENTRE AS PARTES. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 2007.018300-6, de Indaial, rel. Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. em 14.2.2008).

Na hipótese, compulsando-se aos autos denota-se que não há cláusula contratual que trate da capitalização de juros. Dessa maneira, não há outra conclusão, a não ser manter o julgado.

Quanto ao contrato de administração de cartão de crédito celebrado entre as partes, deve-se ressaltar o decidido pelo eminente Desembargador Cláudio Valdyr Helfenstei sobre o tema:

Saliente-se, também, que o contrato de administração de cartão de crédito firmado entre as partes não possui legislação específica de regência e, diante da ausência de pactuação, a impossibilidade de proceder-se a capitalização ocorre independentemente da incidência da MP n. 2.170/36, sendo dispensável, portanto, a apreciação do tema à luz deste normativo.

Sobre o tema, deste relator:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO REVISIONAL - CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO - SENTENÇA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS FORMULADOS NA INICIAL - INSURGÊNCIA RECURSAL DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.

(...)

CAPITALIZAÇÃO DE JUROS - APELANTE QUE SUSTENTA A LEGALIDADE DO ANATOCISMO, SEJA NA MODALIDADE MENSAL OU ANUAL - AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO - AFASTAMENTO QUE SE IMPÕE, INDEPENDENTEMENTE DE O CONTRATO TER SIDO FIRMADO ANTES OU APÓS A EDIÇÃO DA MP N.º 1.963-17/00, REEDITADA SOB N. 2.170-36/01 - NECESSIDADE DE FORNECER AO CONSUMIDOR INFORMAÇÕES CLARAS E ADEQUADAS A RESPEITO DOS PRODUTOS E SERVIÇOS CONTRATADOS - INTELIGÊNCIA DO ART. 6º, III, DO CDC - APELO DESPROVIDO NO TÓPICO.

(...) (Apelação Cível n. 2010.049398-3, de Blumenau. Quinta Câmara de Direito Comercial, j. em 12.5.2011)

Em caso análogo, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AGRAVO
REGIMENTAL - CONTRATO BANCÁRIO - CARTÃO DE
CRÉDITO [...] CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS

[...]

2 - Esta Corte já firmou o entendimento de que, nos contratos firmados por instituições financeiras, posteriormente à edição da MP 1.963-17/2000, de 31/3/2000, é possível a incidência de capitalização mensal dos juros, desde que expressamente pactuada. Portanto, para sua cobrança, é necessário estar evidenciado que o contrato fora firmado após 31/3/2000 e que o referido encargo tenha sido expressamente pactuado.

3 - No caso, não restou demonstrada a previsão contratual acerca da capitalização. Ademais, se as instâncias ordinárias não se manifestaram sobre a efetiva existência do pacto, a verificação de tal aspecto nesta Corte importaria, necessariamente, no reexame de prova e dos termos do contrato. Incidência das Súmulas n. 5 e 7/STJ. Precedentes (AgRg REsp ns 734.851/RS e 670.237/PR.

4 - Agravo Regimental desprovido (AgRg no REsp 785.927/RS, rel. Min. Jorge Scartezzini, Quarta Turma, j. em 17.4.2006) (Apelação Cível n. 2011.015726-2, de Palhoça, Relator: Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, j. 26.5.2011).

Logo, diante da inexistência de previsão contratual, forçoso o afastamento da capitalização de juros, consoante definido no julgado.

Dos encargos moratórios

Em decisão *a quo*, o magistrado afastou a cobrança dos encargos moratórios, uma vez descaracterizada a mora, por entender que não houve culpa do autor pelo inadimplemento.

A recorrente sustenta, nas suas razões de recurso, que o demandante não preenche os requisitos necessários para desconfigurar a mora.

Seu inconformismo merece guarida.

Deve-se destacar que, para descaracterizar a mora em sede de ação revisional, a ponto de impedir o cadastramento em órgão de proteção ao crédito, não basta que a tese ventilada seja plausível e amparada pelo ordenamento jurídico e pela jurisprudência pátria, devendo haver, concomitantemente, o depósito da quantia incontroversa ou a prestação de caução idônea.

Nesse sentido, transcreve-se parte do voto do eminente Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, que em situação semelhante, bem apreciou o fato, conforme segue:

(...)

Assim, há que se aplicar o entendimento segundo o qual “A mera inserção de acessórios financeiros, em desacordo com o entendimento adotado sobre o tema por este órgão fracionário, não é circunstância apta, por si só, a afastar a mora, que resta caracterizada pela inadimplência substancial do devedor em relação aos deveres decorrentes da contratualidade” (Apelação Cível n. 2004.006981-2, de Itapema, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. em: 02.4.2009).

Incide ao caso, igualmente, o entendimento jurisprudencial objeto do enunciado de Súmula n. 380, do c. STJ, *in verbis*: “A simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor”.

A suposta presença de encargos abusivos no contrato não dá respaldo para que o devedor faça tábula rasa da Justiça e decida, de forma arbitrária e unilateral, simplesmente suspender o pagamento da dívida pelo valor ajustado, promovendo ação revisional sem realizar o depósito do valor incontroverso e, ao mesmo tempo, permanecer na posse do bem postulando, também, a descaracterização da mora.

Com efeito, o estatuto protetivo do consumidor tem como objetivo equilibrar as relações contratuais, todavia, não pode servir de manto protetor a subterfúgios do devedor que intenta não quitar o contrato que firmou.

Não se veda o uso da ação revisional ou da consignação, porém, neste caso, não há possibilidade de afastar-se os efeitos da mora,

tampouco impedir as medidas persecutórias visando a recuperação da posse do bem pelo Banco ou adoção de outras medidas cabíveis em face do não cumprimento das obrigações por parte da apelada.

Como bem salientou o eminente Des. Ricardo Fontes, relator dos Embargos Infringentes n. 2006.003401-6, de Chapecó, DJ de 22-8-06:

“Levando-se em consideração, conforme destacado, que a configuração da mora constitui aspecto inarredável da existência ou não de abusividades cometidas pelo credor, o devedor está obrigado, por lei, quando ponderar injustos os importes exigidos, a promover a consignação, pelo menos, da parcela que reputar legítima, abstraídos os valores tidos por excessivos, sob pena de incorrer em mora em relação àquilo efetivamente devido.

Com a consignação judicial ou extrajudicial, portanto, o devedor reprime a incidência dos efeitos da mora sobre a quantia que, segundo seus critérios, seria a passível de cobrança. Não o fazendo, contudo, fica sujeito aos efeitos da própria inadimplência, porquanto não é lícito escusar-se ao pagamento da parte da obrigação realmente devida.

A defesa baseada na inexistência de mora em função de culpa do credor, assim, apenas pode ser argüida de modo apropriado no tocante ao montante supostamente cobrado a maior, não sendo obstáculo, contudo, para o cumprimento da obrigação com a dedução dos encargos tidos por ilegais.

Poder-se-ia admitir, por certo, o afastamento integral dos institutos moratórios em se confirmando, por exemplo, a inexistência absoluta da dívida, o que não é a hipótese dos autos ora estudados, na qual os embargantes, na exordial da ação de defesa, admitem a sua configuração [...] (Apelação Cível n.º 2011.010937-1, da Capital/Estreito, Rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, j. 24.3.2011).

Destarte, dá-se provimento ao recurso da apelante no item, para reformar a sentença, considerando o autor em mora.

Ônus sucumbenciais

Verifica-se que a sentença distribuiu os ônus sucumbenciais da seguinte forma:

Tendo o autor decaído de parte mínima do pedido (artigo 21, parágrafo único, do CPC), condena-se o réu ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 800,00 (oitocentos reais), a teor do disposto no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Contudo, tendo em vista a modificação do comando sentencial, permitindo a cobrança dos juros remuneratórios, com base na taxa média de mercado e, considerado em mora o autor, faz-se necessária a readequação dos ônus da sucumbência, nos termos do art. 21, *caput*, do Código de Processo Civil, condenando as partes a arcar com as custas judiciais e honorários advocatícios, na proporção de 80% para a instituição financeira e 20% para o autor. Quanto aos honorários advocatícios, fixa-se em R\$ 800,00 (oitocentos reais) para o procurador do autor e R\$ 200,00 para o procurador da ré, permitindo-se a compensação, consoante Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça.

É, aliás, o entendimento deste Sodalício:

ÔNUS SUCUMBENCIAIS. PARCIAL ACOLHIMENTO DO RECLAMO. READEQUAÇÃO QUE SE FAZ NECESSÁRIA EM VIRTUDE DA ALTERAÇÃO DO JULGADO. EXEGESE DO ARTIGO 21, *CAPUT*, DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS EM CONFORMIDADE COM O ART. 20, §§ 3º E 4º, DO CPC, VIABILIZADA A COMPENSAÇÃO. SÚMULA N. 306 DO STJ (Apelação Cível n. 2007.027993-6, de São José, Rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, j. 19.5.2011)

Assim, dá-se parcial provimento do recurso no ponto.

Diante do exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso de apelação, e dar-lhe parcial provimento para: a) determinar que os juros remuneratórios sejam cobrados levando-se em conta, como limite, a taxa média de mercado que é divulgada pelo BACEN, ressalvando que prevalecerá

a taxa contratual apurada se mais favorável ao recorrido; b) permitir a incidência dos encargos moratórios, tendo em vista a caracterização da mora do autor; e, c) a readequação dos ônus sucumbenciais nos moldes acima delineados.

DECISÃO

Ante o exposto, decidiu a Câmara, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento.

O julgamento, realizado no dia 1º de setembro de 2011, foi presidido pelo Desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein, com voto, e dele participou o Desembargador Jânio Machado.

Florianópolis, 1º de setembro de 2011.

Volnei Celso Tomazini
RELATOR

Apelação Cível n. 2011.018326-7, de Blumenau

Relator: Desembargador Substituto Volnei Celso Tomazini

ACÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABERTURA DE CONTA CORRENTE PARA DEPÓSITO DE PROVENTOS. COBRANÇA DE TARIFAS REFENTES À MANUTENÇÃO DA CONTA APÓS SOLICITAÇÃO DE ENCERRAMENTO. AUSÊNCIA DE MOVIMENTAÇÃO. SOLICITAÇÃO DE ENCERRAMENTO DO SERVIÇO. INSCRIÇÃO NOS ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. ILEGALIDADE. DEVER DE INDENIZAR. MINORAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. ASTREINTE. OBRIGAÇÃO DE FAZER NÃO CUMPRIDA NO PRAZO DETERMINADO EM DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Se após usufruir serviços oferecidos pelo uso de conta corrente, aberta inicialmente para o recebimento dos proventos, o correntista requereu seu encerramento, bem como deixou de promover qualquer ato capaz de convencer acerca do propósito de manter o privilégio e, ainda assim, a instituição continuou exigindo o pagamento de tarifas, logicamente decorre a ilegalidade da cobrança e, por conseguinte, da inscrição efetuada no órgão de proteção ao crédito. O embaraço da prática é manifesto, de forma a ensejar o pagamento de dano moral.

O valor da indenizatória deve atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a reparar o constrangimento sofrido, sem dar margem ao enriquecimento ilícito, mesmo porque [...] Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o

juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso” (STJ, Resp n. 135.202/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU de 19-5-98). (Apelação Cível n. 2011.017494-5, de Rio do Sul, rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, j. em 5.5.2011).

MULTA DIÁRIA. CABIMENTO.

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 997.481-MT, rel. Min. Luiz Fux, j. em 17.04.2008).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.018326-7, da comarca de Blumenau (3ª Vara Cível), em que é apelante Banco Santander S/A, e apelado Eustáquio Nereu Lauschner:

ACORDAM, em Quinta Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer e prover parcialmente o recurso.

RELATÓRIO

Eustáquio Nereu Laushner ajuizou ação declaratória de inexistência de débito *c/c* indenização por danos morais em face do Banco Santander Banespa S/A informando, em síntese, que teve seu nome incluído no órgão de proteção ao crédito – SPC, porque não saldou débitos relativos à utilização de créditos da conta, aberta inicialmente para recebimento de salário. Entendendo ser indevida a inscrição, bem como discorrendo sobre o constrangimento moral a que foi submetido, rogou a antecipação do provimento e, a final, o acolhimento do pleito (fls. 01-15).

Deferida a tutela antecipada (fls. 48-50), citado, o réu apresentou contestação, defendendo ausência das formalidades condizentes para a finalização da conta, particularidade que afasta a responsabilidade noticiada. Rebateu os demais fundamentos, postulando a rejeição da súplica (fls. 82-104).

Após a réplica (fls. 119-132), o Magistrado deixou de receber a peça contestatória por sua intempestividade (fls. 133-134 e 147-v). Retificado o polo passivo (fl. 162), sobreveio a r. sentença que julgou procedente o pedido, com a condenação ao pagamento do dano moral na importância de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) (fls. 170-176).

Inconformado, o vencido apelou, instando pela reforma do *decisum*. Refutou, ainda, o *quantum* arbitrado a título de indenizatória, bem como fixação da multa (fls. 180-206).

Com as contrarrazões (fls. 211-217), os autos ascenderam essa e. Corte.

É o relatório.

VOTO

Eustáquio Nereu Lauschner (apelado) laborou na Fundação Educacional de Brusque - UNIFEBE, entre os anos de 2000 e 2004, motivo que acarretou a abertura de conta para recebimento do salário. Findo o contrato de trabalho, dirigiu-se ao Banco Santander (apelante) e solicitou seu encerramento (fl. 18), todavia, ainda assim, teve seu nome inscrito nos órgãos de proteção ao crédito – SERASA (fl. 21), sob o argumento de débitos relativos à manutenção do benefício.

A conta corrente, é sabido, conceitua-se como um “[...] *contrato segundo o qual duas pessoas convencionam fazer remessa recíprocas de valores – seja bens, títulos ou dinheiro – anotando os créditos daí resultantes em uma*

conta para posterior verificação do saldo exigível, mediante balanço” (Martins, Fran In: Rizzardo, Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário*. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 65).

No que interessa, o apelado usufruiu serviços oferecidos pela utilização de conta corrente, aberta inicialmente para o recebimento dos proventos, (fls. 17-21), do qual decorre, necessariamente, a cobrança de encargos. Contudo, o documento à fl. 18 demonstra o pedido de finalização do conta, particularidade que, por certo, comprova a intenção de não mais manter o privilégio.

Aliás, como fundamentou o Magistrado:

O pedido de encerramento da conta corrente efetuado pela autora foi recebido na agência de Blumenau em 21/12/2004 (fl. 18). Diante dos princípios da transparência e boa-fé que regem as relações consumeristas, caso houvesse alguma impossibilidade de recebimento e/ou acatamento do referido pedido, obviamente que o banco requerido deveria comunicar seu cliente, para que este tomasse as providências cabíveis a fim de possibilitar o encerramento da referida conta (fl. 173).

Em outras palavras, cessada a avença funcional, Eustáquio além de reivindicar a finalização da conta, não promoveu qualquer ato capaz de convencer acerca do propósito de conservar o serviço. Daí o porquê da ilegalidade da cobrança e, conseqüentemente, da inscrição no órgão de proteção ao crédito.

Ademais, desde o advento da Súmula n. 297 do Superior Tribunal de Justiça: “*O Código de Defesa do Consumidor é aplicável as instituições financeiras*”.

Para ilustrar, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery lecionam:

Contratos bancários. Todas as operações e contratos bancários se encontram sob o regime jurídico do CDC. Não só os serviços

bancários, expressamente previstos no CDC 3.º, § 2.º, mas qualquer outra atividade, dado que o banco é sociedade anônima, reconhecida sua atividade como sendo de comércio, por expressa determinação do CCom 119. Assim, as atividades bancárias são de comércio, e o comerciante é fornecedor conforme prevê o caput do CDC 3.º. Por ser comerciante, o banco é, sempre, fornecedor de produtos e serviços. O que pode ser discutido, eventualmente, é se determinado contrato bancário é ou não de consumo, ou seja, se o co-contratante é ou não consumidor [...] (*Código de processo civil comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 1372).

De sorte que os contratos bancários estão submetidos às regras da proteção consumerista, razão pela qual,

[...] em que pesem as estipulações contratuais que tratam da automática renovação da conta-corrente e da possibilidade de levar a débito os valores referentes aos serviços prestados, mostra-se atentatório aos direitos do consumidor a prática da instituição em perpetuar a relação contratual mesmo em se verificando a total ausência de movimentação da conta, situação que só tem o condão de gerar o enriquecimento da parte mais forte na relação. (Apelação Cível n. 2003.012379-2, de Blumenau, rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, j. em 09.07.2009).

A par disso,

A presunção de boa-fé do correntista não pode ser elidida pela alegação do banco de que aquele não observou o procedimento padrão. Milita em seu favor a hipossuficiência e a vulnerabilidade contratual, necessitando por parte do Poder Judiciário a facilitação do seu acesso à justiça e de sua defesa processual. Portanto, configura-se desídia do banco ao prestar incorretamente informações ao seu correntista, bem como ilícita o lançamento do nome deste nos cadastros restritivos de crédito, devendo ser mantida a sentença que declarou a inexistência da dívida. (Apelação Cível n. 2009.070896-9, de Brusque, rel. Des. Lédio Rosa de Andrade, j. em 10.06.2010).

Também:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA.

IRRESIGNAÇÃO DA CASA BANCÁRIA. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE, EMPÓS CERCA DE UM ANO DE REQUERIMENTO EXPRESSO DE ENCERRAMENTO DA CONTA-CORRENTE, LANÇA O NOME DA AUTORA NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. ELEMENTOS DE PROVA SUFICIENTES PARA DEMONSTRAR O ATO ILÍCITO COMETIDO. DISPENSABILIDADE DA COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. ABALO PRESUMIDO. PREFACIAL DE CARÊNCIA DE AÇÃO POR FALTA DE PROVAS REPELIDA. MANUTENÇÃO DO COMANDO JUDICIAL QUE SE IMPÕE. PLEITO DE MINORAÇÃO DO QUANTUM REPARATÓRIO. IMPROCEDÊNCIA. FIXAÇÃO ESCORREITA NA ORIGEM. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA EQUIDADE, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. MANTENÇA IN TOTUM DA SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 2005.034109-7, de Criciúma, rel. Des. José Carstens Kohler, j. em 08.01.2009).

Partindo dessas considerações, as peculiaridades da situação, à toda evidência, são suficientes para afastar a culpa do apelado, do que acarreta, necessariamente, o dever de compensar o desconforto que a prática acarretou.

Veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - ENCERRAMENTO DE CONTA-CORRENTE - PEDIDO FORMULADO PELO CORRENTISTA POR ESCRITO - DEVER DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA EM INFORMAR A EXISTÊNCIA DE EVENTUAIS PENDÊNCIAS - ART. 6º, INCISO III, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - LANÇAMENTOS DE DÉBITO AUTOMÁTICO E DESPESAS BANCÁRIAS APÓS O ENCERRAMENTO - ILEGALIDADE - DÉBITO INEXISTENTE - INSCRIÇÃO NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO INDEVIDA - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - DANO MORAL

CARACTERIZADO INDEPENDENTE DA PROVA DO PREJUÍZO - NEXO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADO - REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO NA SENTENÇA - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível n. 2007.039820-5, de Balneário Camboriú, rel. Des. Soraya Nunes Lins, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. em 16.05.2011).

E:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DE DÉBITO C/C DANOS MORAIS E ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - CONTRATO DE CONTA-CORRENTE - COBRANÇA DA TAXA DE MANUTENÇÃO E DEMAIS ENCARGOS APÓS SOLICITAÇÃO DE ENCERRAMENTO - LANÇAMENTO DO NOME DO AUTOR EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - RECURSO DA CASA BANCÁRIA. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO TERIA OCORRIDO PEDIDO EXPRESSO VISANDO O ENCERRAMENTO DA RELAÇÃO CONTRATUAL, MOTIVO PELO QUAL A INCIDÊNCIA DOS ENCARGOS SERIA DEVIDA, ASSIM COMO O DÉBITO ATRIBUÍDO AO AUTOR - NÃO ACOLHIMENTO - REVELIA RECONHECIDA EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO - PRESUNÇÃO DE VERACIDADE QUANTO À AFIRMAÇÃO, LANÇADA NA INICIAL, DE QUE HOUVE PEDIDO EXPRESSO FORMULADO PELO REQUERENTE ALMEJANDO O TÉRMINO DO CONTRATO - INCIDÊNCIA DO ARTIGO 319, DO CPC. (Apelação Cível n. 2008.063973-3, de Criciúma, rel Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. Em. 15.04.2011)

Sendo assim, assentada a condenação, resta concluir que a fixação da indenizatória deve atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a reparar o embarço, sem dar margem ao enriquecimento ilícito.

Segundo Carlos Alberto Bittar:

[...] a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que se 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: RT, 1993. p. 220).

Com efeito:

Inexistindo critérios previstos por lei a indenização deve ser entregue ao livre arbítrio do julgador que, evidentemente, ao apreciar o caso concreto submetido a exame fará a entrega da prestação jurisdicional de forma livre e consciente, à luz das provas que forem produzidas. Verificará as condições das partes, o nível social, o grau de escolaridade, o prejuízo sofrido pela vítima, a intensidade da culpa e os demais fatores concorrentes para a fixação do dano, haja vista que costumeiramente a regra do direito pode se revestir de flexibilidade para dar a cada um o que é seu [...] O que prepondera, tanto na doutrina, como na jurisprudência, é o entendimento de que a fixação do dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do juiz (Santini, José Raffaelli. *Dano moral: Doutrina, Jurisprudência e Prática*. São Paulo: Agá Júris, 2000. p. 45 - grifou-se).

A propósito, manifestou-se este Tribunal:

[...] Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso” (STJ, Resp n. 135.202/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU de 19-5-98). (Apelação Cível n. 2011.017494-5, de Rio do Sul, rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, j. em 5.5.2011).

Diante dos peculiaridades do fato, mostra-se adequado minorar o *quantum*, arbitrando-o em (R\$ 10.000,00 – dez mil reais), mesmo porque há se observar o saldo ensejador da negatização, no importe de R\$ 462,29

(quatrocentos e sessenta e dois reais e vinte e nove centavos) (fl. 21). Esse, aliás, é o posicionamento desta Câmara em situações análogas (AC n. 2010.048147-6 e AC n. 2009.067529-9, deste relator).

Quanto à multa fixada, convém registrar que,

[...] a “ASTREINTE” tem por finalidade resguardar a obrigação imposta, compelindo o réu a cumprir a decisão, sob pena de expor-se ao pagamento da multa por sua própria incuria. O quantum arbitrado deve ser alto, a fim de cumprir com seu intento, o devedor sentir ser preferível cumprir a liminar a pagar o elevado valor da multa fixada. (Apelação Cível n. 2004.032153-5, de Blumenau, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. em 14.04.2005).

Logo, visando assegurar o cumprimento da determinação judicial e, considerando o porte financeiro da apelante, tem-se pela manutenção da sentença neste pormenor.

Cita-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE DE INSCRIÇÃO DO NOME DO AGRAVADO NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MULTA COMINATÓRIA. RECURSO IMPROVIDO.

Quanto ao valor da multa diária, deve ser significativo, a fim de atingir a sua finalidade. Entende-se, pois, não afigurar-se excessiva a quantia fixada por tratar-se o agravante de instituição financeira, com elevado poder econômico, tornando-se, valor inferior ao aplicado, ineficiente à compeli-la ao cumprimento da medida judicial determinada. (Agravo de Instrumento n. 2010.053515-7, rel. Des. Lédio Rosa de Andrade, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. em 19.04.2011).

Ante o exposto, vota-se pelo conhecimento e provimento parcial do recurso, tão somente para minorar o valor da indenização, fixando-o em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

DECISÃO

Ante o exposto, decidiu a Quinta Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer e prover parcialmente o recurso.

O julgamento, realizado no dia 22 de junho de 2011, foi presidido pelo Desembargador Jânio Machado, com voto, e dele participou a Desembargadora Soraya Nunes Lins .

Florianópolis, 22 de junho de 2011.

Volnei Celso Tomazini
RELATOR

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO CÍVEL

Apelações Cíveis n. 2010.043320-0 e 2011.024676-5, de Anchieta

Relator: Des. Vanderlei Romer

PROCESSUAL CIVIL.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADAS EM RAZÃO DO MESMO FATO E CONTRA O MESMO INDIVÍDUO, EX-FUNCIONÁRIO DO BANCO DO ESTADO DE SANTA CATARINA S.A., SUCEDIDO PELO BANCO DO BRASIL S.A. REUNIÃO DOS PROCESSOS EM RAZÃO DA CONEXÃO. PROLAÇÃO, TODAVIA, DE SENTENÇAS DISTINTAS, AINDA QUE AMBAS PELA PROCEDÊNCIA. INTERPOSIÇÃO DE UM ÚNICO RECURSO DE APELAÇÃO POR UM DOS VENCIDOS, COM O PROPÓSITO DE DESCONSTITUIR AMBAS AS DECISÕES. JULGAMENTO CONJUNTO QUE SE IMPÕE.

CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PROVA PRETENDIDA JÁ TRAZIDA AOS AUTOS.

MÉRITO. GERENTE ADMINISTRATIVO E GERENTE-GERAL DE INSTITUIÇÃO BANCÁRIA DO ESTADO. DESVIO DE VALORES EM PROVEITO PRÓPRIO. EVIDENTE PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE QUE IMPORTAM EM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E EM PREJUÍZO AO ERÁRIO (ARTIGOS 9º E 10 DA LEI N. 8.429/1992). ACOLHIMENTO DOS PEDIDOS VEICULADOS NA AÇÃO DE IMPROBIDADE E NA AÇÃO DE COBRANÇA NA ORIGEM. IRRESIGNAÇÃO

MANIFESTADA POR UM DOS REQUERIDOS QUE APREGOIA A SUA IRRESPONSABILIDADE OU PARTICIPAÇÃO MENOR PELAS FRAUDES. ARGUMENTAÇÃO QUE NÃO SUBSISTE, À LUZ DO ACERVO PROBATÓRIO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE REPARAR O PREJUÍZO. REDUÇÃO DO *QUANTUM* CONDENATÓRIO IMPOSTO AO APELANTE, TODAVIA, QUE SE IMPÕE, PORQUANTO COMPROVADO QUE AS ÚLTIMAS OPERAÇÕES LESIVAS FORAM REALIZADAS QUANDO JÁ HAVIA SE DESLIGADO DO BANCO. ADEQUAÇÃO DO VALOR CONDENATÓRIO NESTE PONTO.

PROVIMENTO PARCIAL.

Decisões que devem ser proferidas simultaneamente, por força da conexão (artigo 105 do Código de Processo Civil) não podem ser conflitantes.

Hipótese, todavia, em que o Magistrado prolatou duas sentenças, uma para cada processo, constando na primeira como montante condenatório a quantia de R\$ 351.061,77 (ação civil pública), e na segunda e última o valor de R\$ 359.519,02 (ação de cobrança).

Preponderância desse último comando judicial, no tocante aos valores a serem ressarcidos à instituição financeira lesada pelos réus, porquanto, conforme o relatório de auditoria interna, que respaldou tanto a ação civil pública como a ação de cobrança, o numerário mencionado no seu respectivo dispositivo é que efetivamente correspondeu ao prejuízo.

Erro meramente material, que pode (e deve), ser corrigido de ofício a qualquer tempo, de modo a prevalecer o montante correto.

Acervo probatório que atesta à sociedade grande quantidade de operações bancárias fraudulentas, com lançamentos falsos em contas-corrente e apropriação indevida dos respectivos valores.

De outro vértice, o acolhimento parcial da irresignação do réu apelante é medida que se impõe, porque não há como responsabilizá-lo pelas operações fraudulentas concretizadas após a data em que aderiu ao programa de demissão incentivada, já que, a partir de então, cessou o seu acesso às senhas utilizadas para a perfectibilização dos atos ímprobos.

Nesse passo, responde o recorrente, solidariamente com o seu ex-superior hierárquico, pela quantia desviada até o momento em que integrava o quadro funcional do Banco, de modo que o restante deve ser satisfeito unicamente pelo ex-gerente.

Ambos, contudo, estão obrigados ao pagamento da sanção pecuniária aplicada na ação civil pública com lastro na Lei n. 8.429/1992.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelações Cíveis n. 2010.03220-0 e 2011.024676-5, da comarca de Anchieta (Vara Única), em que é apelante Jorge Emar Rodrigues, e apelados Ministério Público de Santa Catarina e Banco do Brasil S.A., respectivamente:

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, prover parcialmente o recurso. Custas legais..

O julgamento, realizado no dia 14 de junho de 2011, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Ricardo Francisco de Oliveira.

Florianópolis, 31 de agosto de 2011.

Vanderlei Romer
RELATOR

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina ajuizou ação civil pública por atos de improbidade administrativa contra Jorge Henrique Freddo e Jorge Emar Rodrigues, ex-funcionários do Banco do Estado de Santa Catarina – BESC S.A, hoje Banco do Brasil S.A., ao argumento de que ambos, em razão dos cargos que ocupavam, perpetraram uma série de fraudes, tais como o lançamento contábil de operações inexistentes, uso indevido de cheques avulsos e de cartões magnéticos, saques indevidos na conta de vários correntistas, etc., com o propósito de se apropriarem indevidamente de valores pertencentes a outrem.

Para o autor, as irregularidades foram constatadas mediante inspeção realizada na agência bancária do município de Anchieta (SC), a qual resultou em relatório especial, que apontou a prática de 165 (cento e sessenta e cinco) operações ilícitas, as quais geraram um desvio de grande vulto.

Após descrever minuciosamente cada ato, afirmou o *Parquet* que a conduta dos réus amolda-se ao tipo previsto no artigo 9º da Lei n. 8.429/1992, e que, nesse passo, estão sujeitos às sanções previstas no seu artigo 12, inciso I, aí compreendido o ressarcimento do valor desviado, qual seja, R\$ 351.061,77 (trezentos e cinquenta e um mil sessenta e um reais e setenta e sete centavos).

Cumprido o disposto no artigo 17, §§8º e 9º, da Lei de Improbidade Administrativa, oferecida a defesa prévia pelos réus, a inicial foi recebida (fl. 152).

Seguiu-se a apresentação das contestações, a instrução do feito, e, após, houve a entrega da tutela jurisdicional, que foi pela procedência da ação civil pública para condenar os requeridos a ressarcir o Besc da quantia de R\$ 351.061,77 (trezentos e cinquenta e um mil sessenta e um reais e setenta e sete centavos), bem como a pagar multa civil de R\$ 20.000,00

(vinte mil reais), por infração ao artigo 9º c/c art. 12, inciso I, da Lei n. 8.429/1992.

A tempo e modo, recorreu Jorge Edmar Rodrigues.

Primeiramente, salientou que aderiu ao plano de demissão incentivada em 15-4-2004 e que, por isso, não pode sofrer as consequências dos atos praticados (fraudes) após o seu desligamento da instituição financeira, o que torna evidente que o único responsável pelas irregularidades foi o co-réu Jorge Henrique Freddo. Acentuou, outrossim, que outros atos foram praticados enquanto se encontrava em gozo de férias, fato que só reforça a conclusão de que está isento de qualquer responsabilidade. Além disso, sustentou que trabalhou em outras agências, e que, a fim de comprová-lo, requereu que fosse oficiado ao Besc para que fornecesse informações mais detalhadas a respeito, no que não obteve êxito, o que torna de rigor o reconhecimento do cerceamento de defesa, porquanto indispensável, para a correta solução da celeuma, a vinda de tal documentação ao feito.

Em reforço de sua tese, disse que tamanha era a confiança que depositava em Jorge Henrique Freddo, seu superior, que chegou até mesmo a lhe disponibilizar a sua senha profissional, o que era necessário para o desencadeamento de algumas operações bancárias. Reeditou o argumento de que os atos foram cometidos apenas pelo réu em tela, tanto que ele teria restituído ao Banco alguns dos valores dos quais se apropriou

Propugnou, assim, pela anulação da sentença para que se instrua adequadamente o processo, com a produção da prova documental vindicada, e, no mérito, que seja dado provimento ao recurso para absolvê-lo, pois, se contribuiu para os fatos relatados pelo autor, fê-lo minimamente.

Nas contrarrazões, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina contrapôs-se ao alegado no reclamo. Aduziu que, se houve alguma nulidade ao longo do feito, cabia ao apelante argui-la oportunamente, o que não fez, de modo que está precluso o direito e, de outra banda, que o acervo

probatório dá conta da prática dos atos ímprobos por ambos os suplicados. Assinalou que o fato de cerca de R\$ 7.000,00 serem desviados após a saída do apelante do Banco Besc, não comprova que ele não fez uso de tal dinheiro, uma vez que durante aproximadamente três anos dividiu o desvio com Jorge Freddo, e certamente compartilhou o fruto dessa apropriação posterior a sua saída. Assim, cada um é devedor solidário pela dívida para com o credor comum (fl. 389).

Nesta instância, lavrou parecer pela douda Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Sra. Dra. Hercília Regina Lemke, que opinou pelo desprovimento do recurso.

Constatado que o recurso de apelação relativo à decisão prolatada na ação de cobrança não foi autuado, determinou-se que se procedesse a tanto, bem como a intimação da instituição financeira para responder ao apelo (Apelação Cível n. 2011.024676-5). Conclusos os autos para julgamento, aportaram no gabinete as contrarrazões oferecidas pelo Banco do Brasil S.A., nas quais sustentou que apenas com a autuação do recurso desferido na ação de cobrança é que se abriu o prazo de resposta, de modo que tempestiva a respectiva peça. No mais, defendeu o acerto do *decisum* hostilizado.

VOTO

Antes de adentrar na análise do cerne da controvérsia, cumpre tecer alguns esclarecimentos.

Como destacado na suma do processo, em razão dos mesmos fatos que ensejaram a ação civil pública por improbidade administrativa, quais sejam, o lançamento de valores em contas corrente de diversos clientes e saques posteriores, dentre outros atos, o Banco do Estado de Santa Catarina – Besc, sucedido pelo Banco do Brasil S.A., deflagrou ação de cobrança contra os mesmos Jorge Henrique Freddo e Jorge Emar Rodrigues, com o

intento de obter a devolução da quantia desviada de seu patrimônio (autos n. 0000417-60.2007.8.24.0002), em razão de idênticos fatos.

Durante o trâmite da *actio*, o MM. Juiz reconheceu a conexão entre os processos e determinou o seu processamento conjunto (fl. 93 da ação de cobrança e fl. 119 da ação civil pública).

A rigor, então, seria o caso de ser proferida uma única *sententia* para ambos, o que, contudo, não ocorreu. Houve decisão em separado para cada feito, com resultados iguais, salvo mínima diferença entre os valores.

Obviamente que na ação de cobrança houve apenas a sujeição dos ex-bancários à devolução da quantia, enquanto que na ação de improbidade, além desta restituição, sem duplicidade, impôs-se a sanção civil de pena de multa.

Diante do conformismo de Jorge Henrique Freddo com o veredicto., resta apenas analisar o recurso de Jorge Edmar Rodrigues.

Aliás, a efetiva ocorrência das operações financeiras efetuadas com o fito de obter vantagem indevida sequer é questionada pelo apelante. O que ele põe em xeque é a sua co-autoria, uma vez que nega a sua participação, fundado no argumento de que a maior parte dos atos foram praticados quando se encontrava ausente da agência bancária de Anchieta, em férias ou substituindo em agências bancárias situadas em outras cidades.

Argumenta que não teve a oportunidade de comprovar essas alegações, o que redundou em manifesta ofensa ao seu direito à ampla defesa, pois não houve informações mais específicas sobre os períodos em que esteve afastado de suas funções.

Diz o apelante que lhe foi vedado demonstrar que as operações fraudulentas se verificaram quando estava de férias ou substituindo em outras agências do Besc. Não tem razão.

Jorge Rodrigues requereu, já no primeiro grau de jurisdição, a expedição de ofício ao autor da ação de cobrança para esclarecimento da questão e, como sobressai do despacho de fl. 216 (autos da ação civil pública), houve o deferimento, com a consequente expedição de ofício ao Banco do Estado de Santa Catarina, que, em 21 de agosto de 2008, protocolou em juízo o informe de fls. 232-233 (idem), no qual especificou o período em que o irresignado trabalhou em Anchieta, assim como o período em que ele substituiu Jorge Henrique Freddo.

Mais à frente, o Banco do Brasil S.A., sucessor do Besc, trouxe informações mais detalhadas, especificando os períodos de gozo de férias e o histórico de suas lotações (fl. 239).

Como se vê, é cristalino que o requerimento foi atendido em sua plenitude. E os informes documentais não albergam as alegações do apelante.

Além disso, nas razões finais, o inconformado quedou-se absolutamente silente no ponto.

Em hipóteses tais, entende-se, *mutatis mutandis*, que:

Não há nulidade da ação penal por cerceamento de defesa se a defesa, tendo a oportunidade de se manifestar a respeito da questão, em sede de alegações finais, não o fez, o que caracteriza a ocorrência de preclusão (REsp n. 1185954/PE, rel. Min. Gilson Dipp).

Cerceamento de defesa não houve.

Mérito

Como já assinalado alhures, a ocorrência dos atos de improbidade não é desmentida pelo apelante. O que ele pretende é tão somente o reconhecimento de que não contribuiu para a sua prática em toda a sua extensão, ou que o fez minimamente e, assim sendo, a minoração

do *quantum* cujo pagamento lhe foi imposto solidariamente com Jorge Henrique Freddo.

Deveras, a consecução de uma série de atos ilícitos é fato incontroverso. Foram diversas e sucessivas as operações de débito em contas-corrente paralisadas, débitos em contas-correntes de pessoas falecidas, apropriação de recursos recebidos de clientes, desvio de valores, destruição de documentos a fim de ocultar os atos praticados, uso indevido de matrícula e senhas de colegas em gozo de férias e aí por diante; e foi tudo isso muito bem detalhado na petição inicial da ação civil pública (fl. 65), a partir dos dados apurados em relatório resultante de auditoria interna levada a cabo na agência de Anchieta (fls. 64-90), o qual foi conclusivo no sentido de que Jorge Henrique Freddo e Jorge Emar Rodrigues, ocupantes à época, respectivamente, dos cargos de gerente-geral e gerente administrativo, foram os responsáveis pelas fraudes.

Dessume-se do relatório que, conquanto o primeiro requerido tenha, ao que tudo indica, sido o mentor das fraudes e tenha tido participação mais ativa (depositou valores para as contas-correntes de familiares, pagou dívidas com as quantias desviadas e por aí adiante), Jorge Edmar Rodrigues também transferiu indevidamente valores para a sua conta-corrente (fls. 83-86) e, sem sombra de dúvida, contribuiu decisivamente para que as irregularidades pudessem ser concretizadas.

Conforme o quadro demonstrativo de fls. 7-10 da exordial da ação civil pública, pelo menos 93 (noventa e três) operações foram feitas no caixa que ele, o apelante, operava, com o uso de sua senha pessoal. É demasiada coincidência.

De ressaltar que, embora vários dos lesados eram correntistas, o prejuízo acabou sendo transferido ao Banco, responsável pelo respectivo ressarcimento aos seus clientes.

Não é possível divergir, nesse contexto, da conclusão esposada pelo Dr. Marcos Bigolin, digno sentenciante, de que “tinha ciência dos fatos, porque, enquanto no exercício de seu mister como gerente administrativo, as movimentações dissimuladas eram em maior frequência e volume financeiro” (fl. 330 dos autos da ação civil pública).

E prossegue:

Não suficiente, possuía conta conjunta com Jorge Henrique Fredo – n. 006.330-5 0 para a qual foram desviados parte dos valores (ao menos em torno de R\$ 1.426,93 (um mil, quatrocentos e vinte e seis reais e noventa e três centavos).

Se não obteve maiores benefícios, contribuiu para o dano. Se tinha conduta secundária, não deixou de tê-la. Se contribuiu para a ação ilícita e assim causou prejuízo, responde por ele. Fica cristalino nos autos que o estratagema foi previamente elaborado e simultaneamente executado por ambos os requeridos. **Eventual ausência de um na agência bancária, seja em razão de substituição em outra agência ou férias, não impossibilitou o outro de dar continuidade à empreitada fraudulenta em benefício de ambos.**

[...]

Com relação à utilização pessoal da senha pessoal pelo co-réu, Jorge Fredo, não demonstrou que este tivesse obtido a informação de modo fraudulento ou vicioso. A senha, porquanto pessoal, é de responsabilidade de seu titular. Se outro a utilizava – e com tanta frequência -, ficou claro que o fazia com ciência e anuência de Jorge Emar Rodrigues, que, ademais, conhecia as operações irregulares praticadas por Jorge Fredo e para com elas contribuía. Não pode, todavia, imiscuir-se da responsabilidade civil decorrente de prejuízo para o qual somatizou (fl. 331, sem grifo no original).

Acrescente-se, por oportuno, que os réus foram denunciados pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina pela prática do crime previsto no artigo 312 do Código Penal. A denúncia foi julgada procedente, em sentença que foi alvo de recurso de apelação (autos n. 002.07.000037-0), remetido a esta Corte de Justiça em 2 de maio

de 2011, conforme informação obtida no *site* do Poder Judiciário. Atualmente, o processo encontra-se na Procuradoria-Geral de Justiça.

O *decisum* citado, da boa lavra do Dr. Márcio Luiz Cristofoli, traz pertinente indagação:

A fraude é de tão notória autoria, que os acusados mantinham uma conta-conjunta (conta-corrente 006.330-5) para que os valores desviados fossem diretamente creditados na conta deles. As operações referidas estão descritas à fl. 22 e 523 dos documentos anexos e totalizam a importância de R\$ 1.316,43.

Diante de tal fato pergunta-se: se os acusados não estavam agindo em conluio, para que mantinham uma conta-conjunta na instituição financeira, se eram apenas colegas de trabalho.

É lógico que a conta foi aberta para escorar a empreitada criminosa.

O fato alegado pelo acusado Jorge Emar Rodrigues de que sua senha era utilizada pelo co-réu para a prática dos delitos não se sustenta. É verdade que algumas operações ocorreram durante períodos em que o acusado sequer estava trabalhando na agência, seja por estar em gozo de férias ou substituindo em outras agências do banco. Isso, contudo, apenas confirma o fato de que as senhas dos funcionários eram conhecidas entre eles, mas não o exime da responsabilidade criminal, principalmente porque, segundo documentação inclusa, a movimentação fraudulenta diminuiu drasticamente após a saída do acusado, em abril de 2004 (fl. 35).

Ademais, conforme relatório (fls. 23/24 dos documentos) o acusado Jorge Emar Rodrigues creditou em sua própria conta-corrente, de número 002.268-4, o valor de R\$ 1.000,00, em 09/09/02; em 04/10/02 creditou mais R\$ 200,00; ambos os valores foram debitados da conta-corrente de Osvamir Carlos Zanella, os quais haviam sido transferidos da Conta Contábil; em seu depoimento judicial (fl. 151) Osvamir disse que havia encerrado sua conta no BESC em 2002 e que nunca autorizou ninguém a movimentá-la. Desta forma, o alibi apresentado pela defesa de Jorge Emar Rodrigues não foi comprovado, ônus que lhe competia (sem grifo no original).

Chama atenção, ainda, a circunstância de as operações terem cessado a contar do desligamento do gerente administrativo do Banco, diante de sua adesão ao programa de demissão incentivada em abril de 2004 (fl. 233 da ação civil pública), malgrado algum tempo depois tenham-se reiniciado (janeiro de 2005, fl. 9 dos mesmos autos), mas envolvendo valores significativamente inferiores.

Portanto, a procedência do pedido também quanto ao apelante foi muito bem pronunciada.

A condenação é solidária, nos termos do artigo 942 do Estatuto Material:

os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Por conseguinte, a ausência de prova quanto ao valor indevidamente apropriado por cada um não obsta o ressarcimento do dano, de modo solidário, que deve ser integral, nos termos do artigo 5º da Lei n. 8.429/1992.

Irresponsabilidade do réu pelos atos cometidos após a sua adesão ao programa de demissão incentivada

Agora, pelo benefício da dúvida, entende-se que a restituição do numerário desviado a partir de 16 de abril de 2004, ocasião em que o apelante já havia deixado de trabalhar para o Banco (fl. 233 dos autos da ação civil pública), não lhe pode ser imputada.

Atente-se para o disposto na Lei de Improbidade Administrativa: respondem pelas consequências dos atos de improbidade aqueles que o praticarem, que o induzirem ou que para ele concorrerem (artigos 1º e 3º).

Assim sendo, só deverá proceder à devolução, solidariamente com o requerido Jorge Henrique Freddo, dos valores desviados até 15-4-2004,

data em que aderiu ao programa de demissão incentivada (fl. 233). A partir de então, está isento de responsabilidade.

Montante condenatório

O *quantum* condenatório estabelecido na ação civil pública, como visto, foi levemente diverso daquele fixado na ação de cobrança, respectivamente R\$ 351.061,77 (trezentos e cinquenta e um mil, sessenta e um reais e setenta e sete centavos) e R\$ 359.519,02 (trezentos e cinquenta e nove mil quinhentos e dezenove reais e dois centavos).

Ora, a reunião das ações em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente (art. 105 do CPC), tem por escopo evitar julgamentos conflitantes.

No caso, há levantamento técnico pericial, não impugnado, de que o somatório dos valores fraudados é de R\$ 359.519,02 (trezentos e cinquenta e nove mil quinhentos e dezenove reais e dois centavos) – relatório de auditoria de fl. 89 da Apelação Cível n. 2010043320-0, e não o valor determinado na ação civil pública.

Trata-se de mero erro material, que pode, e deve, ser corrigido a qualquer tempo (artigo 463 do CPC):

O erro material é corrigível a qualquer momento, de ofício ou a requerimento da parte, sem que daí resulte ofensa à coisa julgada (RSTJ 34/378).

Pois bem, do somatório em questão (R\$ 359.519,02), pelos motivos já apontados, devem ser excluídos da responsabilidade do apelante Jorge Emar Rodrigues, os valores correspondentes às fraudes praticadas após ter aderido ao programa de demissão incentivada do Besc (15-4-2004), a saber:

CC N. 81952108000000-0	
DATA	VALOR (R\$)

17-1-2005	345,00
19-1-2005	675,00
24-1-2005	565,00
25-1-2005	455,00
28-1-2005	360,00
1º-2-2005	570,00
2-2-2005	620,00
4-2-2005	385,00
9-2-2005	470,00
10-2-2005	630,00
3-3-2005	880,00
4-3-2005	915,00
1º-3-2005	785,23
1º-3-2005	779,00
TOTAL	8.434,23
CC 006.775-0*	
TOTAL	10.737,74
CC n. 006.503-0*	
TOTAL	517,34
CC N. 006299-6	
2-9-2004	600,00
2-9-2004	420,03
2-9-2004	762,50
25-4-2005	636,50
4-5-2005	789,24
4-5-2005	780,00
5-5-2005	825,30
5-5-2005	825,00
6-5-2005	1.100,00
10-5-2005	2.000,00

16-5-2005	1.500,00
6-7-2005	785,23
6-7-2005	775,00
TOTAL	11.798,80
CC n. 006.610-0*	
TOTAL	1.997,26
CC N. 006.330-5	
DATA	VALOR
19-4-2004	7,06
3-6-2004	3,35
3-6-2004	6,00
30-6-2004	1.000,0
30-6-2004	1.011,81
1º-7-2005	925,30
1º-7-2005	815,00
TOTAL	3.768,52
TOTAL GERAL	37.256,89

*todas as operações foram posteriores a 15-4-2004

Conseqüentemente, a obrigação de restituir é integral em relação ao réu Jorge Henrique Freddo, e de R\$ 322.262,13 (trezentos e vinte e dois mil duzentos e sessenta e dois reais e treze centavos), em relação ao réu e apelante Jorge Emar Rodrigues, permanecendo, por óbvio, a solidariedade passiva dentro desses limites respectivos. Noutras palavras, a responsabilidade solidária está limitada a R\$ 322.262,13 (trezentos e vinte e dois mil duzentos e sessenta e dois reais e cinquenta e três centavos), ficando a diferença ao encargo exclusivo do réu Jorge Henrique Freddo.

A multa civil de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) imposta na ação civil pública permanece e se destina ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados (REsp n. 735424/SP, rela. Mina. Eliana Calmon).

Finalmente, reduz-se a verba honorária de 20% para 10%, mantida a mesma base de cálculo, considerando-se o vultoso valor da condenação.

Daí o provimento parcial em favor do apelante Jorge Emar Rodrigues para afastar a condenação a ele imposta em relação aos valores desviados após a sua saída da instituição financeira, R\$ 37.256,49 (trinta e sete mil duzentos e cinquenta e seis reais e quarenta e nove centavos) e reduzir a verba honorária para 10% do montante condenatório.

É o voto.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2008.047621-0, da Capital

Relator: Des. João Henrique Blasi

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMBARGO E DEMOLIÇÃO DE PEQUENA RESIDÊNCIA INSERIDA EM COMUNIDADE DE BAIXA RENDA. INOBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO URBANÍSTICA. IMÓVEL VIZINHADO POR INÚMERAS OUTRAS HABITAÇÕES NO MESMO ESTADO. DEMOLIÇÃO QUE NÃO TRAZ GANHO AO MEIO AMBIENTE ARTIFICIAL. IRRAZOABILIDADE. ATENTADO AO DIREITO À MORADIA. PREVALÊNCIA DESTES NO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DO FERRAMENTAL CONTIDO NO ESTATUTO DA CIDADE (LEI N. 10.257/01), VISANDO A ALCANÇAR MELHORIAS SOCIAIS, VALORIZAÇÃO AMBIENTAL E TRANSFORMAÇÕES URBANÍSTICAS ESTRUTURAIS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.047621-0, da comarca da Capital (Unidade da Fazenda Pública), em que é apelante Representante do Ministério Público e apelada Benta Terezinha da Cunha Moura e outro:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Cuida-se de ação civil pública aforada pelo Ministério Público, representado pelo Promotor Alexandre Herculano Abreu, perante a Unidade da Fazenda Pública da Comarca da Capital, em face de Benta Terezinha da Cunha Moura, representada pela Advogada Sandra Regina Machado de Souza, e do Município de Florianópolis, representado pelo Procurador Elton Rosa Martinovsky, postulando, em suma, o embargo e a demolição da obra realizada pela primeira, alegadamente uma pousada, sob pena de multa pecuniária por dia de atraso (fl. 14), ao argumento de que a edificação foi executada sem a observância das normas urbanísticas de regência (fl. 4).

Foi deferida liminar determinativa do embargo da obra (fls. 73 e 74), sobrevieram as contestações (fls. 86 a 89 e 90 a 98), tendo o Ministério Público sobre elas falado (fls. 130 a 147).

O feito foi julgado extinto em relação à Municipalidade (fl. 151).

Houve audiência de instrução e julgamento (fl. 171), operou-se inspeção judicial no imóvel (fl. 172) e, na sequência, a sentença concluiu pela improcedência do pedido (fl. 178).

Sobreveio apelação, em peça lavrada pelo Promotor de Justiça Rui Arno Richter, pugnando pela reforma do *decisum* para reconhecer a procedência da postulação inicial (fls. 182 a 193).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 196 a 199), a Procuradora de Justiça Hercília Regina Lemke, manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 206 a 215).

É o relatório.

VOTO

Extrai-se dos autos que a obra, cuja demolição o acionante tenciona obter, consiste em humilde residência, inicialmente de madeira, que foi

sendo “reformada” e transformada em construção de alvenaria. Encontra-se incrustada em localidade de baixa renda, tendo no seu entorno, diversas outras moradias, igualmente simples.

Para bem delinear os fatos, permito-me transcrever excerto da sentença recorrida, rico em detalhes colhidos por força de oportuna inspeção judicial. Observe-se:

Tenho que a inspeção seja a prova decisiva para a análise da causa.

Relendo o auto (fls. 172), penitencio-me pela suavidade das palavras então empregadas. Dizer que a casa da autora é “simples” é um eufemismo. Cuida-se de uma casa pobre, muito pobre. Suas dimensões são mínimas. A localização é péssima: não existe sequer a possibilidade de acesso por veículo. A escadaria que permite lá chegar é uma temeridade. Quem sobe por aqueles degraus passa rente à casa da autora e de todos os demais vizinhos.

[...]

Não há pousada alguma. Há pessoas pobres dividindo pobreza: nos fundos reside uma senhora criciumense (que cria um cachorrinho em uma caixa de sapato) e um senhor que aluga a parte de baixo da edificação (detalhes, novamente me admoesto, que não havia no auto de inspeção).

Na realidade, deve ser enaltecida a dignidade da autora, que mantém a sua modesta casa com asseio, esforçando-se (é perceptível) para ter um mínimo de conforto.

É certo que não houve licenciamento da obra. Nem a autora detém aquele documento nem, certamente, outro circunstante o possui.

Aliás, da mesa na qual digito esta sentença, basta observar o morro que está logo ali e que serve (para temor de muitos) como vizinho de imponentes prédios públicos. Tenho certeza que todas aquelas casas estão desabrigadas de licença da municipalidade. Não seria o caso de arredar todos esses pobres daquele local, fazendo prevalecer as regras urbanísticas.

Aplico, nessa linha, o art. 6º da CF (na redação da EC 26/2000) que reconhece como direito social a moradia.

Se as regras urbanísticas são relevantes, mais importante é impedir que a sua incidência vulnere valores constitucionais superiores.

Não há como fugir, mesmo que já se tenha tornado um chavão, do princípio da proporcionalidade. Por ele, procura-se compatibilizar a aplicação, em concreto, de valores que estejam em aparente conflito. Enfim, “quando ocorre uma colisão de princípios é preciso verificar qual deles possui maior peso diante das circunstâncias concretas” (Humberto Bergmann Ávila, A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, p. 158-159).

Busca-se, como primazia, deferir a incidência concomitante dos princípios envolvidos; em caso de impossibilidade, dá-se preferência àquele de maior destaque – não para derogá-lo, mas para mitigá-lo na hipótese específica, dando predominância àquele outro. Enfim, augura-se a conciliação entre eles; tanto quanto possível para mantê-los em posição de idêntico equilíbrio ou, sendo inviável, fazendo o mais relevante preponderar, mesmo que não olvidando por completo o segundo.

A propósito, a doutrina tem buscado dar normatividade aos princípios, diferenciando-os das regras propriamente ditas em face do grau de concretude que assumem (Luiz Afonso Heck, O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais, *Revista dos Tribunais*, n. 781, p. 71 e ss.; Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 243 e ss.; Edílson Pereira de Farias, *Colisão de direitos – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, p. 24 e ss.; Willis Santiago Guerra Filho, Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública, *Revista de Processo*, n. 82, p. 70-91; Ruy Samuel Espíndola, *Conceito de Princípios Constitucionais*). Por essa razão, Canotilho observa que “as regras e princípios são duas espécies de normas; a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.124).

Os princípios, encampando um valor, não têm a mesma conotação descritiva das regras. Por isso, quando duas regras (normas que se referem a específica situação) estejam em relação de oposição, uma delas deverá ser desconsiderada. Diferentemente, os princípios não sofrem esse mesmo procedimento de exclusão ou invalidação.

Quando aparentemente ocorre choque entre eles, o *mal-estar hermenêutico* é superado “no curso do processo de aplicação do direito. É que, diferentemente das regras, que possuem hipóteses de incidência fixa e conseqüências jurídicas determinadas – umas e outras reciprocamente excludentes -, os princípios não se apresentam como imperativos categóricos nem ordenações de vigência, apenas enunciando motivos para que se decida num ou noutro sentido. (...) eles admitem convivência e conciliação com outros princípios eventualmente correntes, que ofereçam razão para soluções em sentido contrário, tudo num complexo jogo concertado de complementação e restrição recíprocas” (Inocêncio Mártires Coelho, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 46-47).

É o que faço na situação específica, dando preponderância ao direito à moradia. O licenciamento (não olvido as regras urbanísticas), todavia, poderá ser reclamado quando a municipalidade comprovar que, na hipótese de demolição, a autora terá o direito, outorgado pelo poder público, a outra habitação.

Assim, julgo improcedente o pedido (fls. 175 a 178).

En passant, a propósito do direito à moradia, impende lembrar que esta Câmara em recentíssima assentada, deparou com decisão do 4º Tribunal Regional Federal, em pleito que, nem de longe, ostenta os contornos sociais deste, no qual esse direito foi expressamente proclamado.

No mais, consigne-se encomiosamente o zelo com que obrou o magistrado *in casu*, promovendo rica e esclarecedora inspeção judicial, que lhe possibilitou assenhorear-se de todo o enredo fático.

A prova de que não se trata de uma pousada, como asserido na petição inicial (fl. 4), a constatação das condições depauperadas em que vive a ré e a circunstância de que há milhares (sim, milhares) de construções em situação similar nesta Capital, remetem a encaminhamento que outro não pode ser senão o adotado pela decisão recorrida.

Demolir todas essas construções? Seria esta a solução adequada? Ou o correto seria considerá-las como situações consolidadas tipificadoras

do direito constitucional à moradia? Penso, tanto quanto o magistrado sentenciante, que esta última posição exsurge como a melhor, ou, mais adequadamente falando, como a menos pior.

De mais a mais, quadra dizer que também não se vislumbra, no caso dos autos, qualquer espécie de dano ambiental.

Não se olvide, por outro vértice, que o Poder Público *lato sensu*, que pretende demolir a construção em foco, é o mesmo que sonogou à ré adequada condição de higiene, pela falta de saneamento básico; que se omitiu no controle e no traçado da ocupação ordenada daquele ambiente íngreme; e que se mantém inerte em propiciar transporte coletivo eficiente; dentre tantas outras carências...

Em suas razões recursais o *Parquet* argumenta que a irregularidade dos demais imóveis não é razão para que se deixe de demolir a construção em tela. É verdade, mas a ponderação de normas, princípios e valores, tal como averbado na sentença, conduz a solução diversa: a improcedência da *actio*

Outrossim, do parecer firmado pela Procuradora Hercília Regina Lemke, importa reproduzir o trecho alusivo ao ordenamento da política urbana nos termos do Estatuto da Cidade (Lei n. 10. 257/01). *Verbis*:

Não se pode admitir a aplicação de normas urbanísticas, de maneira individualizada, a uma única situação peculiar, já que todos os imóveis que circundam o da apelada encontram-se na mesma situação; da mesma forma, não se mostra plausível re-alocar apenas a apelada em outro local ou realizar a demolição de todas as construções do conjunto de habitações populares.

Mas, isso não significa a inexistência de meios para se buscar o ajuste das moradias irregulares, já que há maneiras de se obter a adequação de todos os imóveis situados no local, minimizando-se tanto os danos ao meio ambiente, quanto os prejuízos particulares.

Essa foi, aliás, uma das finalidades para as quais foi editado o Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/01 ao que se observa da leitura do art. 2º do referido Diploma Legal, *verbis*:

‘Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:’

‘I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à **moradia**, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;’

[...]

‘XIV – **regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;**’

[...]

‘XVI – **isonomia de condições para os agentes públicos e privados** na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social;’

[...]

No que se refere à situação ora analisada, verifica-se que há instituto previsto na Lei n. 10.257/01 e que poderia ter sido utilizado de forma a compatibilizar os interesses em conflito. Trata-se das **operações urbanas consorciadas**, medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação de proprietários e moradores, a fim de alcançar melhorias sociais, valorização ambiental e transformações urbanísticas estruturais.

[...]

Verifica-se, pois, que o modo de melhor satisfazer o interesse público ou buscar a efetiva tutela do meio ambiente construído, no presente caso, não é pinçando determinada situação particular e determinando a demolição de um imóvel, enquanto todos os outros que o circundam são irregulares.

Tratando-se de um conjunto de habitações populares, em que as casas são edificadas com pouca distância umas das outras, mostra-se evidente que a derrubada de uma única construção trará pouco impacto positivo ao meio ambiente artificial. Por outro lado, imensurável é o prejuízo a ser suportado por pessoa humilde, ao ver demolida sua moradia (fls. 212 a 214).

Irreprochável desnuda-se, pois, a argumentação antes transcrita.

É inegável que o problema existe e que deve ser enfrentado, usando-se, para tanto, o ferramental disponibilizado pelo Estatuto da Cidade e não a solução capital da demolição.

A razoabilidade deve ser também, aqui, suscitada, dado que a demolição da indigitada obra, considerada toda a situação fática, apresenta-se como medida desarrazoada.

Assim, consigno que o conjunto probatório destes autos e as circunstâncias nele registradas impõem que se mantenha incólume a sentença apelada.

Portanto, voto pelo desprovimento do recurso.

DECISÃO

Ante o exposto, por unanimidade, nega-se provimento ao recurso.

O julgamento, realizado no dia 3 de maio de 2011, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Newton Janke, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Desembargador Cid Goulart.

Florianópolis, 3 de maio de 2011

João Henrique Blasi
RELATOR

Apelação Cível n. 2008.071413-4, de Itajaí

Relator: Des. João Henrique Blasi

APELAÇÃO. AÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONCESSÃO DE DIÁRIAS A SERVIDORA EXERCENTE DE CARGO COMISSIONADO PARA PARTICIPAR DE CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. AUSÊNCIA DE ATO ÍMPROBO. FORMALIZAÇÃO, OUTROSSIM, DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUITA PARA A DEVOUÇÃO DO NUMERÁRIO RECEBIDO. EXPUNÇÃO DA ALEGADA LESIVIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

“O enquadramento na lei de improbidade administrativa exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto. A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além disso, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade

entre meios e fins.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 688-689). Com esse entendimento, vê-se que há razões plausíveis para evidenciar a inocorrência de ato de improbidade na concessão de diárias a servidora exercente de cargo de provimento em comissão, para que pudesse participar de curso de pós-graduação, ademais do que, tendo sido pactuado termo de ajustamento de conduta para a devolução das verbas correspondentes, expungiu-se a alegada lesividade, mostrando-se, bem por isso, acertada a decisão que não recebeu a inicial da ação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.071413-4, da comarca de Itajaí (Vara da F. Púb. E. Fisc. A. do Trab. e Reg. Púb.), em que é apelante Representante do Ministério Público e são apelados Adiel Envino Carlos Truppel e outros:

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Newton Janke, Presidente, e Ricardo Roesler.

Florianópolis, 6 de setembro de 2011

João Henrique Blasi
RELATOR

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado interpôs apelação em face de sentença (fls. 363 a 368), que, por não divisar ato de improbidade administrativa,

indeferiu a petição inicial de ação por ele aforada contra Adiel Envino Carlos Truppel, Arnaldo Francisco da Silva e Aline Fontana.

A *actio* tem como causa de pedir ato alegadamente ímprobo, consubstanciado pela concessão, reputada indevida, por parte dos dois primeiros réus, de auxílio financeiro à terceira ré, em forma de diárias, custeadas pelo Município de Itajaí, para que esta, então servidora comissionada, participasse de curso de pós-graduação na cidade de Curitiba/PR.

Requer o provimento do recurso, a fim de que seja recebida a petição inicial, por considerar positivada a prática de ato de improbidade administrativa, dando-se regular seguimento ao feito (fls. 372 a 387).

Houve contrarrazões (fls. 394 a 425).

Lavrou parecer o Procurador de Justiça André Carvalho, opinando pelo provimento do recurso (fls. 430 a 442).

É o relatório.

VOTO

A sentença, indeferitória da petição inicial, lastreada no entendimento de que inocorreu a prática de ato de improbidade administrativa (art. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/92), é de ser mantida por seus próprios fundamentos, razão pela qual dela transcrevo o seguinte excerto, adotando-o como razão de decidir:

Cuida-se de Ação Civil Pública em que alega terem os Réus incorrido em ato de improbidade administrativa, ao postular/conceder indevidamente recursos financeiros a servidor comissionado para pagamento de “diárias” para freqüentar Curso Particular de Pós-Graduação.

Para constatação do ato de improbidade administrativa, necessária à análise da conduta à luz da Lei nº. 8.429/92, e seus princípios.

Sobre o tema discorrem Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho:

“Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são verdadeiros sobreprincípios do direito, e quando não são atendidos podem conduzir à ilegalidade da lei. Aliás, o Min. Francisco Falcão, do Superior Tribunal de Justiça, já afirmou, em decisão monocrática, que “as normas que dispõem sobre a improbidade administrativa devem ser interpretadas dentro do princípio da proporcionalidade e bom senso, amoldando-se ao espírito constitucional, para evitar situações arbitrárias”. (Improbidade Administrativa questões polêmicas e atuais, São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2001 - p. 334, nota de rodapé 13).

In casu, observa-se que, muito embora tenham os Réus postulado/ concedido as malfadadas ajudas financeiras, sem dúvida uma irregularidade administrativa a teor da Lei Municipal nº 3.650/2001, art. 1º, não praticou ato de improbidade administrativa, porque não vislumbro na sua conduta desonestidade hábil para sua caracterização.

É verdade que houve, efetivamente, o pagamento de tais diárias, aliás, a própria beneficiária confirma em seu depoimento (fls. 55/56), porém, entendo que a formalização do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com o comprometimento de restituir todos os valores recebidos (fls. 233/237) retira a característica de lesivo ao erário e traduz a honestidade e boa-fé que são indiscutivelmente contrários a condutas ímprobas. Não há notícia, por outro lado, que outros servidores tenham sido beneficiados com as “diárias”, tanto que isto sequer foi alegado na inicial.

Nota-se que a beneficiária Aline Fontana sendo uma servidora pública municipal (Art. 3º, I da Lei nº 2.960/95), de carreira ou não, estaria enquadrada nos direitos, deveres e obrigações estabelecidas na Lei Municipal nº 2.960/95. Assim, em havendo previsão para recebimento da gratificação por serviço ou estudo fora do território do Município de Itajaí, como se verifica no art. 68, III da citada lei, não se cogita a possibilidade de presumir a má-fé.

O dispositivo em comento traz a seguinte redação: “Art. 68 – Além do vencimento e das vantagens previstas nesta Lei, serão concedidas aos servidores as seguintes gratificações e adicionais: (...) III – gratificação por serviço ou estudo fora do território do município”.

Ora, diante de tal constatação, resta evidente que se não houve má-fé ao fato relatado, não autoriza a conclusão de que caracteriza conduta ímproba, pois considera-se mera irregularidade suscetível de correção administrativa, aqui, representada pela formalização da TAC.

Há que se emprestar ao texto uma interpretação teleológica que se ajuste ao espírito da norma como um todo. O escopo da lei não é a de punir o administrador despreparado ou simplesmente incauto. Sua finalidade é precipuamente combater a má-fé, a artilosidade, a esperteza ou mesmo a deliberada afronta aos princípios norteadores da administração pública. Noutros termos, é punir atos que efetivamente possam caracterizar a determinada “improbidade administrativa”.

No mesmo norte a jurisprudência:

“AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR PÚBLICO.

1. A Lei 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art.9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa.

2. Destarte, para que ocorra o ato de improbidade disciplinado pela referida norma, é mister o alcance de um dos bens jurídicos acima referidos e tutelados pela norma especial.

3. No caso específico do art. 11, é necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa.

4. (...)

‘6. É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Consectariamente, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais

da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido, calcadas, inclusive, nas conclusões da Comissão de Inquérito. (...)”. (STJ - RESP 480387 / SP Primeira Turma Rel: Min. Luiz Fux. J. 16.03.2004). (sem grifo no original)

Em reforço à tese de que não incorreu ato de improbidade administrativa, haja vista a ausência de má-fé ou dolo por parte do requerido, da lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro, colaciona-se:

“O enquadramento na lei de improbidade administrativa exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto. A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além disso, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem conseqüências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins. (...)”

“No caso da lei de improbidade, a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidade tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública” (Direito Administrativo. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 688-689).

Seguindo a mesma linha: “O objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público.” (Mauro Roberto Gomes de Mattos, em *O Limite da Improbidade Administrativa*, Edit. América Jurídica, 2. ed. p. 7 e 8). (sem grifo no original)

Confirmando: “A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto” (Alexandre de Moraes, in *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, Atlas, 2002, p. 2.611). (sem grifo no original)

Por outra banda, ao caso concreto, entende-se que quaisquer das penas postuladas pelo Autor para condenação dos Réus, sejam aquelas estabelecida pelo inciso I ou II, ambos do art. 12 da Lei Federal nº 8.429/92, seriam despropositadas.

Aliás, no mesmo sentido é a posição da jurisprudência: “A imposição das sanções de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público por cinco anos, na hipótese em exame seria medida desarrazoada, uma vez que, como ressaltou a Corte de origem, além de não ter ocorrido efetivo prejuízo ao Município nem enriquecimento ilícito, tampouco houve comprovação de má-fé, dolo ou culpa” (Resp n. 242.632/MG, Rel. Min. Franciulli Neto, DJU de 30/06/2003).

Assim, no caso vertente, é bom lembrar que há dispositivo expresso autorizando a rejeição da inicial, ou mais precisamente, o § 8º do art. 17 da Lei n. 8.429/92, com a redação dada pela Medida Provisória n. 2.225-45, de 4 de setembro de 2001, com a seguinte redação: “Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

Diante do expendido, firme no convencimento da inexistência de ato de improbidade administrativa praticado por ADIEL ENVINO CARLOS TRUPPEL, ARNALDO FRANCISCO DA SILVA e ALINE FONTANA, é que rejeito a presente inicial. (fls. 364 a 368)

Ou seja: vê-se que há razões plausíveis para evidenciar a inocorrência de ato de improbidade na concessão de diárias à servidora referenciada, exercente de cargo de provimento em comissão, para que pudesse participar de curso de pós-graduação, ademais do que, tendo sido pactuado termo de ajustamento de conduta para a devolução das verbas correspondentes, expungiu-se a alegada lesividade, mostrando-se, bem por isso, acertada a decisão que não recebeu a inicial da ação.

Voto, portanto, pela manutenção da sentença.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2009.026676-0, de Joinville

Relator: Des. Subst. Francisco Oliveira Neto

CONSTITUCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO.

FALTA DE INTERESSE DE AGIR. PEDIDO PARA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A TODOS QUE ESTÃO NA MESMA SITUAÇÃO DE HIPOSSUFICIENTE. FÁRMACO QUE, EXCEPCIONALMENTE NO CASO APRESENTADO, SE PRESTA AO TRATAMENTO. NECESSIDADE DA DEMONSTRAÇÃO DA NEGATIVA DO PODER PÚBLICO E DE PROVA DA INDISPENSABILIDADE DA DROGA. PONTOS QUE DEVEM SER AFERIDOS EM CADA CASO. CARÊNCIA DE AÇÃO, NO PONTO, RECONHECIDA.

Não há como ser atendida a pretensão de se que forneça genericamente um medicamento específico a todos que apresentem laudo médico atestando serem portadores de determinada doença.

É que, para tanto, não está presente o interesse processual, pois há necessidade de se provar a resistência do Poder Público no fornecimento do medicamento do solicitado em cada caso, considerando ainda as peculiaridades concretas que o envolvem, como, por exemplo, a possibilidade de adequação ou de substituição da medicação prescrita pelo médico por outro fornecido pelo ente público.

ILEGITIMIDADE PASSIVA. ESTADO QUE IMPUTOU A OBRIGAÇÃO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS À UNIÃO E AO MUNICÍPIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA, A TEOR DO ART. 196 DA CF. TESE RECHAÇADA.

“A CF/1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda.” (STJ, AgRg no REsp n. 690.483/SC, rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, j. 19.4.05).

ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. EXEGESE DOS ARTS. 127 DA CF E 5º DA LEI N. 7.347/85. NÃO ACOLHIMENTO.

O Ministério Público detém, por lei, legitimidade para a defesa de direitos individuais e coletivos para assegurar o direito à vida e à saúde dos cidadãos, conforme prescrito no art. 127 da CF e do art. 5º da Lei n. 7.347/85.

CERCEAMENTO DE DEFESA. PERÍCIA E ESTUDO SOCIAL QUE SE MOSTRARAM DESNECESSÁRIOS DIANTE DOS DOCUMENTOS CARREADOS AOS AUTOS. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. TESE AFASTADA.

“Não há falar em cerceamento de defesa quando o magistrado colhe dos autos elementos suficientes para formação do seu convencimento, de modo que cabe exclusivamente a ele decidir a necessidade de maior dilação probatória, ante o princípio da persuasão racional” (TJSC, AC n. 2007.060967-2, rel. Des. Fernando Carioni, j. 19.2.08).

OBRIGAÇÃO DE ATENDIMENTO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO POR NORMAS INFRA-CONSTITUCIONAIS DE DIVISÃO DE COMPETÊNCIAS.

No Estado Constitucional de Direito, que sucede o antigo Estado Legislativo de Direito, não há como se admitir a tese de que as normas constitucionais não são dotadas de normatividade plena. Afinal, hoje a Constituição está no centro de uma estrutura de poder de onde irradia sua força normativa. É dotada de supremacia formal e material, determina a vigência e a validade das normas abaixo dela e fixa-lhes o modo de interpretação e compreensão. Além disso, se antes, no Estado Legislativo de Direito – e no modelo decorrente do tipo de Constituição que lhe dava sustentação – o que se tinha era um juiz neutro, distante e que só exercia seu papel mediador quando chamado pelas partes, atualmente essa figura desaparece e a concretização das normas constitucionais passa a ser o principal compromisso do Poder Judiciário.

MULTA COMINATÓRIA. EXORBITÂNCIA DO VALOR INICIALMENTE FIXADO. NECESSÁRIA REDUÇÃO. ADEQUAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

“(…) A multa diária (*astreinte*) deve ser mantida, por tratar-se de providência de natureza coercitiva para dar concretude à decisão judicial prolatada, além do que já não mais se controverte acerca de sua imponibilidade ao Poder Público. Contudo, à luz da equação razoabilidade/proporcionalidade, a *astreinte* não pode constituir-se em fonte de locupletamento ilícito, a beneficiar o particular à custa do Poder Público, e, neste sentido, o *quantum* imposto pela decisão *a quo* desvela-se excessivo, reclamando, por isso, mitigação, conforme autorizado pelo art. 461, § 6º, do

Código de Processo Civil.” (TJSC, AI n. 2008.075081-7, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 8.3.10).

FIXAÇÃO DE PRAZO PARA A CONTRACAUTELA. NECESSIDADE.

O fornecimento de remédios deve ser condicionado à demonstração periódica, pelo paciente, da permanência da necessidade do tratamento e de sua adequação, bem como da existência de medicamentos similares passíveis de substituição.

PARCIAL CARÊNCIA DE AÇÃO RECONHECIDA DE OFÍCIO, RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO E REMESSA DESPROVIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2009.026676-0, da comarca de Joinville (1ª Vara da Fazenda Pública), em que é apelante Estado de Santa Catarina, e apelado Representante do Ministério Público:

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, desprover a remessa, prover parcialmente o apelo e reconhecer, de ofício, a parcial carência da ação. Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado no dia 6 de setembro de 2011, foi presidido pelo Excelentíssimo Desembargador Luiz César Medeiros, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Desembargador Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 8 de setembro de 2011.

Francisco Oliveira Neto
RELATOR

RELATÓRIO

O Ministério Público ingressou com ação civil pública de obrigação de fazer com pedido de liminar contra a o Estado de Santa Catarina, almejando o fornecimento do medicamento Melleril 200 mg (cloridrato de tioridazina) a todos os portadores de deficiência sensorial, em especial ao menor Isaías Rui Dunzer Ferreira.

Clamou pela dispensa do pagamento de custas, emolumentos e outros encargos, pela condenação do réu ao pagamento de custas e despesas processuais e pleiteou a antecipação dos efeitos da tutela, para que, no prazo de 5 dias, o demandado fornecesse o remédio acima citado, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (fls. 2/50).

Após, o togado determinou a oitiva do Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina, para que este se pronunciasse acerca do pedido de liminar formulado (fl. 51).

O procurador manifestou-se, aduzindo, preliminarmente, a carência da ação e a ausência dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, nos termos do art. 267, IV e VI, do CPC. No mérito, alegou que: a) o medicamento solicitado está padronizado somente para pacientes internados e não deve ser fornecido indiscriminadamente para pacientes não adultos; b) deve ser realizada a perícia médica para que apurar se o fármaco pleiteado é a única alternativa ou se há outras medicações já fornecidas pelo SUS que podem ser utilizados pelo beneficiário (fls. 53/58).

Em seguida, o promotor de justiça sustentou que: a) o fato de o medicamento solicitado ser fornecido apenas para pacientes adultos e internados fere os princípio constitucional da universalidade de atendimento; b) a argumentação de fornecer o fármaco pleiteado somente para adultos é equivocada, pois aquele é um antipsicótico aprovado pela FDA para adultos e crianças acima da idade de 1 ano; e c) não há necessidade

de produção de prova pericial, pois já está demonstrado nos autos que o representado utilizou outros remédios sem obter melhora em seu quadro de saúde (fls. 63/66).

Na sequência, a magistrada afastou as preliminares e deferiu a liminar, para que, no prazo de 48 horas, sob pena de multa de R\$ 5.000,00, o demandado fornecesse o medicamento solicitado aos usuários que dele necessitassem para o tratamento de patologias, principalmente para os portadores de quadro de ‘deficiência sensorial’, incluindo o representado, desde que apresentassem laudo médico atestando a necessidade de tratamento com esse medicamento específico, devendo o réu, ainda, remeter ao juízo o comprovante de entrega do medicamento à pessoa necessitada (fls. 67/80).

Em contestação, o demandado alegou, preliminarmente, que: a) é necessária a integração da União e do Município de Joinville no polo passivo da demanda, devendo os autos serem remetidos à Justiça Federal; b) o Ministério Público é parte ilegítima. No mérito, afirmou que: a) não cabe aplicação de medida liminar contra a Fazenda Pública; b) há perigo de irreversibilidade do provimento antecipado; c) é necessário o trânsito em julgado da sentença para que a tutela seja executável; d) o valor da multa cominatória é exorbitante, e merece ser revisada; e) inexistente direito subjetivo ao recebimento de medicamento não padronizado, sob o risco de serem violados os princípios da isonomia e do acesso universal e igualitário à saúde; f) o medicamento solicitado está padronizado para patologia diversa da qual o representante é portador (fls. 89/102).

Houve réplica à contestação (fls. 104/113).

A sentença foi proferida, confirmando a liminar e julgando procedente o pedido formulado na inicial, determinando ao réu que fornecesse o medicamento Melleril 200 mg ao representado e aos demais pacientes que necessitem do fármaco, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00.

Outrossim, houve a fixação de contracautela, para que apresentassem laudo médico atestando a necessidade e indispensabilidade do tratamento com a medicação (fls. 114/127).

Inconformado com a decisão, o Estado de Santa Catarina interpôs apelação, alegando, em preliminares: a) que é parte ilegítima para figurar no feito, devendo os autos serem remetidos à Justiça Federal, pois é de responsabilidade da União o fornecimento do fármaco; b) que o Ministério Público é parte ilegítima; c) que houve cerceamento de defesa, tendo em vista que a perícia técnica e o estudo social. No mérito, aduziu que: a) inexistente direito subjetivo ao recebimento de medicamento não padronizado, sob o risco de serem violados os princípios da isonomia e do acesso universal e igualitário à saúde; b) o Poder Judiciário não pode se imiscuir em tarefa típica do Poder Executivo; c) o tratamento privilegiado ao representado onerará o erário público; d) existe alternativa terapêutica para a doença que acomete o menor; e) caso seja mantida a sentença, o fornecimento do medicamento deve se limitar ao representado; f) a *astreinte* deverá ser excluída ou reduzida; g) e que deve ser fixada a contracautela para que, a cada 3 meses, o representado apresente receita médica atualizada perante a Gerência Regional (fls. 133/158).

Vertidas as contrarrazões (fls. 162/168), ascenderam os autos a este Tribunal (fl. 170).

Lavrou parecer o Exmo. Sr. Procurador de Justiça Antenor Chinato Ribeiro, que opinou pelo parcial provimento do recurso e da remessa para fixar o período da contracautela para 6 meses (fls. 174/191).

No julgamento prolatado por esta Terceira Câmara de Direito Público, da relatoria do eminente Des. Rui Fortes, foi acolhida a preliminar de chamamento ao processo, anulando processo a partir da sentença e determinando a remessa dos autos à Justiça Federal (fls. 197/204).

Desta decisão, o Ministério Público opôs embargos de declaração, requerendo que fosse sanada a contradição, pois o pedido de chamamento ao processo da União não foi realizado no prazo previsto pelo art. 78 do CPC (fls. 208/212). As contrarrazões aos embargos foram ofertadas às fls. 248/252.

Os embargos foram rejeitados, em acórdão proferido por esta Câmara, da relatoria da Exma. Des. Sônia Maria Schmitz. Contudo, foi declarada, *ex officio*, a nulidade da decisão de fls. 197/204, por ter ocorrido julgamento *extra petita*, pois não houve pedido tempestivo acerca do chamamento ao processo da União (fls. 256/260).

Após declaração de impedimento do Exmo. Des. Subst. Carlos Adilson Silva, que conheceu do processo em primeiro grau (fl. 266), foram redistribuídos os autos para novo julgamento.

VOTO

1. O apelo deve ser parcialmente provido, enquanto a remessa há de ser desprovida.

2. Das preliminares:

2.1 De início, cumpre salientar que não há como ser atendida a pretensão de se que forneça genericamente um medicamento específico a todos que apresentem laudo médico atestando serem portadores da doença em questão.

É que, para tanto, não está presente o **interesse processual**, pois há necessidade de se provar a resistência do Poder Público no fornecimento do medicamento do solicitado em cada caso, considerando ainda as peculiaridades concretas que o envolvem, como, por exemplo, a possibilidade de adequação ou de substituição da medicação prescrita pelo médico por outro fornecido pelo ente público.

Nesse sentido, colhe-se entendimento deste Tribunal:

“EFEITOS ERGA OMNES. CONCESSÃO NA SENTENÇA. INCONFORMISMO DO ENTE ESTATAL QUE DEVE SER ACOLHIDO. TIPO DE SOLICITAÇÃO QUE EXIGE A REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL PARA CADA HIPÓTESE. EFEITOS ERGA OMNES QUE SE TRADUZEM EM CERCEAMENTO DE DEFESA AO ESTADO DE SANTA CATARINA. IMPOSSIBILIDADE.

‘Em que pese o art. 16 da Lei n. 7.347/85 atribuir efeito *erga omnes* à sentença de ação civil pública transitada em julgado, cumpre salientar que os efeitos do *decisum* em questão não podem ser direcionados, de maneira genérica, a todos cidadãos que demonstrarem necessitar dos fármacos pleiteados, pois como os seres humanos são diferentes entre si, não é difícil presumir as peculiaridades de cada caso, bem como a reação singular que cada um possa ter, em relação à doença e aos fármacos objetos da pretensão inicial [...]’ (Apelação Cível n. 2008.017563-1, de Gaspar, rel. Des. José Volpato de Souza, j. 13-10-2009)” (AC n. 2011.005664-7, rel. Des. Vanderlei Romer, j. 7.7.11).

Sobre o tema, é válido lembrar que “*o conceito de interesse processual (arts. 267-VI e 295-caput-III) é composto pelo binômio necessidade-adequação, refletindo aquela a indispensabilidade do ingresso em juízo para a obtenção do bem da vida pretendido e se consubstanciando esta na relação de pertinência entre a situação material que se tenciona alcançar e o meio processual utilizado para tanto*” (NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J.R.F.; BONDIOLI, L.G.A. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.107).

Desta forma, inevitável, no ponto, é o reconhecimento, de ofício, da ausência de interesse de agir com relação àquele excerto da sentença, nos termos do art. 267, VI, do CPC, razão pela qual se passa agora a apreciar as demais questões pertinentes à lide originária em relação ao pedido de fornecimento de medicamento ao menor Isaías Rui Dunzer Ferreira.

2.2 A preliminar de **ilegitimidade passiva** deve ser afastada, uma vez que é possível visualizar que é parte legítima para figurar no polo passivo o Estado de Santa Catarina, porquanto a obrigação de assegurar o direito à saúde é solidária. Forte é o posicionamento no sentido de que “A CF/1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda.” (STJ, AgRg no REsp n. 690.483/SC, rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, j. 19.4.05).

Ora, em assim sendo, depreende-se que ao autor cabe a escolha de contra quem demandar, conclusão que não cede mesmo diante de toda a estrutura normativa apresentada pelo Município, a considerar que este se encontra em patamar inferior àquele de onde decorre a legitimidade da pessoa jurídica de direito público em tela. Ou seja: a legitimidade decorre da própria Constituição Federal e não comporta limitação por legislação infraconstitucional.

Nesta linha de raciocínio, desnecessária é a integração na lide da União e do Município de Joinville, consoante posicionamento igualmente firmado nos Tribunais, no sentido de que “O art. 77 do CPC estabelece hipóteses em que o demandado pode promover o ‘chamamento ao processo’ de outro obrigado pela prestação objeto do pedido, a fim de formar, com ele, um litisconsórcio passivo. Assim, o fiador demandado tem a faculdade de chamar ao processo o ‘devedor’ (inciso I) ou os ‘outros fiadores’ (inciso II); e o devedor pode chamar “todos os devedores solidários” (inciso III). **Como se percebe, são situações típicas e próprias de obrigação de pagar quantia, não se mostrando adequadas ou compatíveis com obrigações em que a prestação seja entrega de coisa certa, cuja satisfação efetiva**

não comporta divisão. É de se reconhecer, ademais, que se trata de formação de litisconsórcio passivo facultativo de caráter excepcional, eis que promovida pelo demandado. Com efeito, cumpre ao autor, em regra, a faculdade de escolher contra quem vai promover sua demanda.

Ora, hipóteses excepcionais não comportam interpretação extensiva. 2. No caso, a pretensão posta na demanda é de entrega de coisa certa (medicamentos). 3. Ante o exposto, nego provimento ao recurso. É o voto.” (STJ, REsp. n. 1.125.537/SC, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, j.16.3.10 - grifou-se).

Ainda, para que fosse possível o chamamento, além de haver necessidade de se reconhecer o “chamado” também como devedor da obrigação, tem-se como requisito um segundo pressuposto, a possibilidade de direito de regresso em favor do “chamante”, conforme lição do ministro Athos Gusmão Carneiro:

“(…) é necessário o preenchimento de dois pressupostos para o seu deferimento. O primeiro exige que o chamado seja também devedor da obrigação frente ao credor, em caráter principal ou subsidiário. O segundo requer que, em face da relação de direito material deduzida em juízo, o pagamento da dívida pelo “chamante” dê a este o direito de reembolso, total ou parcialmente, contra o chamado. Ainda, na lição de Vicente Greco Filho (Da intervenção de terceiro, 2ª ed, Saraiva, 1986, p. 96) “ao réu não assiste interesse processual em chamar o terceiro como seu litisconsorte se não puder, pelo menos em tese, exercer posteriormente direito de regresso contra ele. O chamamento existe por causa da economia processual, como vimos, para atender o interesse do réu coobrigado, não para facilitar o atendimento da pretensão material do autor que escolheu, entre os co-devedores, contra quem demandar(…)” (Intervenção de Terceiros, 15ª ed., Saraiva, 2003, p. 152-164).

Por fim, registre-se que o STF já se pronunciou no sentido de que tal providência é protelatória e, portanto, incabível diante do direito que se pretende tutelar:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTETÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos.

2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF).

3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.

4. In casu, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protetória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida.

5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido.” (STF, RE n. 607381/SC, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 31.5.11).

2.3 A preliminar de **ilegitimidade ativa** também não deve prosperar, ao passo que o Ministério Público detém, por lei, legitimidade para a defesa de direitos individuais e coletivos, conforme prescrito no art. 127 da CF, atente-se:

“Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

Da mesma forma, o art. 5º da Lei n. 7.347/85, que disciplina a ação civil pública também confere legitimidade àquela instituição para ingressar com demandas como a presente, *in verbis*:

“Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público.”

Neste sentido, colhem-se julgados desta Câmara:

“PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROTEÇÃO A DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO.

O Ministério Público detém legitimidade para propor ação civil pública para defesa dos direitos à vida e à saúde dos munícipes, inclusive o individual homogêneo, com repercussão no interesse coletivo.

SAÚDE PÚBLICA. FORNECIMENTO DE REMÉDIO. PESSOA DE PARCAS CONDIÇÕES FINANCEIRAS. DIREITO CONSTITUCIONAL SOCIAL E FUNDAMENTAL.

Suficientemente demonstrada a moléstia e a impossibilidade de a enferma arcar com o custo do medicamento necessário ao respectivo tratamento, surge para o Poder Público o inafastável dever de fornecê-lo gratuitamente, assegurando-lhe o direito fundamental à saúde.” (AC n. 2010.052923-3, rel. Des. Sônia Maria Schmitz, j. 18.11.10)

“A insurgência referente à ilegitimidade ativa do Ministério Público não merece respaldo, uma vez que é unânime na jurisprudência catarinense o entendimento a respeito de sua legitimidade para a proposição de ação civil pública com finalidade de resguardar direito à vida e à saúde, mesmo que afeto a uma ou mais pessoas identificadas.” (AC n. 2008.082478-9, rel Des. Luiz César Medeiros, j. 9.6.09)

2.4 Da mesma forma, a preliminar de **cerceamento de defesa** deve ser rejeitada, isso porque, conforme se verifica pela matéria trazida à discussão em juízo, as provas necessárias ao julgamento do feito já foram carreadas aos autos, razão pela qual se mostra desnecessária a instrução processual para o fim almejado pelo recorrente.

Ainda, deve-se observar que o destinatário das provas é o magistrado que irá julgar a causa. Nesse sentido, os arts. 130 e 131 do Código de Processo Civil são claros ao estatuir:

“Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

Também, quanto ao julgamento antecipado, o art. 330, inciso I, do mesmo regramento é incisivo ao insculpir:

“Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência.”

Sobre o tema, este Tribunal também já proclamou:

“AGRAVO RETIDO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INSTRUÇÃO PROBATÓRIA - DESPROVIMENTO. Não há falar em cerceamento de defesa quando o magistrado colhe dos autos elementos suficientes para formação do seu convencimento, de modo que cabe exclusivamente a ele decidir a necessidade de maior dilação probatória, ante o princípio da persuasão racional. [...]” (AC n. 2007.060967-2, rel. Des. Fernando Carioni, j. 19.2.08).

Deste modo, demonstrando ser desnecessária a realização de perícia médica e visto que todas as provas necessárias ao julgamento do feito foram juntadas aos autos, como adiante se verá, rechaça-se a preliminar aventada.

3. Do Mérito

3.1. Registre-se, quanto ao mérito da demanda, que já está completamente superado o entendimento de que as normas constitucionais não são dotadas de normatividade. Hoje vive-se em um Estado Constitucional de Direito que, sob a ótica da filosofia do direito, pode ser chamado de pós-positivista, e uma das suas principais características é a importância dada às Constituições, as quais passam a ter uma relevância política maior do que aquela que lhe era reservada no antigo Estado Legislativo de Direito. Afinal, é nela que estão depositados os elementos materiais que caracterizam esse novo Estado Constitucional de Direito, na qual os direitos ali previstos estão protegidos por dois institutos fundamentais nessa nova estrutura jurídica.

De um lado a supremacia constitucional, que sustenta a idéia de que a constituição está no topo do ordenamento jurídico de onde emana toda sua força normativa. De outro, a rigidez constitucional, que torna especial o momento da elaboração de uma constituição e retira da maioria o poder de supressão de direitos e garantias, assegurando, assim, direitos à minoria, o que autoriza a afirmação de que o Estado Constitucional é mais do que Estado de Direito, já que o elemento democrático nele introduzido não foi apenas ali colocado para “travar o poder (**to check the power**); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (**to legitimize state power**)” (CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p.100 – grifou-se).

Há uma constitucionalização da ordem jurídica, processo que se dá através de uma profunda transformação do ordenamento jurídico, ao

término do qual ele (o ordenamento) resulta totalmente impregnado pelas normas constitucionais, fator determinado pela existência de uma Constituição *“extremamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudência y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”* (GUASTINI, Ricardo. *“La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”*, in *“Neoconstitucionalismo(s)”*, edición de Miguel Carbonell, 2ª ed., Madrid: Ed. Trotta, 2005, p. 49).

Mas não é só isso. Além disso merece destaque o fato de que, de tais alterações, nascem inúmeras possibilidades para uma forte atuação no sentido de concretizar o Estado Democrático e Social colocado na Constituição de 1988. Como já dito, a fase atual não é mais de apenas declarar direitos, mas sim de torná-los efetivos, concretizá-los, como bem apontou Paulo Bonavides ao afirmar que *“o verdadeiro problema do Direito Constitucional de nossa época está, a nosso ver, em como juridicizar o Estado social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos. Por este aspecto, muito avançou o Estado Social da Carta de 1988”* (Curso de Direito Constitucional, 17ª ed., atualizada, São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 373).

A Constituição agora está no centro de uma estrutura de poder de onde irradia sua força normativa. É dotada de supremacia formal e material, determina a vigência e a validade das normas abaixo dela e fixa-lhes o modo de interpretação e compreensão. É, ainda, rígida, o que faz suprimir da vontade da maioria o poder de decisão quanto ao seu conteúdo, se não o todo, pelo menos a parte referente aos direitos fundamentais e à estrutura básica do Estado.

A esse respeito, Antonio Manoel Peña Freire afirma que *“La rigidez constitucional supono que cualquier reforma de la constitución sólo será*

posible si se realiza a través de algún procedimiento agravado em relación com el dispuesto para la aprobación, modificación ou derogación de las leyes”, sendo que, mais à frente, enfatiza que “Al asegurar el carácter normativo de las constituciones se garantiza la vinculación a las cláusulas constitucionales de los poderes públicos y los ciudadanos em los momentos de política ordinaria” (“Constitucionalismo Garantista y Democracia”, publicado na “Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de política, filosofía y derecho”, n. 22, Curitiba: UNIBRASIL, 2004).

Dito isso, não há dúvida também que impõe uma nova forma de atuar aos membros do Poder Judiciário, os quais agora devem se posicionar de um modo diferente daquele imposto pelo modelo anterior, visto que todo o seu fundamento de atuação passa a ser justificado não mais pela separação de poderes, mas sim pela proteção dos direitos fundamentais previstos no texto maior.

Luigi Ferrajoli bem sintetiza isso ao recordar a expressão “Há juízes em Berlim”, afirmando que, na situação atual, *“deve haber un juez independiente que intervenga para reparar las injusticias sufridas, para tutelar los derechos de un individuo, aunque la mayoría o incluso los demás em su totalidad se unieran contra él; dispuesto a absolver por falta de pruebas aun cuando la opinión general quisiera la condena, o a condenar, si existen pruebas, aun cuando esa misma opinión demandase la absolución. Esta legitimación no tien nada que ver com la de la democracia política, ligada a la representación. No se deriva de la voluntad de la mayoría, de la que asimismo la ley es expresión. Su fundamento es unicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales”* (“Derechos y garantías. La ley del más débil”, 2ª ed., Madrid: Trotta, 2001).

Eis o ponto fundamental.

Se no Estado Liberal – e no modelo decorrente do tipo de Constituição que lhe dava sustentação – o que se tinha era um juiz

neutro, distante e que só exercia seu papel mediador quando chamado pelas partes, no Estado Democrático de Direito desaparece essa figura, que passa a apresentar outras características, com mais poderes e com a obrigação de usá-los na busca da concretização constitucional.

De tudo isso, tem-se que efetivamente não há como fugir da obrigação estatal de atender ao pleito em exame e do seu reconhecimento pelo Poder Judiciário, já que tal decorre diretamente do disposto no art. 196 da Constituição Federal, em que está dito que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, o que faz cair por terra toda argumentação expendida pelo ente público ocupante do pólo passivo, em especial a que diz respeito ao princípio da igualdade, o qual resta intacto diante do fato de que, a todos é assegurado a busca de seus direitos.

Neste sentido já se posicionou o egrégio TJSC:

“CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – DIREITO À SAÚDE – DECISÃO QUE OBRIGA O ESTADO A FORNECER TRATAMENTO MEDICAMENTOSO – RECURSO DESPROVIDO.

01. Por força de princípio constitucional (CR, art. 196) – positivado na Lei n. 8.080, de 1990 –, cumpre ao Estado custear tratamento de saúde (exames, medicamentos, internações hospitalares etc.) a quem comprovadamente dele necessitar, pois ‘o direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional’ (STF, AgRgRE n. 271.286, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j.

12.9.00; STF, RE n. 195.192, rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, j. 22.2.00).

E ‘só o fato de o medicamento ter sido receitado conduz à presunção de ser necessário ao tratamento do paciente; apenas prova ou fortes indícios poderiam elidi-la’ (TJSC, AI n. 2007.060614-0, rel. Des. Newton Trisotto).” (AC n. 2010.013763-8, rel. Des. Newton Trisotto, j. 11.1.11).

Ainda:

“ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - FORNECIMENTO DO FÁRMACO - OBRIGATORIEDADE - CE, ARTS. 195 E 196 - CE, ARTS. 153 E 154 - LEIN. 8.080/90.

Nos termos do art. 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado. Tal premissa impõe ao Estado a obrigação de fornecer gratuitamente às pessoas desprovidas de recursos financeiros a medicação necessária para o efetivo tratamento de saúde (STJ, REsp 828140, rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, j. 23.4.07).” (AC n.2010.081657-6, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 10.5.11).

Observado o caso concreto, vê-se que as informações prestadas nos receituários (fls. 22/23) e pela médica que acompanha o menor (fls. 37/38) são claras ao apontar tipo de enfermidade que acomete o representado e a necessidade de uso do medicamento solicitado, veja-se: “*O paciente Isaias Dunzer Ferreira usou durante dois anos o Haloperidol e a Clorpromazina por alguns meses e, segundo a família, sem ter melhorado seu quadro comportamental. Em contrapartida, após o uso da Tioridazina, o paciente apresentou melhora significativa (fl. 37).*”

Neste passo, a confirmação, no ponto, da decisão de primeira instância é medida que se impõe.

4. Da astreinte

A multa diária é um mecanismo destinado a compelir ao cumprimento da decisão exarada, sem possuir, no entanto, qualquer intuito

ressarcitório, razão pela qual seu patamar deve ser fixado com base nos princípios da razoabilidade e moralidade, sob pena de constituir enriquecimento indevido.

Neste sentido:

“PROCESSUAL CIVIL – ASTREINTE – ALTERAÇÃO DO VALOR – POSSIBILIDADE.

1. A astreinte constitui meio coercitivo de compelir o réu a cumprir decisão judicial (CPC, art. 461, § 4º). Em razão de sua natureza inibitória, pode e deve ser fixada em valor suficientemente oneroso ao demandado, de modo a desencorajar o descumprimento da determinação judicial.

2. Se o magistrado tem a prerrogativa legal de arbitrar a astreinte de ofício, muito mais terá para ajustar o seu quantum às reais necessidades do caso concreto (CPC, art. 461, § 6º), providência cabível também no segundo grau.

3. ‘O valor das astreintes pode ser alterado a qualquer tempo, quando se modificar a situação em que foi cominada a multa (REsp n. 705914/RN, Min. Humberto Gomes de Barros)’.” (TJSC, AI 2010.082250-0, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 11.5.11).

Desta forma, deve ser a *astreinte* reduzida para o valor de R\$ 100,00, em atenção aos parâmetros suprarreferidos, bem como para adequar seu patamar à linha dos precedentes desta Câmara.

5. Da contracautela

A necessidade de contracautela foi acertadamente registrada pelo magistrado sentenciante, que bem determinou que o representado exhibisse laudo médico atualizado, atestando a necessidade e indispensabilidade do tratamento com tal medicamento. Contudo, faz-se necessário, além disso, que seja determinado lapso temporal para exibição do referido documento à Gerência Regional de Saúde, o que se fixa pelo prazo de 6 meses.

6. Ante todo o exposto, o voto é para:

- a) reconhecer, de ofício, a parcial ausência de interesse processual da parte autora, extirpando do dispositivo da sentença a parte que fala: “*e aos demais usuários que necessitam do mesmo para tratamento*”;
- b) prover, em parte, o apelo, reduzindo a *astreinte* para o patamar de R\$ 100,00 e fixando em 6 meses o prazo da contracautela;
- c) desprover a remessa, na parte, em que não restou prejudicada.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA

Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2010.029176-7, de Blumenau

Relator: Des. Subst. Francisco Oliveira Neto

TRIBUTÁRIO. ITBI. FATO GERADOR NA ARREMATACÃO. TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE QUE SE DÁ COM A ASSINATURA DO AUTO DE ARREMATACÃO, NOS TERMOS DO ART. 694 DO CPC. INTELIGÊNCIA DO ART. 703, III, DO CPC.

O fato gerador do ITBI na arrematação dá-se com a assinatura do respectivo auto, quando então a transmissão da propriedade se perfectibiliza, visto que é ato perfeito, acabado e irretroatável, na forma do art. 694 do CPC. Em sendo assim, é possível a cobrança do tributo já na expedição da carta de arrematação, conforme dispõe o art. 703, III, do Código de Processo Civil.

ALÍQUOTA. ALEGADA APLICAÇÃO EM VALOR SUPERIOR ÀQUELE IMPOSTO NO CTM. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. ALEGAÇÃO REJEITADA.

“Em sede de mandado de segurança, o direito líquido e certo deve ser demonstrado de plano. A necessidade de dilação ou valoração probatória para confirmar o direito deduzido na petição inicial impõe a extinção do processo sem julgamento de mérito” (TJSC, ACMS n. 2010.066684-5, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 11.01.11). Assim, não havendo prova pré-constituída acerca da irregularidade da alíquota, inviável a análise da questão no *mandamus*.

RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2010.029176-7, da comarca de Blumenau (Vara da Fazenda Pública), em que é apelante TDBC Administradora de Bens Ltda, e apelado Município de Blumenau:

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 30 de agosto de 2011, foi presidido pelo Excelentíssimo Desembargador Pedro Manoel Abreu, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Desembargador Substituto Carlos Adilson Silva.

Florianópolis, 1º de setembro de 2011.

Francisco Oliveira Neto
RELATOR

RELATÓRIO

TCBC Administradora de bens Ltda. impetrou mandado de segurança contra ato supostamente ilegal praticado pelo Secretário da Fazenda do Município de Blumenau.

Para tanto, relatou que arrematou três imóveis leiloados nos autos da execução n. 008.98.005171-9. Aduziu que, depois de realizado o pagamento do preço acertado na arrematação, solicitou a averbação e transferência dos imóveis no 1º Ofício de Registro de Imóveis da comarca de Blumenau. Reclamou que tal averbação foi negada, com fulcro no art. 245 da LCM n. 632/07, em virtude do não recolhimento do ITBI.

Asseverou que o aludido artigo estabeleceu que o fato gerador do ITBI “considera-se ocorrido na data da assinatura do auto de arrematação

(art. 241, inciso I), e que o imposto deverá ser pago no prazo de 60 dias, contados da data da assinatura do auto e antes da expedição da respectiva carta (art. 255, inciso II). Pouco importando que a arrematação tenha se dado de forma parcelada”. Informou que o Fisco, ao tomar conhecimento de que não houve o pagamento do ITBI, instaurou processos administrativos n. 19.370, 19.371 e 19.372, por meio dos quais efetuou o lançamento do tributo. Sustentou que as normas municipais relativas ao ITBI violam normas de hierarquia superior, porquanto a exigência do recolhimento da exação em questão, por ocasião da simples assinatura do termo de arrematação e não do seu efetivo registro imobiliário.

Ao final, requereu o deferimento de liminar para que se suspenda a exigência do crédito tributário, como também para possibilitar o registro imobiliário das arrematações efetuadas. E, no mérito, a concessão da segurança, bem como o reconhecimento da ilegalidade/inconstitucionalidade dos arts. 241, 245, 255 e 259, todos da LCM n. 632/07 (fls. 2/53).

À fl. 56, foi postergada a análise da liminar para depois das informações.

Instada, a autoridade coatora apresentou as informações às fls. 61/97, arguindo, preliminarmente, a ilegitimidade passiva *ad causam*, porquanto não teve qualquer participação na negativa do registro imobiliário, ou, entendendo ser parte legítima, há de ser considerado o 1º Oficial do Registro Imobiliário como litisconsorte passivo. No mérito, alegou que a verdadeira intenção da impetrante é não recolher o ITBI referente à transferência dos imóveis por ela arrematado. Sustentou que, nos casos de arrematação judicial, o ITBI é devido já na arrematação, conforme se depreende do art. 703 do CPC. Pugnou, por fim, o reconhecimento da ilegitimidade passiva, como também que seja denegada a segurança, diante da inexistência de ilegalidade ou abuso de poder no lançamento do crédito tributário.

Às fls. 98/99, foi deferida parcialmente a liminar “para suspender a exigibilidade do crédito tributário até a decisão em contrário ou até que haja o registro das cartas de arrematação”.

O Ministério Público manifestou-se pela concessão parcial da segurança, para o fim de anular os lançamentos tributários derivados dos processos ns. 19370, 19371 e 19372 (fls. 107/110).

Sobreveio sentença de mérito, em que o magistrado singular julgou improcedente o pedido formulado, sob o argumento de que o art. 703, III, o CPC autorizaria a cobrança do tributo quando da arrematação, razão pela qual revogou a liminar concedida. Ainda, condenou a impetrante ao pagamento das custas processuais (fls. 111/117).

Irresignada, a vencida interpôs apelação, sustentando que a legislação municipal, por exigir o pagamento do tributo na data da assinatura do auto de arrematação, afronta o Código Nacional Tributário, que estabelece que o fato gerador do tributo ocorre somente com a transcrição do título no registro imobiliário. Reclamou também que a alíquota lançada no patamar de 2,3% fere o percentual determinado pelo CTM, que estabelece a aplicação do percentual de 2%. Pugnou pela concessão de efeito suspensivo, de modo a restabelecer a medida liminar anteriormente concedida; o reconhecimento da ilegalidade e inconstitucionalidade dos arts. 241, 245, 255 e 259, todos da referida LCM; a anulação do crédito fiscal lançado por meio do processo administrativo ns. 19.370, 19.371 e 19.372; alternativamente, a redução do tributo mediante a aplicação de 2% (fls. 121/133).

Com as contrarrazões (fls. 142/155), os autos ascenderam a esta Corte.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Procurador de Justiça José Galvani Alberton, que entendeu ser desnecessária sua intervenção no feito (fls. 160/162).

VOTO

1. O recurso, adiante-se, há de ser desprovido.

1.1 Estabelece o art. 156, II, da Constituição Federal que “*compete aos Municípios instituir impostos sobre: transmissão ‘inter vivos’, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição*”.

Interpretando esse artigo, doutrina e jurisprudência cristalizaram o entendimento que referido tributo seria devido quando da transferência no registro de imóveis, conforme preceitua o art. 1.245 do CC, no qual está dito “*Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis*”.

No entanto, essa é uma interpretação que, certamente, deve comportar exceções, a considerar que, como visto acima, o Texto Magno não delimitou, de forma específica, o significado do termo “transmissão”, deixando tal tarefa ao legislador e, na sua omissão, ao julgador.

E é essa justamente a hipótese dos autos, em que se discute o momento em que passa a ser exigível o respectivo tributo devido na arrematação em hasta pública.

Ora, estabelece o art. 694 do Código Civil que: “*assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, **a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretratável**, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado*” (grifou-se).

Assim, por força da referida previsão, na ocasião em que o imóvel é arrematado, o negócio jurídico não pode mais, em regra, ser desfeito, razão pela qual a transcrição no registro de imóveis, ainda que necessária, não deve ser considerada como marco translativo da propriedade.

Tanto é que no caso de haver outra arrematação em relação ao mesmo bem, a segunda será considerada nula, ainda que não tenha havido o registro da carta de arrematação do bem imóvel no cartório competente, consoante já se manifestou a jurisprudência:

“EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO ESPECIAL. ARREMATAÇÃO DE BEM JÁ VENDIDO EM OUTRA OCASIÃO. NULIDADE ABSOLUTA. ANULAÇÃO DA ARREMATAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO PARCIALMENTE E DESPROVIDO.

1. O juiz pode decretar, de ofício, a nulidade absoluta, que se deu, no caso, com a segunda arrematação do mesmo bem, dispensada a oposição de embargos à arrematação. Precedentes.

2. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido” (REsp n. 147768/SP, rel. Min^a. Laurita Vaz, Segunda Turma, j. 10.9.02);

“ARREMATAÇÃO. NULIDADE. E INVIÁVEL REALIZAR PRAÇA DO IMÓVEL PENHORADO QUANDO ESTE JÁ TENHA SIDO ALVO DE ANTERIOR E REGULAR ARREMATAÇÃO. A CIRCUNSTÂNCIA DE A CARTA, CONCERNENTE A SEGUNDA ARREMATAÇÃO, TER SIDO TRANSCRITA NO REGISTRO IMOBILIÁRIO NÃO TEM VIRTUDE DE TORNAR VÁLIDO O ATO, POR ISSO QUE O REGISTRO É CONTAMINADO PELA NULIDADE ABSOLUTA DO TÍTULO. RECURSO CONHECIDO, PELA DIVERGÊNCIA, NEGANDO-SE-LHE, POREM, PROVIMENTO. (STJ, REsp n. 12.439/MG, rel. Min. Costa Leite, Terceira Turma, j. 8.2.94);

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL - ARREMATAÇÃO DO BEM PENHORADO - CARTA NÃO TRANSCRITA NO REGISTRO IMOBILIÁRIO - IRRELEVÂNCIA - BEM LEVADO NOVAMENTE À HASTA PÚBLICA EM PROCESSO DE EXECUÇÃO DISTINTO E ARREMATADO - NULIDADE DA SEGUNDA ARREMATAÇÃO” (TJSC, AI n. 2007.063598-3, rel. Des. Jaime Ramos, j. 5.6.08).

Por sua vez, o art. 703, III, do Código de Processo Civil impõe como condição para a expedição da carta de arrematação prova de quitação do imposto do ITBI (“*Art. 703. A carta de arrematação conterà: I - a descrição do imóvel, com remissão à sua matrícula e registros; II - a cópia do auto de arrematação; III - a prova de quitação do imposto de transmissão*”).

Ao comentar esse dispositivo, Celso Neves preleciona que “a carta de arrematação é a peça escrita, documental da transferência coativa ocorrida, cingindo-se o texto que estabelece os seus elementos às necessidades do registro imobiliário. Nesse sentido é que deve conter a descrição do imóvel, tal como consta, ou do título aquisitivo executado, ou, à sua falta, da avaliação a que no processo executório se procedeu (art. 680 e segs.), **bem como a prova de quitação dos respectivos impostos, sem a qual não se pode efetuar a sua transcrição**” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, 7ª ed., p. 118 – grifou-se).

Desta forma, resta indubitável que o próprio legislador, dentro do âmbito que lhe é atribuído pela Constituição, excepcionou outra causa apta a ser considerada como fato gerador do ITBI, qual seja, a assinatura do auto de arrematação do imóvel.

Logo, não se vislumbra qualquer irregularidade quanto à exigência realizada pelo Código Tributário do Município de Blumenau (LCM n. 632/07) em relação ao pagamento do aludido tributo, estando, inclusive, o apelante já exercendo os atos imanescentes à propriedade, ainda que a carta não tenha sido registrada na competente serventia extrajudicial.

Neste sentido, colhe-se da jurisprudência:

“Execução por título extrajudicial - Carta de arrematação - Prova de quitação do imposto de transmissão - ITBI - Recolhimento devido - Art. 703, III, do *Codex* - Inviabilidade do registro da carta sem o pagamento do tributo - Recurso improvido” (TJSP, Ag 7.222.930-9, rel. Des. Carlos Luiz Bianco, j. 24.11.08);

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. ARREMATAÇÃO. ITBI. REGISTRO DA CARTA SEM O RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. DESCABIMENTO. Considerando que o fato gerador do ITBI é o registro imobiliário da transmissão de propriedade do bem imóvel, por ausência de amparo legal não se defere o registro da carta de arrematação sem o recolhimento do imposto. Agravo improvido” (TJSP, AI n. 70017097049, rel. Des. Bayard Ney de Freitas Barcellos, j. 25.4.07).

Em razão do exposto, a insurgência recursal, no ponto, não pode ser acolhida.

1.2 Outrossim, não merece prosperar a alegação de que ao débito foi aplicada a alíquota de 2,3%, porquanto, tratando-se os autos de mandado de segurança, em que se exige prova pré-constituída dos argumentos lançados, deveria ter o apelante ter, de plano, demonstrado o excesso, ônus do qual não se desincumbiu, impedindo, por consequência, a concessão da ordem.

“Em sede de mandado de segurança, o direito líquido e certo deve ser demonstrado de plano. A necessidade de dilação ou valoração probatória para confirmar o direito deduzido na petição inicial impõe a extinção do processo sem julgamento de mérito” (TJSC, ACMS n. 2010.066684-5, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 11.1.11). Por isso, não havendo prova pré-constituída acerca da irregularidade da alíquota aplicada no concreto, inviável a discussão da matéria em *mandamus*.

2. Por conseguinte, o voto é pelo desprovimento do recurso.

CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível nº 2007.002982-9, de São Carlos

Relator: Des. Gilberto Gomes de Oliveira

NULIDADE DE ATO JURÍDICO. PRETENDIDA A ANULABILIDADE, POR VÍCIO SOCIAL (SIMULAÇÃO), DE 02 (DOIS) CONTRATOS DISTINTOS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DOS DEMANDADOS.

A simulação é produto de um conluio entre os contratantes visando obter efeito diverso daquele que o negócio aparenta conferir.

CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS QUE EVIDENCIAM, COM A LIQUIDEZ NECESSÁRIA, A NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DE INSTITUTOS JURÍDICOS DIVERSOS EM RELAÇÃO AOS PACTOS SUPOSTAMENTE MACULADOS - DOLO E SIMULAÇÃO. EQUIVOCO DO SENTENCIANTE.

O dolo distingue-se da simulação. Nesta a vítima é lesada sem participar do negócio jurídico. As partes desejam tão-somente a aparência do negócio em detrimento da lei ou de terceiros. Os contratantes criam uma ilusão. No dolo, a vítima participa diretamente do ato, mas somente a outra conhece a maquinação e age com má-fé.

SIMULAÇÃO. VÍCIO SOCIAL QUE, EM VIRTUDE DA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, FOI ELEVADO À

CATEGORIA DE NULIDADE ABSOLUTA. APLICAÇÃO DO ART. 167, *CAPUT*, DO CÓDIGO CIVIL.

A pretensão originada de ato simulado é declaratória de nulidade - não anulatória -, uma vez que tal vício foi elevado pelo Código Civil de 2002 à categoria de nulidade absoluta (art. 167, *caput*). Tanto que o regime aplicável permite a arguição do defeito “*por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir*” (art. 168), além do que, consabido, “*o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo*” (art. 169).

CERCEAMENTO DE DEFESA. MAGISTRADO QUE, CONVENCIDO DA EXISTÊNCIA DE *CAUSA SIMULANDI* E COM PARÂMETRO NO ART. 330, INCISO I, DO CPC, JULGA ANTECIPADAMENTE A CAUSA. VÍCIO DE CONSENTIMENTO (DOLO) E VÍCIO SOCIAL (SIMULAÇÃO) QUE DEMANDA CAUTELA E APROFUNDAMENTO DO JULGADOR NO CASO, ALÉM DE EXIGIR A CONFECÇÃO DE PROVAS DISTINTAS. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS EM AUDIÊNCIA INCONTESTE. PARTES, ADEMAIS, QUE POSTULARAM NA PETIÇÃO INICIAL E NA RESPOSTA PELA OITIVA DE TESTEMUNHAS.

Tratando-se de causa que versa sobre matéria de fato não comprovada pelos documentos e demais elementos existentes nos autos, cuja circunstância interfere diretamente na solução da causa, o julgamento imediato importa em cerceamento de defesa e, por consequência, na nulidade da decisão de primeiro grau.

DECISÃO QUE, COM AMPARO NO ART. 401 DO CPC, PROIBE A CONFECÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL, CONSIDERANDO QUE OS CONTRATOS POSSUEM VALOR SUPERIOR AO DÉCUPLO DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DA CELEBRAÇÃO. POSSIBILIDADE DIANTE DO

CONTIDO NO INCISO II DO ART. 404 DO CPC. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

Em relação à prova do dolo, pela própria natureza do vício, o Código de Processo Civil, no seu art. 404, inciso II, estabelece que *“é lícito à parte inocente, provar com testemunhas: II - nos contratos em geral, os vícios do consentimento”*.

A PROIBIÇÃO ESTAMPADA NO ART. 401 DO CPC SOMENTE SE APLICA À ESTRITA PROVA DA EXISTÊNCIA DO CONTRATO, DE FORMA QUE A PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL É ADMITIDA QUANDO SE PRETENDE EVIDENCIAR PECULIARIDADE OU CIRCUNSTÂNCIA DO PACTO, TAL QUAL OCORRE COM OS VÍCIOS DE CONSENTIMENTO OU SOCIAIS, AINDA QUE O VALOR DO AJUSTE EXCEDA AO MONTANTE DE DEZ SALÁRIOS MÍNIMOS.

RECURSOS PROVIDOS. SENTENÇA CASSADA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 2007.002982-9, da Comarca de São Carlos (Vara Única), em que são apelantes Elda Pires dos Santos, Dirceu Luiz Poletto e Silvania Pompeu Poletto e apelados Lenoir Casanova e Marilde Pagliari Casanova:

ACORDAM, em Câmara Especial Regional de Chapecó, à unanimidade, dar provimento aos recursos interpostos pelos demandados, a fim de cassar a decisão de primeiro grau e determinar a produção de provas em audiência, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Perante o Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de São Carlos, Lenoir Casanova ingressou com ‘ação anulatória’ contra Dirceu Luiz Poletto e sua esposa Silvania Pompeu Poletto alegando, em breve resumo, que

mantinha estrita relação comercial com o primeiro demandado, entretanto, em razão de algumas dificuldades financeiras, ficou inadimplente com a quantia de R\$ 5.443,00 (cinco mil quatrocentos e quarenta e três reais).

Assim, e considerando que Dirceu Luiz Poletto pediu uma garantia da dívida, ofereceu a própria casa.

Ocorre que, ao invés de firmar um contrato de garantia da dívida, subscreveu - induzido em erro - um contrato de compra e venda de sua residência pelo valor de R\$ 8.669,00 (oito mil seiscentos e sessenta e nove reais), no qual, se efetuasse o pagamento de 11 (onze) parcelas de R\$ 700,00 (setecentos reais) e uma de R\$ 967,00 (novecentos e sessenta e sete reais), a casa continuaria em seu domínio.

Mas, ainda assim, não conseguiu honrar com o compromisso, de forma que referido demandado, na data de 18 de janeiro de 2005, em ato de pura simulação, firmou contrato de compra e venda daquele terreno, sem benfeitorias, com a proprietária pretérita daquele imóvel, Elda Pires dos Santos.

Neste ínterim, tentou negociar seu débito com o suplicado, porém, o importe apresentado, R\$ 19.000,00 (dezenove mil reais), mostrou-se exorbitante.

Postulou, nestes termos, pela anulação destes 02 (dois) negócios jurídicos com a condenação dos demandados ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios.

A prefacial veio instruída com os documentos de fls. 11/32.

Determinada a emenda à inicial à fl. 43, a fim de que Elda Pires dos Santos componha a lide. O ato foi cumprido à fl. 44.

Após, à fl. 50, o autor pediu pela inclusão de sua esposa, Marilde Pagliari Casanova, no pólo ativo da relação processual instaurada, requerimento que foi prontamente deferido (fl. 50).

Citados (fl. 57-verso e fl.), os demandados ofertaram resposta.

Dirceu Luiz Poletto e Sylvania Pompeu Poletto (fls. 59/65): Alegaram que, no ano de 2003, o autor e sua esposa fizeram inúmeras compras no Supermercado Dipol Ltda., do qual o primeiro demandado é sócio; entretanto, o pagamento, realizado mediante a entrega de cheques pós-datados, foi frustrado.

Assim, e considerando que as vendas no Supermercado Dipol Ltda. foram autorizadas pelo contestante, assumiu o débito recebendo os cheques que não foram devidamente compensados. Desta forma, os demandados adquiriram do autor, mediante Contrato de Compra e Venda com cláusula de retrovenda, o imóvel descrito na inicial, mas, ao não efetuarem a prerrogativa deste instituto, consolidou-se a alienação.

E, diante de expressa disposição, procuraram a proprietária pretérita daquele imóvel, Elda Pires dos Santos, para regularizar a situação do bem escriturando-o.

Pugnaram, nestes termos, pela improcedência.

Impugnação à contestação às fls. 104/109.

Citada por edital (fls. 100/101), Elda Pires dos Santos contestou (fls. 111/113). Alegou que, por seu procurador, Dr. Pedro Pires dos Santos, sempre tentou transferir o domínio do imóvel ao demandante, porém, este não possuía condições financeiras. Contudo, no ano de 2005, foi informada pelo próprio autor que, em razão da venda, a escritura pública deveria ser transferida diretamente para Dirceu Luiz Poletto.

Pediu pela improcedência.

Impugnação às fls. 118/119.

No ato compositivo da lide, o MM. Juiz de Direito, Dr. Marco Augusto Ghisi Machado, na forma prevista no art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil, julgou procedente a causa, através da decisão de fls. 120/125, cujo dispositivo restou assim redigido:

Isto posto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO (CPC – art. 269, inciso I) apresentado pelos autores, para (1) anular o contrato de compra e venda de fls. 67; (2) anular a escritura pública de compra e venda que retratou a alienação do imóvel, sob matrícula nº 7.810 do Registro de Imóveis da Comarca de São Carlos, de Elda Pires dos Santos para Dirceu Luiz Poletto e Sylvania Pompeu Poletto e (3) anular o registro da compra e venda realizada entre Elda Pires dos Santos para Dirceu Luiz Poletto e Sylvania Pompeu Poletto.

Condeno os réus ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 15% (quinze por cento) do valor atribuído à causa, na forma do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil. O ônus sucumbencial fica distribuído na razão de 80% (oitenta por cento) para os réus DIRCEU LUIZ POLETTTO e SILVANIA POMPEU DE POLETTTO e 20% (vinte por cento) para a ré ELDA PIRES DOS SANTOS, consoante a responsabilidade - e resistência à pretensão dos autores – de cada um no processo.

Presentes os requisitos inerentes à antecipação da tutela, sendo a verossimilhança da alegação dos autores apurada pela robusta prova acostada e o perigo de dano de difícil reparação representado pela perda da posse do imóvel, concedo a antecipação dos efeitos da tutela, na forma do art. 273 do Código de Processo Civil, a fim de manter os autores na posse do imóvel até o trânsito em julgado da sentença.

Após o trânsito em julgado, archive-se com os registros pertinentes e respectivos mandados para cumprimento da parte dispositiva.

P.R.I.

Insatisfeitas, as partes interpuseram recurso de apelação.

Elda Pires dos Santos (fls. 130/131): Defendeu, em suas razões (fls. 132/137), preliminarmente, que o julgamento realizado à luz do

art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil, causou-lhe cerceamento de defesa, uma vez que postulou pela realização de provas em audiência à fl. 113.

No mérito, disse que, se confrontadas a decisão interlocutória de fls. 45/49 e a decisão que compôs o litígio (fl. 145), verifica-se que o julgador se contradiz. Que não houve, ao contrário do que compreendeu o sentenciante, qualquer confissão.

No mais, que procurou o demandante para viabilizar a transferência daquele imóvel, porém, foi informada que, em virtude de alienação, a escritura pública de compra e venda deveria ser lavrada em favor de Dirceu Luiz Poletto.

Pautou-se, assim, pela reforma da decisão de primeiro grau.

Dirceu Luiz Poletto e Sylvania Pompeu Poletto (fls. 141/143): Sustentaram às fls. 144/161 que houve cerceamento de defesa, porquanto há nos autos documentos suficientes para servir como indício de prova, razão pela qual seria possível a oitiva de testemunhas.

Ainda, que a realização de audiência se faz necessária, pois através das testemunhas pretendem comprovar que os cheques não saldados e fichas de compras do Supermercado Dipol Ltda. encontravam-se em poder da parte recorrida.

Articularam, no mérito, que o contrato de compra e venda com cláusula de retrovenda consubstancia-se num ato jurídico isento de qualquer vício, de modo que, deixando os autores de exercerem a opção de novamente adquirir o bem, consolidou-se a alienação.

Por fim, que a antecipação da tutela efetuada na sentença constitui inovação, uma vez que o pedido foi anteriormente indeferido às fls. 45/49 dos autos, e que o ônus de sucumbência foi distribuído equivocadamente,

já que tanto os recorrentes como Elda Pires dos Santos ofereceram resistência.

Pautaram-se pelo provimento com a reforma da decisão singular.

Contrarrazões às fls. 167/175.

É o relatório. Decido.

VOTO

Supridos os pressupostos legais, examina-se a *quaestio*.

Tratam-se de apelações cíveis interpostas pelos suplicados, Dirceu Luiz Poletto - e sua mulher Silvania Pompeu Poletto - e Elda Pires dos Santos, em face de sentença lavrada em 'ação anulatória' deflagrada por Lenoir e Marilde Casanova, que julgou procedente a ação reconhecendo a simulação.

Pois bem. O demandante Lenoir Casanova sustenta em sua petição inicial que, em virtude de inadimplência perante o suplicado Dirceu Luiz Poletto, ofertou sua residência como garantia de um débito que remontava a importância de R\$ 5.443,00 (cinco mil quatrocentos e quarenta e três reais); no entanto, subscreveu com sua esposa contrato de compra e venda, no valor de R\$ 8.669,00 (oito mil seiscentos e sessenta e nove reais) (fl. 14), circunstância que, como afirma à fl. 03, não representava a vontade do casal.

Previa tal instrumento, então, que se os contratantes efetuassem o pagamento de 11 (onze) prestações de R\$ 700,00 (setecentos reais) acrescido, ainda, da quantia de R\$ 967,00 (novecentos e sessenta e sete reais), o domínio da casa, em favor dos autores, estaria garantido (cláusula quarta à fl. 14).

Contudo, não conseguiram honrar com o ajuste, de modo que o demandado, ora recorrente, ‘em atitude premeditada’ (fl. 04), entabulou com a proprietária pretérita daquele imóvel, Elda Pires dos Santos, novo contrato de compra e venda (fl. 30 - Registro nº R-2-10.380) simulando, nesta oportunidade, a compra do terreno de propriedade dos demandantes, sem benfeitorias, pelo valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Diante deste quadro, segundo os autores, houve a simulação de 02 (duas) negociações, *a primeira* consubstanciada no contrato de compra e venda firmado com o próprio demandante, no qual o imóvel seria dado apenas como garantia de uma dívida; e, *a segunda*, o contrato de compra e venda - e consequentemente o registro público - ajustado com a demandada Elda Pires dos Santos, no qual o terreno, excetuadas as benfeitorias, foi alienado para o demandado Dirceu e sua esposa pelo valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Mas, tais situações são distintas.

É que a simulação é produto de um *conluio entre os contratantes* visando obter efeito diverso daquele que o negócio aparenta conferir. As partes desejam tão-somente a aparência do negócio. Criam uma ilusão.

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, nesse contexto, ensina que a simulação “*não é vício de consentimento, pois não atinge a vontade em sua formação. É uma desconformidade consciente da declaração, realizada de comum acordo com a pessoa a quem se destina, com o objetivo de enganar terceiros ou fraudar a lei*” (Direito Civil. São Paulo: Saraiva: 2011. p. 483) (grifei).

Por outro lado, a pretensão originada de ato simulado é declaratória - não anulatória -, uma vez que tal vício foi elevado pelo Código Civil de 2002 à categoria de nulidade absoluta (art. 167, *caput*). Tanto que o regime aplicável permite a arguição do defeito “*por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir*” (art. 168), além do

que, consabido, “*o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo*” (art. 169).

Se a simulação resulta do acordo entre duas partes para lesar terceiro ou fraudar a lei, então, é fácil de constatar que o contrato de compra e venda firmado entre Lenoir Casanova e Dirceu Poletto (fl. 14), no qual estipulou-se a compra e venda da residência do demandante, com cláusula de retrovenda, não se trata de vício social (simulação), mas, antes, de vício de consentimento, na modalidade de dolo, já que neste, a vítima participa da avença sendo, porém, induzida em erro, o que ocorreu na hipótese em estudo, pois, segundo afirmam os autores, o pacto não representa a manifestação de vontade do casal.

Vale citar:

Dolo é o artifício ou expediente astucioso, empregado para induzir alguém à prática de um ato que o prejudica, e aproveita o autor do dolo ou a terceiro. Consiste em sugestões ou manobras maliciosamente levadas a efeito por uma parte, a fim de conseguir da outra uma emissão de vontade que lhe traga proveito, ou a terceiro. O dolo difere do erro porque esse é espontâneo, no sentido de que a vítima se engana sozinha, enquanto o dolo é praticado intencionalmente pela outra parte ou por terceiro, fazendo com que aquela também se equivoque (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 415).

No que concerne ao contrato de compra e venda datado de 18 de janeiro de 2005 - e conseqüentemente o registro público (fl. 30 - Registro nº R-2-10.380) - ajustado com a demandada Elda Pires dos Santos, no qual o terreno de propriedade dos demandantes, excetuadas as benfeitorias, foi alienado para Dirceu e sua esposa, trata-se de possível acordo simulatório, pois se verifica, nitidamente, que, em um negócio bilateral, os contratantes (Dirceu Poletto e Elda dos Santos) objetivavam lesar terceiros (Leonir e Marilde Casanova).

Feitas estas distinções, averigua-se o equívoco do magistrado *a quo* às fls. 124/125, que, desconsiderando tratar-se de situações fáticas que reclamam a aplicação de institutos jurídicos distintos - dolo (art. 171, inciso II, do Código Civil - nulidade relativa) e simulação (art. 167, *caput*, do Código Civil - nulidade absoluta) -, **anulou** tais pactos, bem como o registro da compra e venda do terreno de propriedade dos autores realizada entre Dirceu e Elda dos Santos.

Vale transcrever, para melhor elucidação, excerto da decisão:

Merece acolhida a pretensão do autor, tal como exposta na inicial.

Com efeito, se verifica na documentação juntada aos autos, que o contrato firmado entre as partes, se trata, de fato, de simulação, objetivando garantir contrato de mútuo de dinheiro.

Não fosse a particular dicção da cláusula quarta do contrato de compra e venda firmado entre as partes (fls. 67), que coloca o imóvel à disposição dos autores para recompra em 11 (onze) parcelas mensais, iniciando-se o pagamento em 30 (trinta) dias após a venda, reforça a ocorrência da simulação a inexistência, nos autos, das fichas e cheques mencionados pelo réu na contestação.

Registro que, em sendo verossímil a alegação de que a compra e venda deu-se em pagamento de débito contraído pelo autor, autorizado mediante 'assinatura em fichas' e cujo pagamento viu-se frustrado por cheques sem provisão de fundos, deveriam estes documentos acompanhar a petição inicial (CPC – art. 396).

Como dito alhures, (1) a peculiaridade da redação da cláusula contratual, conjugada à (2) inexistência dos documentos aludidos no parágrafo anterior, são indícios suficientes para demonstrar a simulação e nulidade do contrato de compra e venda, atribuindo verossimilhança às alegações do autor.

Mas, como visto, o contrato de compra e venda da residência dos demandantes firmado com Dirceu Luiz Poletto, ainda que não representasse a vontade do casal, não se qualifica como vício de simulação, ao revés, é vício de consentimento, na modalidade dolo, cumprindo aos autores, nos

termos do art. 333, I, do CPC, fazerem prova do artifício ou expediente astucioso utilizado pelo demandado que os prejudicaram.

Não poderia, pois, haver a determinação de nulidade do pacto sem a realização de tão necessária prova!

Só por este motivo - desconsiderado pelo nobre sentenciante -, a instrução probatória já se fazia necessária, uma vez que o dolo não se presume e quem o alega, como dito, tem o ônus da prova.

Com efeito, verifica-se, consoante requerimento à 09 da inicial e à fl. 119, que os demandantes postularam, expressamente, pela realização de audiência de instrução para oitiva de testemunhas; contudo, indevidamente, foi realizado o julgamento - ainda a se considerar a procedência da demanda.

Ademais, no entender deste Relator, a simples circunstância de que no contrato de compra e venda consta cláusula de retrovenda afastaria eventual arguição de 'simulação', posto que tal disposição de vontade - opção de compra pelo vendedor -, por certo, foi incluída naquele instrumento em favor do próprio vendedor (parte demandante).

Mais uma vez, portanto, se fazia necessária a oitiva de testemunhas em juízo, e dos próprios contratantes, para que se averigua-se, com a liquidez necessária, se as assertivas de que os autores foram maliciosamente induzidos em erro prosperam.

Entendeu o sentenciante, de outro lado, que restava comprovada a 'simulação' diante da ausência de comprovação do débito contraído pelo autor Lenoir através dos cheques dados como pagamento e fichas do débito. Porém, Dirceu Poletto afirmou em resposta (fl. 61) que assumiu o débito do demandante perante o Supermercado Dipol Ltda. resgatando as cartões não compensadas e negociando, posteriormente, o débito com os demandantes.

Assim, presume-se que, quando da subscrição do contrato de compra e venda de fl. 14, existindo intenção de dolo (ou não) por parte de Dirceu, este entregou as cártulas resgatadas para Lenoir Casanova, já que satisfeita a dívida mediante a aquiescência de um novo pacto. É da natureza dos títulos de crédito o resgate da cártula, não havendo razão para se presumir o contrário, até que se prove.

Em consequência disto, o julgamento antecipado do feito - além de flagrantemente equivocada -, configurou cerceamento de defesa aos suplicados, que postularam às fls. 64/65 dos autos pela produção de prova testemunhal - inclusive, arrolando testemunhas -, pois os documentos exigidos pelo julgador singular encontravam-se em poder da parte adversa.

E mais!

Entendeu o togado que a prova do débito do demandante para com o suplicado Dirceu Poletto, dívida que originou o contrato de compra e venda supostamente anulável, não poderia se dar exclusivamente mediante a oitiva de testemunhas, em razão do disposto no art. 401 do Código de Processo Civil, que estabelece: *“a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados”*.

Veja-se:

Nem se alegue, também, que a comprovação do débito do autor para com o réu poderá ser comprovado por testemunhas durante a instrução. É que, sendo as obrigações assumidas pelo autor, em ambas as transações, superiores ao décuplo do salário mínimo, impossível a comprovação delas mediante a prova meramente testemunhal (CPC – art. 401). Ao menos, início – que também se mostra inexistente – de prova por escrito, na forma da legislação processual, exige-se (CPC – art. 402, inciso I) (fl. 123).

Entretanto, tal disposição não se aplica ao presente caso.

É que, em relação à prova do dolo, pela própria natureza do vício, o Código de Processo Civil, no seu art. 404, inciso II, estabelece que “*é lícito à parte inocente, provar com testemunhas: II - nos contratos em geral, os vícios do consentimento*”.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery comentam:

Admite-se a prova exclusivamente testemunhal se seu objeto forem fatos que comprometam a validade do contrato celebrado, ainda que intrinsecamente o contrato seja daqueles que não admitem prova exclusivamente testemunhal para a demonstração de sua existência (CPC 401). Se a parte pretende ver reconhecido, *v.g.*, o dolo que vicia a confecção do contrato de fiança, conquanto possa fazer prova do dolo exclusivamente através de testemunha, não se exige de juntar aos autos a prova documental da existência do contrato (CC/1916 1483), sob pena de indeferimento da inicial (CPC 283) (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. São Paulo: RT: 2002. p. 732).

O doutrinador Antônio Carlos de Araújo Cintra concorda com este posicionamento:

Os vícios do consentimento (erro, dolo e coação) podem ser objeto de prova exclusivamente testemunhal, conforme entendimento dominante na doutrina e confirmado pelo inciso II do artigo 404, cuja disposição já se contém na regra geral do artigo 400 do Código de Processo Civil. Os vícios de consentimento são fatos impeditivos e, como tais, não estão sujeitos à regra do artigo 401, que diz respeito ao fato constitutivo dos contratos. Observe-se, ainda, que também em relação ao inciso II, a locução ‘parte inocente’ tem o sentido de parte interessada na prova do vício de consentimento concretamente argüido (Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 167).

Possível, portanto, a oitiva de testemunhas no caso concreto.

Não obstante, ainda que a prova desta mácula não caracterizasse exceção à regra do art. 401 do Código de Processo Civil, há julgados, inclusive do STJ, no sentido de que esta proibição somente se aplica à estrita prova

da existência do contrato e, desta forma, a realização da prova testemunhal também seria possível.

Nesse sentido:

O CPC veda a utilização da prova exclusivamente testemunhal com o objetivo de demonstrar a existência de contrato cujo valor seja superior a dez salários mínimos. No entanto, tal espécie de prova é admitida quando se pretende evidenciar peculiaridade ou circunstância do contrato, ainda que seu valor exceda esse montante. Precedentes. Recurso especial não provido. (REsp nº 722600/SC, rel. Ministra Nancy Andrighi).

Desta maneira, tendo em vista que a causa versa sobre matéria de fato não comprovada pelos documentos e demais elementos existentes nos autos, e que interfere diretamente na solução da causa, o julgamento antecipado importa em cerceamento de defesa e, por consequência, na nulidade da decisão de primeiro grau.

No que tange ao contrato de compra e venda - e registro público - ajustado com a demandada Elda dos Santos, no qual o terreno, excetuadas as benfeitorias, foi alienado para o demandado Dirceu e sua esposa pelo valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), tenho que a prova da simulação supostamente existente não se dá de forma tão simplista, ou seja, mediante a apresentação de documentos em resposta.

Fundamentou o magistrado *a quo*:

No tocante à anulação da escritura de compra e venda e do registro imobiliário da transação havida entre os réus, a despeito de não vir escorreitamente comprovada nos autos por documentos, houve a confissão dela pela ré Elda Pires dos Santos, sendo, portanto, desnecessária a prova (CPC – art. 334, inciso II).

Ainda que a confissão da ré Elda Pires dos Santos não possa prejudicar os demais réus (CPC - art. 350, *caput*), deve ela ser admitida como subsídio probatório concludente, autorizando a anulação do negócio jurídico (destacou-se).

Isto porque, para que reste evidenciada a simulação devem estar configuradas no conjunto probatório, além do acordo simulatório já referido nesta decisão, a intencionalidade de que o ato praticado não corresponde à verdade real, o intuito de prejudicar terceiros e, por fim, a ignorância e o desconhecimento destes terceiros em relação ao ato simulado.

Daí que, diante da natureza deste instituto, não há que se falar somente em prova documental, e muito menos em confissão da suplicada Elda, já que à fl. 113 dos autos, postulou pela produção de provas em audiência.

Diante do quadro que se apresenta - não se olvidando da peculiar circunstância de que se trata, nesta hipótese, de vício de consentimento (dolo) e vício social (simulação) -, de se acolher a irresignação dos demandados Dirceu Luiz Poletto, Silvania Pompeu Poletto e Elda Pires dos Santos, para reconhecer que o julgamento imediato do feito causou-lhes cerceamento de defesa e, bem por isto, declarar a nulidade da sentença.

É como voto.

DECISÃO

Ante o exposto, à unanimidade, dá-se provimento aos recursos interpostos pelos demandados, a fim de cassar a decisão de primeiro grau e determinar a produção de provas em audiência, nos termos do voto do relator.

O julgamento, realizado no dia 24 de fevereiro de 2011, foi presidido pelo Exmo. Desembargador Cesar Abreu, com voto, e dele participou o Exmo. Desembargador Jorge Luiz de Borba.

Chapecó, 24 de fevereiro de 2011.

Gilberto Gomes de Oliveira
RELATOR

Apelação Cível n. 2007.048177-5, de Chapecó

Relator: Des. Subst. Jorge Luis Costa Beber

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA.

APELO DA RÉ. PROVA ENCARTADA AOS AUTOS QUE REVELA QUE O IMÓVEL ADQUIRIDO PELA DEMANDADA É DISTINTO DAQUELE OCUPADO POR ELA. ERRO QUE NÃO AFASTA A PROPRIEDADE DOS AUTORES, REGISTRADA NO ÁLBUM IMOBILIÁRIO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO REIVINDICATÓRIO. DIREITO DA RÉ DE SER INDENIZADA PELAS BENFEITORIAS ÚTEIS E NECESSÁRIAS. BOA-FÉ AFASTADA APÓS A CITAÇÃO. INDENIZAÇÃO PELO USO DO IMÓVEL. AUSÊNCIA DE PEDIDO CONDENATÓRIO NA INICIAL. DECISÃO *ULTRA PETITA*. CONDENAÇÃO DECO-TADA. HONORÁRIOS FIXADOS EM R\$ 15.000,00. AÇÃO EM TRÂMITE HÁ 29 ANOS. MANUTENÇÃO DA VERBA DIANTE DOS BALIZAMENTOS DO ART.20, §3º, CPC. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

RECURSO DOS AUTORES. AÇÃO DE ATENTADO. NÃO CONFIGURAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 879 E INCISOS DO CPC. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DOS VALORES ATINENTES AOS FRUTOS QUE DEIXOU DE COLHER NÃO DEDUZIDA NA INICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO. AUTORES QUE PRETENDEM DAR DESTINAÇÃO DISTINTA AO IMÓVEL (AGRICULTURA). FATO QUE NÃO AFASTA O DEVER DE INDENIZAR A REQUERIDA PELAS BENFEITORIAS REALIZADAS. RECURSO IMPROVIDO.

APELAÇÃO DO LITISDENUNCIADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA REFUTADA. PROVA QUE REVELA QUE O DENUNCIADO TRANSFERIU AO DENUNCIANTE A POSSE DE IMÓVEL DISTINTO DAQUELE POR ELE ALIENADO.

SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.048177-5, da comarca de Chapecó (1ª Vara Cível), em que são apte/apdos Palacio dos Esportes Comércio de Artigos Esportivos Ltda., e apdo/aptes Neuza Maria Henrique de Almeida e outros:

A Câmara Especial Regional de Chapecó decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso da ré e dar-lhe parcial provimento; conhecer e negar provimento aos recursos dos autores e do litisdenunciado. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. José Carlos Carstens Köhler e Des. Subst. Guilherme Nunes Born.

Chapecó, 26 de agosto de 2011.

Jorge Luis Costa Beber
RELATOR

RELATÓRIO

Palácio dos Esportes Comércio de Artigos Esportivos Ltda interpôs recurso de apelação contra a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido deduzido na ação reivindicatória proposta em seu desfavor, determinando a desocupação do imóvel descrito na inicial e condenando-a ao pagamento de indenização em razão da ocupação do bem, havendo, de outro giro, o reconhecimento do direito de ser indenizada pela acessão construída no local, admitida a compensação entre as verbas.

Insurgiu-se, inicialmente, contra o acolhimento da pretensão reivindicatória, aduzindo que o laudo pericial foi confeccionado com base nos registros imobiliários e seus desmembramentos, sem ater-se à realidade física.

Disse, ainda, que adquiriu a área reivindicada do denunciado Antônio, o qual adquiriu o bem de Xisto Romano Cella, que o comprou do pai dos autores nos anos de 1970 ou 1971.

Alegou que, se existe algum equívoco na escritura ou confusão quanto às matrículas, trata-se de simples irregularidade que não pode ser oposta aos compradores.

No tocante às benfeitorias, disse que além do chalé foram realizados outros melhoramentos no imóvel (cercas, campo de futebol suíço, açude), que também devem ser indenizados.

Arguiu que o julgamento foi “*extra petita*” no que se refere à indenização pela ocupação do imóvel, justo que não houve pedido neste sentido na petição inicial.

Por fim, rebelou-se contra o acolhimento parcial da denunciação da lide e a sua condenação em honorários, clamando pelo provimento do apelo.

Os demandantes, por sua vez, ofertaram recurso contra a decisão que julgou improcedente o pedido manejado na cautelar de atentado, arguindo a ocorrência de cerceamento de defesa.

Além disso, impugnaram a decisão prolatada na ação reivindicatória no que tange à indenização e às benfeitorias, dizendo que aquela deveria ter sido fixada de acordo com os frutos e rendimentos que poderiam derivar da exploração agrícola do imóvel, e não com base no valor do aluguel mensal, e que as benfeitorias são desnecessárias e inúteis à destinação do imóvel e

à atividade exercida pelos demandantes, de modo que as mesmas devem ser levantadas pela parte ré, e não indenizadas.

Derradeiramente, propugnaram pelo provimento do recurso, com a reforma da decisão na parte atacada.

O denunciado Espólio de Alberto Antônio Cella também apelou, arguindo sua ilegitimidade passiva. No mérito, disse que inexistem provas a supedanearem o édito prolatado, argumentando que não restaram comprovados os requisitos necessários ao acolhimento da pretensão reivindicatória.

Discorreu sobre a cadeia dominial e a denunciação dos anteriores proprietários, defendendo que a área reivindicada corresponde ao imóvel que foi efetivamente vendido ao réu, lançando, ainda, considerações acerca das indenizações arbitradas, finalizando com pedido de acolhimento do reclamo.

Ofertadas as contrarrazões, ascenderam os autos a esta Corte.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos apelos.

I. Do recurso da ré:

I.a) Do pedido reivindicatório:

Insurge-se a apelante contra o acolhimento do pleito reivindicatório, aduzindo, em apertada síntese, que é legítima proprietária da área de terras reivindicada.

Pois bem, compulsando com vagar os autos, constata-se que João Henrique de Almeida (pai dos demandantes) era proprietário de dois imóveis: um matriculado sob **nº 9.953** (registro anterior nº 40.530),

com uma área total de 1.331.000.00 m²; e outro sob **nº 51.270** (registros anteriores 685 e 51.270), com área total de 1.452.000.00 m².

João Henrique de Almeida e sua esposa Rufina Alves venderam a área de 145.200 m², **do imóvel antes registrado sob nº 40.530 (atualmente matriculado sob nº 9.953)**, à Alberto Antônio Cella, conforme se infere da certidão do Registro de Imóveis que repousa às fls. 36, sendo que a aludida transação foi registrada sob nº 63.540.

Alberto Antônio Cella, por sua vez, vendeu *“somente uma parte, ou seja, a área de 121.000 m², dentro das confrontações da área maior”*, antes especificadas, à firma Arduino Galina S/A Indústria e Comércio de Artefatos de Borracha.

Posteriormente, o Alberto Antônio Cella alienou *“o remanescente, ou seja, a área de 24.200 m² dentro das confrontações da área maior”* à ré Palácio dos Esportes - Comércio de Artigos Esportivos, conforme se denota da **matrícula do imóvel de nº 9.953**, acostada às fls. 37, e escritura de venda e compra que se encontra às fls. 40.

Os demandantes, por outro lado, após o falecimento de sua mãe Rufina Alves de Almeida, receberam, cada um, a gleba de 12.000 m² de um todo maior de 132.000 m² do **imóvel matriculado sob nº 51.270**. A ré, contudo, estaria ocupando uma fração do aludido imóvel, razão pela qual propuseram a demanda reivindicatória.

O exame dos títulos aquisitivos não deixa dúvidas de que **a acionada adquiriu parcela de um imóvel (nº 9.953) distinto daquele recebido pelos autores por herança (nº 51.270)**, embora ambos tivessem pertencido à João Henrique de Almeida, o que também restou apurado pela prova pericial.

Sucedem que a prova testemunhal, e até mesmo as confrontações citadas no título aquisitivo exibido pela ré, levam a crer que houve uma confusão envolvendo o imóvel adquirido pela apelante.

Com efeito, pelo que se extrai da certidão que repousa às fls. 36 e da escritura de compra e venda que descansa às fls. 40, as terras vendidas pelo falecido pai dos autores à ré – *que pertenceriam ao imóvel matriculado sob nº 9.953* – confrontavam, ao norte, com terras de Otaviano Henrique de Almeida; ao sul, com terras de Aduino Henrique de Almeida; ao leste, com terras de Salvador Henrique Sobrinho e, a oeste, com a Fazenda Seringa.

A aludida confrontação coincide com a titularidade dos imóveis que fazem vizinhança ao norte e ao sul com o **imóvel de nº 51.270**, conforme certidão que se encontra às fls. 08 e planta apresentada pelo *expert* às fls. 408.

Anotem-se que a parcela destacada do imóvel matriculado sob nº 9.953 confronta, pelo que se denota da citada planta, ao sul, com terras de Salvador Henrique Sobrinho, ao oeste, com as de José Henrique de Oliveira, ao leste com Arroio Monte Alegre e, ao norte, com as terras da firma Arduino Galina, ou seja, as confrontações do citado imóvel **são diversas daquelas constantes na escritura.**

A testemunha Avelino S. Trevisol declarou:

“que tem conhecimento que a área de terras onde está localizada a requerida foi adquirida de Alberto Cella, que adquiriu de Chisto Romano Cella, o qual adquiriu de João Henrique de Almeida. O depoente residia em uma área limite a área em litígio. Que o depoente adquiriu sua área de Severino Tomazzi. Que conheceu João Henrique Almeida e o mesmo morava sobre a área que vendeu para Chisto Romano Cella. A época quando João Henrique vendeu o imóvel para Chisto Cella seus filhos já eram grandes. Que João Henrique possuía outra propriedade cerca de 3 quilômetros e quem fez sua mudança foi Alberto Cella quem havia comprado a terra. Que sobre a referida área Alberto Cella construiu um chiqueirão de porco e fez uma casa para moradia de seu agregado. Que quando o seu Gallina e Palácio dos Esportes compraram seus imóveis o

depoente ainda morava naquele local. Que o local é conhecido como Rodeio Chato. Que o outro local onde a família Almeida foi morar é conhecido como linha Henrique. (...) Que a área vendida por João Henrique Almeida é a mesma que atualmente é ocupada por Gallina e Palácio dos Esportes” (fls. 340/341).

O testigo Armindo Vaccari disse:

“tem conhecimento de que a área ocupada pela requerida foi comprada de um tal de Cella que por sua vez havia adquirido de Chisto Cella. (...) o depoente possuía imóvel rural distante cerca de 200 metros da área em litígio. Que o depoente adquiriu sua área da família de Henrique e outros eram Almeida. (...) o depoente com auxílio de outros vizinhos retificaram a estrada existente para melhor locomoção à outros imóveis. Que referida estrada também passa na área de propriedade de Palácio dos Esportes. (...) a nascente localizava-se na área de propriedade de Palácio dos Esportes. Que esta nascente ‘olho d’água’. Que não conhece o local denominado barra grande” (fls. 342).

No mesmo sentido as palavras de Chisto Romano Cella:

“nos anos 70 ou 71 adquiriu de João Henrique de Almeida uma área de terra com área de 5 alqueires, aproximadamente. Na época da aquisição foi feita a escritura desta terra. Que o Sr. João Henrique morava com sua família sobre a área que adquiriu. Não recorda quem eram os proprietários das áreas limites, na localidade de Rodeio Chato. Que cerca de um ano depois vendeu a mesma área para Alberto Cella. Que Alberto Cella fez a mudança de João Henrique Almeida levando-o até outra área de terra que era de sua propriedade, que não conheceu a outra área onde João Henrique foi morar. (...) a área que adquiriu era praticamente plana e com boas nascentes de água (...)” (fls. 343).

Parece claro, diante dos aludidos depoimentos, que a ré incorreu em erro, pois acreditava estar adquirindo a área de terras objeto do litígio, ocupada por ela desde a realização do negócio. Entretanto, o título aquisitivo refere-se, na verdade, a terras situadas em outro imóvel.

Ocorre que tal questão deveria ter sido alvo de discussão pela demandada em ação própria, diante da necessidade de retificação do registro imobiliário, o que não ocorreu.

Na presente ação reivindicatória, o que se deve perscrutar para a correta solução do litígio é a efetiva titularidade do domínio do bem reivindicado, além da correta individualização da coisa e a posse injusta da parte acionada.

A questão envolvendo a individualização do imóvel já foi decidida por esta Corte, tratando-se de matéria coberta pela coisa julgada.

A titularidade do domínio, como se sabe, se prova com o registro do título aquisitivo no Cartório de Imóveis.

Colhe-se do magistério de MARIA HELENA DINIZ:

“Logo, os negócios jurídicos, em nosso sistema jurídico, não são hábeis para transferir o domínio de bem imóvel. Para que se possa adquiri-lo, além do acordo de vontades entre adquirente e transmitente é imprescindível o registro do título translativo na circunscrição imobiliária competente(Leis ns. 6.015, e 7.433/85), sendo necessária, como se vê, a participação do Estado por intermédio do serventuário que faz esse registro público sem o qual não há transferência de propriedade” (Sublinhei, Curso de direito civil brasileiro. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 4. p. 121).

A mesma autora, em outra de suas obras, de forma mais objetiva, preleciona:

“A força probante, que se funda na fé pública do registro, levado a efeito por serventuário provido de autoridade legal, gera a presunção de que o direito real pertence à pessoa em cujo nome se registrou. Assim, o título, de per si, não comprovará o domínio nem o ônus real, pois somente com o assento se operará sua aquisição. **A prova do direito real far-se-á pelo registro, do qual decorre uma presunção juris tantum de sua aquisição, que prevalecerá até prova em contrário**(RT; 169:383, 278:355, 505:75, 547:252, 421:298, 441:74, 579:91 e 343:186; RF; 329:292, 185:218; RTJ;

107:28)” (Grifos meus, Código Civil Anotado - 6ª ed, São Paulo, Saraiva, 2000, pg. 659).

Destarte, diante do registro visualizado às fls. 06, lícito é concluir que os autores/apelados detêm a propriedade das terras objeto do litígio.

Quanto à posse injusta, esta Corte já decidiu que:

“Em se tratando de pedido reivindicatório, o conceito de posse injusta prescinde dos quesitos da violência, precariedade ou clandestinidade, configurando-se, tão-somente, pela demonstração de que o réu não possui título de domínio ou qualquer outro que justifique juridicamente sua ocupação.” (TJSC, Apelação Cível n. 2005.020005-2, de São José, rel. Des. FERNANDO CARIONI, j. 28.02.2008).” (Grifos meus, Apelação Cível n. 2009.016283-3, de Camboriú, Relator: Des. Henry Petry Junior, j. 19.05.2011).

No mesmo sentido:

“O conceito de posse injusta prescinde dos quesitos da violência, precariedade ou clandestinidade, e configura-se, tão somente, pela demonstração de que o réu não possui título de domínio ou qualquer outro que justifique juridicamente sua ocupação.” (Agravo de Instrumento n. 2011.004128-2, de Rio do Sul, Relator: Des. Fernando Carioni, j. 24.05.2011).

No caso em liça, como já analisando anteriormente, o título de domínio exibido pelo réu não se refere ao imóvel objeto da controvérsia, o que permite concluir pela existência de posse viciada ou injusta.

Destarte, preenchidos os requisitos necessários ao deferimento do pedido reivindicatório, correta se mostra a decisão do Magistrado Clayton Cesar Wandscheer.

Neste sentido, já se decidiu:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. COMPROVAÇÃO DO DOMÍNIO. DELIMITAÇÃO DA ÁREA. POSSE INJUSTA. SENTENÇA PROCEDENTE. RECURSO DESPROVIDO.

Comprovados os requisitos para a imissão da autora na posse do imóvel, a procedência do pedido é medida que se impõe.” (Grifos meus, Apelação Cível n. 2007.050652-7, de São João Batista, Relator: Des. Jairo Fernandes Gonçalves, j. 09.06.2011).

Ainda:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. PROPRIEDADE DA AUTORA DEVIDAMENTE COMPROVADA, SEGUIDA TAMBÉM PELA INCONTESTE INJUSTA POSSE DA ÁREA PELA REQUERIDA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

“A ação de reivindicação é dirigida não apenas contra o possuidor injusto no sentido de quem tem a posse violenta, clandestina ou precária, mas contra aquele que possui o bem sem causa jurídica na esfera de atuação do demandado. Ou seja, **nem se cogita sobre boa ou má-fé do possuidor, mas sim se a posse repugna ou não ao direito, prevalecendo o direito do proprietário na disputa entre posse e propriedade**” (AC. n. 1999.008070-6, Rel. Des. Carlos Prudêncio, DJ de).

“Sendo assim, restou comprovado que a autora cedeu, a título gratuito, o imóvel para que a ré lá residisse, por tempo indeterminado, sendo que esta posse tornou-se injusta a partir do momento em que a ré, mesmo notificada, recusou-se a sair do imóvel.

Neste contexto, através da escritura pública, dos demais documentos acostados aos autos e principalmente através do depoimento das testemunhas, inegável que a autora tem o domínio sobre o imóvel em questão” (Juiz de Direito Dr. Fernando Seara Hickel).

Portanto, **preenchidos os requisitos caracterizadores da ação de reivindicação - propriedade dos reivindicantes, seguida pela injusta detenção da posse pelos requeridos - outra não pode ser a decisão, senão a procedência do pedido.**” (Grifos meus, Apelação Cível n. 2008.059009-1, de Indaial, Relator: Des. Carlos Prudêncio, j. 12.04.2011).

I.b) Das benfeitorias:

A sentença açoitada reconheceu tão somente o direito da ré/apelante de ser ressarcida pela acessão construída no imóvel (chalé), refutando o pedido de indenização envolvendo as demais benfeitorias voluptuárias (piscina e cancha de bocha), porquanto edificadas após a citação, o que caracterizaria atitude maliciosa.

A recorrente defende que não agiu com má-fé, justo que “*estava e está amparada em uma escritura pública de compra e venda da área*” (fls. 500). Além disso, sustenta que também levantou cercas, construiu um campo de futebol suíço e um açude, que igualmente devem ser indenizados.

Como perscrutado anteriormente, o título dominial exibido pela ré refere-se a outro imóvel, distinto daquele em que as benfeitorias foram edificadas, aí por que não vejo como descartar o reconhecimento da atitude temerária oriunda das obras realizadas após a citação, ocasião em que a parte tomou conhecimento da controvérsia envolvendo a propriedade na qual foram realizadas as benfeitorias.

Assim, considerando que as aludidas benfeitorias (piscina e cancha de bocha) não são necessárias, aplicável ao caso o disposto no art. 517 da Lei Civil revogada (art. 1.220 do atual CC):

“Art. 517. Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; mas não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias”.

Quanto à cerca, campo de futebol suíço e açude, por terem sido construídos antes da citação, acompanhando o entendimento do Magistrado sentenciante, devem ser indenizados, na forma arbitrada no julgado *a quo*.

Voto, então, pelo parcial provimento do apelo neste tópico, reconhecendo o direito da ré/apelante de ser indenizada, também, pela construção da cerca, campo de futebol e açude.

I.c) Da indenização pela ocupação do imóvel:

Defende a recorrente que a sentença *a quo* foi *extra petita* ao condená-la ao pagamento de indenização pelo tempo que utilizou o bem objeto do litígio, justo que não houve pedido neste sentido na petição inicial.

O juiz, como se sabe, deve julgar nos exatos termos do pedido efetuado. Nem menos, nem mais, nem fora da pretensão.

O pedido, como já consolidado pela jurisprudência, é aquilo que se retira da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, razão por que, em muitos casos, é possível deferir pretensão que não se encontra objetivamente consignada no tópico específico dos pedidos timbrados na peça de ingresso.

Essa, contudo, não é a situação que promana dos autos.

É que, na petição inicial, os autores se limitaram a requerer “*seja à final, julgada procedente, condenando a suplicada a devolver ao condomínio a área esbulhada e ônus da sucumbência*” (fls. 03), não havendo, nem nos pedidos, nem no corpo do petitório, qualquer menção à indenização pela utilização do imóvel.

Os demandantes, nas contrarrazões, não negaram que não formularam o pedido indenizatório, defendendo, todavia, que a indenização “*é consequência da procedência da ação*” (fls. 552).

Não vejo, contudo, como acolher tal linha de argumentação, pois é certo que o Juiz não pode condenar a parte ao pagamento de quantia pela qual não foi demandada (art. 460, CPC).

Destarte, tenho que o excesso deve ser decotado, expungindo-se da condenação a indenização pelo uso do imóvel.

I.d) Denúnciação da lide:

A prestação jurisdicional entregue na lide secundária deve ser mantida, justo que a ré não perdeu a propriedade do imóvel que adquiriu do denunciado.

A questão envolvendo o erro, que nada mais é do que um vício de consentimento, passível de ensejar a anulação do negócio, deve ser discutida em ação própria, oportunidade em que a denunciante poderá pleitear o reembolso do valor pago.

A denunciação ora em debate limita-se a assegurar o direito de regresso da ré pelos valores que tiver que pagar à parte autora, o que foi assegurado na sentença recorrida.

I.e) Verba honorária:

Insurge-se a ré contra a verba honorária, fixada em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

O aludido montante, contudo, não pode ser considerado exacerbado se tomado em consideração que a ação tramita desde 1982 (ou seja, há 29 anos) e que advogado Paulo César Guedes defende os interesses dos demandantes desde a sua propositura.

Além disso, o feito foi julgado extinto por duas oportunidades, tendo o aludido patrono interposto recurso, obtendo êxito na anulação das sentenças.

Assim, diante dos vetores do art. 20, §3º, do CPC, estou por manter a verba fixada.

II. Do recurso dos autores:

II.a) Da ação de atentado:

Alegam os demandantes que tiveram “menosprezada” a instrução da ação de atentado, pois se tivesse sido oportunizada a produção de provas,

lograriam êxito em demonstrar que a posse da ré se fez injusta desde antes da prova fotográfica juntada com a inicial.

Razão, contudo, não lhes assiste.

É que, conforme preceitua o art. 879 do CPC,

“Comete atentado a parte que no curso do processo:

I - viola penhora, arresto, seqüestro ou imissão na posse;

II - prossegue em obra embargada;

III - pratica outra qualquer inovação ilegal no estado de fato.”
(Sublinhei)

No caso em liça, quando os autores deflagraram a ação de atentado, inexistia ordem judicial obstando que a ré efetuasse qualquer obra no imóvel objeto da demanda reivindicatória.

À luz dessas considerações, pouco importa analisar a qualidade posse na ação de atentado, pois não houve a prática, pela ré, de nenhuma das atitudes elencadas no supra citado dispositivo legal.

Já se decidiu:

“O atentado se configura quando, no curso do processo, uma das partes introduz inovações ilegais no objeto da causa, acarretando alteração ou dificuldade para a apuração da verdade no processo. Se a construção introduzida em área objeto de litígio possessório constitui-se apenas em função normal da coisa, sem qualquer reflexo na investigação acerca da posse da área, a figura do atentado não estará caracterizada. (...)” (Apelação Cível n. 97.009684-4, de Urussanga, Relator: Des. Trindade dos Santos, j. 25.05.1999).

Ainda:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CAUTELAR DE ATENTADO - ESBULHO E LEVANTAMENTO DE CONSTRUÇÕES - ALEGAÇÃO DE ALTERAÇÃO NA SITUAÇÃO DE FATO - INOCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO NA APURAÇÃO DA VERDADE DOS FATOS

NO CURSO DA INSTRUÇÃO NO PROCESSO PRINCIPAL
- DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

- Para concessão da pretensão no atentado é vital que o ato de modificação no estado de fato provoque algum prejuízo para a constatação da verdade dos acontecimentos no decorrer da instrução. Inexistindo o prejuízo, não já que se falar em atentado.

- “Sem prova da existência de inovação ilegal, no estado de fato da lide, a ação cautelar de atentado não pode prosperar. Não há atentado se o ato atacado constitui continuação de atos anteriores, alegados, na petição inicial da ação possessória, como causa de pedir a prestação jurisdicional. QUI CONTINUAT NON ATTENTAT. Também não o configura a alegada inovação no estado de fato, que não é de molde a prejudicar a apuração da verdade, relativa a fatos importantes, para o deslinde do conflito possessório. **A construção de casa, pela ré, no curso de ação possessória, traduz-se em exercício normal da posse, pelo possuidor, não constituindo atentado.**” (Apelação Cível n. 00.016271-0, de Piçarras, Rel.: Des. *Anselmo Cerello*).” (Grifos meus, Agravo de Instrumento n. 2004.002943-8, de Palhoça, Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 20.09.2005).

Destarte, voto pela manutenção da decisão de primeiro grau.

II. b) Indenização:

Pretendem os apelantes a condenação da requerida ao pagamento dos frutos que deixou de perceber, embasando sua pretensão no art. 513 do Diploma Civil revogado.

Sucedo que, como examinado por ocasião do apelo da demandada, os autores não formularam, na petição inicial, pedido indenizatório, o que obsta o acolhimento da pretensão, sob pena de configurar-se sentença *ultra petita*.

II. c) Benfeitorias:

No que se refere às benfeitorias, os recorrentes alegam que as mesmas não são úteis nem necessárias à atividade agrícola, muito menos em regime

de economia familiar, justificando que o imóvel é de destinação agrícola e que são agricultores.

Ocorre que a necessidade e a utilidade das benfeitorias não podem ser examinadas à luz da atividade exercida pelo proprietário, mas sim de acordo com a utilidade e a valorização que ocasionam ao imóvel.

Assim, ainda que os apelantes pretendam dar ao bem destinação diversa daquela dada pela ré, tal fato não tem o condão de eximi-los do dever de indenizar as benfeitorias levantadas pela demandada.

Voto, pois, desprovimento do apelo dos autores.

III. Do recurso do litisdenunciado:

A aventada ilegitimidade passiva não vinga, justo que a prova encartada aos autos revela que a ré/denunciante adquiriu um imóvel do denunciado (Alberto Antônio Cella), o qual lhe passou a posse de um bem distinto daquele que alienou, decorrendo daí a legitimidade deste último para residir na extremidade passiva da lide secundária.

Outrossim, anoto que a questão envolvendo a procedência do pedido reivindicatório e a cadeia dominial já foi alvo de exaustiva análise no presente julgado.

Diante desses contornos, estando demonstrado que o denunciado transferiu à denunciante a posse de imóvel diverso daquele que transferiu pelo título dominial, induzindo-a em erro, era de se acolher a lide secundária.

Ademais, na verdade, não haverá valor a ser ressarcidos, com exceção da verba sucumbencial, justo que houve o afastamento da indenização estipulada na sentença.

Voto, então, pelo desprovimento do recurso.

Apelação Cível n. 2011.028644-6, de Chapecó

Relator: Des. Subst. Jorge Luis Costa Beber

APELAÇÃO CÍVEL. COBRANÇA DE SEGURO. NEGATIVA DA SEGURADORA EM EFETUAR O PAGAMENTO. EMBRIAGUEZ DO CONDUTOR/SEGURADO COMPROVADA. AGRAVAMENTO DO RISCO VERIFICADO. CULPA *IN ELIGENDO*. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Os dramas que diariamente se avolumam nas estradas brasileiras, derivados de acidentes automobilísticos, ceifando vidas ou tornando inválidas pessoas inocentes, provocados por motoristas embriagados, não mais permitem que o Poder Judiciário continue tolerante com a conhecida tese da necessidade da prova da “voluntariedade da embriaguez”, para, somente assim, admitir o agravamento dos riscos, isentando as seguradoras do pagamento de indenizações, muitas vezes elevadíssimas.

Não existe bêbado compulsório. A regra é a ingestão de bebida de forma voluntária, espontânea. As pessoas bebem porque querem e porque gostam de beber. Bebem conscientemente, e não desconhecem que a embriaguez produz no agente perturbações mentais, liberando-o sem freios para a prática dos seus atos. O ébrio perde a autocrítica, permanecendo com a mente obnubilada pelos efeitos do álcool, o que o leva a desprezar a prudência e a restringir a perícia, tornando-se negligente para tudo.

Não se desconhece a possibilidade da exceção que confirma a regra, ou seja, que a embriaguez não foi voluntária. Todavia, nesse caso, é o segurado quem assume o ônus de provar que bebeu de forma inconsciente e involuntária, comprovando, também, que o seu estado etílico não foi determinante para o acidente. Fora

dessa condições, há inegável afronta aos ditames dos arts. 765 e 768 do Código Civil.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 2011.028644-6, da Comarca de Chapecó (3ª Vara Cível), em que é apelante Espólio de Achilles João Moroni, e apelado Unibanco Aig Seguros S/A:

ACORDAM, em Câmara Especial Regional de Chapecó, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

Espólio de Achilles João Moroni, representado pela inventariante, Sra. Joveci Ferri Moroni, apelou da sentença da doutora Juíza de Direito da 3ª Vara Cível da comarca de Chapecó, que julgou improcedente o pedido formulado na ação de cobrança de seguro movida contra Unibanco AIG Seguros e Previdência.

Irresignada, a apelante defendeu que a cláusula inserta no contrato de seguro não estabelece a dosagem do teor alcoólico permitido ao condutor do veículo, sendo, portanto, uma cláusula genérica, de modo que a sua interpretação deve ser feita da forma mais favorável ao consumidor.

Além disso, afirmou que a apelada não juntou perícia do acidente de trânsito, deixando de fazer prova do motivo que ocasionou o evento, sendo possível que o mesmo tenha ocorrido “por defeito mecânico, pneu estourado, buracos na pista, manobra irregular feita por outro veículo”.

Defendeu que o simples fato do segurado estar embriagado não afasta a obrigação da seguradora, clamando pelo provimento do apelo, com a reforma da sentença, julgando-se procedente o pedido formulado na inicial.

Apresentadas as contrarrazões, ascenderam os autos.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Adianto, porém, que há ser negado provimento.

É que, colhe-se do laudo pericial encartado às fls. 67/70 que o *de cujus* (segurado) apresentava uma concentração alcoólica de 6,0 decigramas de álcool por litro de sangue.

A direção em estado de embriaguez recebeu duríssimo tratamento pelo Código de Trânsito Nacional, configurando manifesta infração administrativa, conforme se extrai dos dizeres do art. 165 daquela Lei Específica, com a redação vigente por ocasião dos fatos:

“Dirigir sob a influência de álcool, em nível superior a seis decigramas por litro de sangue, ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Infração: gravíssima;

Penalidade – multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir;

Medida administrativa – retenção do veículo até apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.”

Anote-se que atualmente, com a redação dada pela Lei nº 11.705/08, sequer há limite tolerável. Aliás, o mesmo regramento estabelece como crime conduzir veículo em estado de embriaguez, conforme se infere das disposições do art. 306.

Destarte, se a condução de um veículo por motorista embriagado configura infração administrativa e infração penal, soa razoável sustentar que a mesma conduta não configura infração contratual?

Estimo que não.

Não desconheço, por óbvio, a orientação de alguns julgados, tanto do STJ como deste Tribunal, reconhecendo em casos desse jaez, envolvendo a cobrança do seguro, a necessidade da prova da embriaguez voluntária.

Com a máxima concessão outorgada de quem sustenta o contrário, a regra é a ingestão de bebida alcóolica de forma voluntária, espontânea. As pessoas bebem conscientemente. Bebem porque querem e porque gostam de beber. Jamais conheci alguém que tenha sido obrigado a beber. Não conheço a figura do bêbado compulsório.

Esta questão, aliás, foi enfrentada pela lei penal, que reconhece a hipótese de isenção de pena somente nas hipóteses de incapacidade de entendimento ou de auto-governo decorrente da embriaguez fortuita ou oriunda de força maior, que é justamente a exceção que confirma a regra.

Entretanto, “*a embriaguez preordenada, a embriaguez voluntária e a embriaguez culposa não eliminam, a capacidade de culpabilidade do agente e a conduta por ele posta em prática, em estado de intoxicação aguda pelo álcool ou substância equivalente, será punível.*” (HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal, A Nova Parte Geral, 1987, págs. 209/210*)” (ALBERTO SILVA FRANCO *et al*, in Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 158).

A lei vigente entre nós adotou, como se sabe, a teoria da *actio libera in causa*, segundo a qual não deixa de ser imputável quem se pôs em situação de inconsciência ou de incapacidade de autocontrole, seja de forma dolosa ou culposa.

Portanto, segundo estimo, nas hipóteses de cobrança de seguro em que o condutor ou o próprio segurado encontrava-se embriagado, o que deve ocorrer é a inversão do ônus da prova. **É o segurado quem deve provar que o estado de embriaguez não foi voluntário. E mais do que isso: é ele, segurado, quem tem que demonstrar que o estado étílico não foi determinante para o acidente.** Fora dessas hipóteses, não vejo como compelir as seguradoras a honrarem o contrato firmado, que a exemplo do que ocorre com qualquer convenção bilateral, deve estar ornado pela boa

fé dos contratantes, prevista, aliás, expressamente no art. 765 do Código Civil, inserido no Capítulo que versa sobre o contrato de seguro.

Não se deve, pois, interpretar o contrato de seguro e o próprio Código de Defesa do Consumidor com maniqueísmos, justo que o exercício da cidadania pressupõe o respeito a ambos os contratantes e não apenas o reconhecimento de direitos do usuário

Logo, a limitação dos riscos, dê que estabelecida dentro dos preceitos legais, não é abusiva ou extravagante, não devendo ser confundida com a disposição contratual que exclui ou limita obrigação assumida, como ocorre, *v.g.*, na hipótese do plano de saúde que estabelece prazo de internação para atendimento de doença coberta pela apólice ajustada.

Colhe-se das condições gerais do seguro, mais especificamente do item 25 – “PERDA DE DIREITOS”:

“Além dos casos previstos em lei, a seguradora ficará isenta de qualquer obrigação decorrente deste contrato relativos ao seguro de Automóvel, RCF-V, se:

(...)

h) Acidente com o veículo segurado conduzido por motorista que esteja sob efeito de entorpecentes, álcool ou outra droga”. (fls. 114).

A aludida disposição restritiva dos riscos assumidos pela seguradora não aberrá contra a Lei Substantiva Civil, estando em consonância, também, com os ditames do regramento consumerista.

Com efeito, o Código Civil é expresso ao dispor sobre a prefixação dos riscos, conforme se extrai da redação do art. 757:

“Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados” (Sublinhei).

No mesmo norte se insere o art. 760:

“A apólice ou bilhete de seguro serão nominativos, à ordem ou ao portador, e mencionarão os riscos assumidos, o início e o fim da sua validade, o limite da garantia e o prêmio devido, e quando for o caso, o nome do segurado e o do beneficiário” (Sublinhei).

O Diploma Civil, como se sabe, não possui palavras ou expressões inúteis e sem sentido, daí por que não há nenhuma ilegalidade nas cláusulas do contrato de seguro, que adequadamente delimitaram os riscos cobertos e objetivamente timbraram os eventos não garantidos.

Aliás, a cláusula acima transcrita não oferece nenhuma dificuldade de interpretação, estando absolutamente afinada com os dizeres do art. 54, §4º, do Código de Defesa do Consumidor:

“As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.” (Sublinhei).

Nesse diapasão, não vejo como eclipsar a eficácia da cláusula contratual que afasta a obrigação da seguradora de indenizar quando o acidente for cometido por pessoa dirigindo o veículo segurado em estado de embriaguez, sobretudo se restar evidenciado que o seu comportamento foi decisivo para o evento.

A embriaguez, como se sabe, produz no agente uma perturbação mental, liberando-o sem freios para a prática dos seus atos. O ébrio perde a autocrítica, permanecendo com a mente obnubilada pelos efeitos do álcool, o que o leva a desprezar a prudência e a restringir a perícia, tornando-se negligente para tudo.

Registre-se, outrossim, que se afigura desnecessária a apresentação de prova pericial, como pretende a apelante, até porque esta sequer acostou aos autos o boletim de ocorrência de acidente de trânsito, deixando de apresentar qualquer indício de prova de que o sinistro não tivesse sido ocasionado pelo estado de embriaguez do condutor.

A Corte Catarinense já decidiu neste sentido:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS CAUSADOS EM ACIDENTE DE VEÍCULO – ACIDENTE DESENCADEADO POR COMPROVADA EMBRIAGUEZ DO CAUSADOR DO ILÍCITO – DENUNCIÇÃO DA LIDE À SEGURADORA – NEGATIVA DO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO – AGRAVAMENTO DO RISCO – INDENIZAÇÃO VEDADA – PRECEDENTES DA CÂMARA – DENUNCIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE – RECURSO PROVIDO.

A embriaguez do condutor, quando devidamente comprovada, configura agravamento de risco e desobriga a seguradora do pagamento da indenização do seguro contratado, ainda que o bem segurado esteja sendo conduzido por terceiro estranho à relação contratual” (Grifei e sublinhei – Apelação Cível n. 2007.054810-9, de Rio do Sul. Relator: Des. Fernando Carioni, julgado em 11.03.08).

No mesmo norte, de outros Tribunais:

1) “CLÁUSULA DE ISENÇÃO DA SEGURADORA POR CULPA GRAVE OU DOLO DO SEGURADO. EMBRIAGUEZ COMPROVADA. AGRAVAÇÃO DOS RISCOS PELO SEGURADO. Configurada a culpa grave do segurado, pela embriaguez, tendo ela dado causa ao acidente e havendo cláusula contratual expressa de perda de direito, isenta-se a seguradora da responsabilidade de indenizar. inteligência do artigo 1454 do Código Civil. precedentes jurisprudenciais deste TJRS. APELAÇÃO DESPROVIDA.” (Apelação Cível Nº 70007800287, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cacildo de Andrade Xavier, Julgado em 10/11/2004).

2) “SEGURO - TENDO CLÁUSULA EXPRESSA DESONERATIVA DE PAGAMENTO NO CASO DE ESTAR O VEÍCULO DIRIGIDO POR INABILITADO OU EM ESTADO DE EMBRIAGUEZ, INCABÍVEL É A INDENIZAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.” (Apelação Cível n.º 598180990, Relator Décio Antônio Erpen, desta 6º Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS).

3) “APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO DE DANO. AUTOMÓVEL. EMBRIAGUEZ. PROVA. ART-1454 DO CÓDIGO CIVIL. PERDE O DIREITO AO SEGURO O MOTORISTA QUE CAUSA ACIDENTE EM ESTADO DE EMBRIAGUEZ, ESTADO ESTE REGISTRADO EM BOLETIM DE OCORRÊNCIA PELO MÉDICO QUE O ATENDEU E INDEFERÍVEL DE ELEMENTOS CIRCUNSTANCIAS ANTECEDENTES E EXTEMPORÂNEOS AO EVENTO. APELAÇÃO DESPROVIDA.” (Apelação Cível, n.º 598257160, Relator Antonio Janyr Dall’Agnol Júnior, 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS).

4) “SEGURO DE DANO. **AUTOMOVEL, MOTORISTA EMBRIAGADO. PERDA DO DIREITO. NÃO FAZ JUS AO VALOR DO SEGURO SUCESSORA DE MOTORISTA QUE, EMBRIAGADO, DIRIGIA AUTOMÓVEL DE TERCEIRO,** POR INEGÁVEL QUE, NOS TERMOS DA LEI E DO CONTRATO, FEZ VOLUNTARIAMENTE ROMPER COM A COBERTURA QUE LHE BENEFICIARIA NÃO FORA A CIRCUNSTÂNCIA. APELAÇÃO PROVIDA POR MAIORIA”. (Grifei e sublinhei – Apelação Cível Nº 598346963, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, Julgado em 05/05/1999).

5) “Indenizatória. Acidente com motocicleta. Morte do condutor. Seguro. Embriaguez. Exclusão. Nexo causal. prova. o inquérito policial que apurou o acidente teve deferido o pedido de arquivamento feito pelo MP, sob a alegação de ausência de culpa do outro motorista, então indiciado, por regularmente parado no ponto de ônibus, ocasião em que foi abalroado pelo motociclista marido e pai das autoras que trafegava com 14,0dg de álcool por litro de sangue, o que atesta o nexo causal entre a embriaguez e o evento, incidindo a cláusula de exclusão contratual, esta não abusiva. Sentença de procedência alterada. Apelação provida.” (TJRGS – 2ª Câmara Especial Cível – Rel. Des. Ícaro Carvalho de Bem Osório – Apelação cível nº 70003829611 – data do julgamento 08/05/2003).

6) “Apelação cível. Ação de cobrança. Acidente de trânsito. **Motorista do veículo segurado em estado de embriagues alcoólica. Agravamento do risco. Perda do seguro. Cobertura indevida.** Precedentes, Indenização pretendida por beneficiária,

pela morte do irmão que conduzia o veículo segurado em estado de embriaguês alcoólica, vindo a invadir a contramão de direção, chocando-se frontalmente com caminhão que trafegava em sentido contrário. **O comportamento deliberado que agrava o risco, em desrespeito ao art. 1454 do Código civil Brasileiro, que impõe a obrigação de evitar o aumento dos riscos, impõe a perda do seguro, excluindo o dever de cobertura pelo sinistro. Rejeitada a preliminar, proveram o apelo.** Unânime.” (Grifei e sublinhei - TJRGS – 14ª Câmara Cível – Rel. Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos. Apelação cível nº 197153646 – data do julgamento 07/10/1998).

Infelizmente, todos os dias, presenciamos jovens, pais de famílias, gente de todas as idades, terem suas vidas ceifadas ou seus corpos mutilados por verdadeiros “gênios”, que vivem dentro de uma garrafa, e depois se arvoram a conduzir um veículo, sem a mínima preocupação com as consequências que poderão advir de tal conduta.

Até quando continuaremos sendo lenientes com esta versão de que, para afastar a obrigação do seguro, há que se provar que o *borracho* agiu de forma voluntária?

Assim fica muito fácil. Bebo porque sei que se causar um dano o seguro que contratei arcará com o prejuízo.

Até quando?

Somos nós, que dirigimos corretamente, que não nos embriagamos para conduzir nossos veículos, que acabamos pagando o seguro cada vez mais caro por conta de pessoas que agem justamente em sentido inverso, agravando os cálculos das seguradoras de uma forma geral.

Com renovada vênua dos que sustentam o contrário, encontro insuperáveis dificuldades para perseverar nessa tese da *prova da embriaguez voluntária* para viabilizar o agravamento do risco. E não me atemoriza o peso da afirmação, ainda que não se possa descartar que ninguém, nem mesmo esse relator, esteja livre de agir de forma equivocada, tanto quanto

agiu o demandante. Todavia, na função de julgar, não devo procurar absolver os erros dos outros para algum dia, quiçá, poder justificar os meus.

Em resumo: tendo a demandada comprovado que o condutor do veículo segurado estava conduzido seu automóvel embriagado, ausente qualquer indício de prova de que o acidente não tivesse sido ocasionado pelo estado etílico do motorista, não há como negar que sua conduta agravou sobremaneira os riscos de avarias no bem objeto do seguro contratado.

Por tudo que foi dito, parece-me, insofismavelmente, que um motorista embriagado aumenta em muito as possibilidades de ocorrência de um acidente, como de fato acabou ocorrendo, exasperando os riscos de modo a desnaturar a própria *álea* caracterizadora do contrato de seguro, justo que transformará (como efetivamente transformou) em fato concreto uma mera probabilidade, influenciando, assim, na própria aferição do valor do prêmio.

Destarte, voto pela manutenção da sentença de primeiro grau.

DECISÃO

Ante o exposto, à unanimidade, nega-se provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

O julgamento, realizado no dia 12.07.2011, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Paulo Roberto Camargo Costa, com voto, e dele participou o Exmo. Desembargador Substituto Guilherme Nunes Born.

Chapecó, 12 de julho de 2011.

Jorge Luis Costa Beber
RELATOR

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.054079-4, de Itajaí

Relatora: Des. Marli Mosimann Vargas

APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU PRESO). CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. LATROCÍNIO E ESTELIONATO, EM CONCURSO MATERIAL (ART. 157, § 3º, SEGUNDA PARTE, E ART. 171, *CAPUT*, NA FORMA DO ART. 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.

PRELIMINARES. ILICITUDE DAS PROVAS.

ACESSO ÀS CHAMADAS RECEBIDAS PELO TELEFONE DA VÍTIMA SEM AUTJUDICIAL. EIVA INEXISTENTE. AUTOS DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA EM APENSO CONTENTO AUTORIZAÇÃO DO JUÍZO PARA PERÍCIA NO APARELHO CELULAR DA VÍTIMA, QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO E DE DADOS CADASTRAIS, PERANTE AS EMPRESAS DE TELEFONIA, DE USUÁRIOS QUE MANTIVERAM CONTATO COM A VÍTIMA NA VÉSPERA DO CRIME.

CONFISSÃO NA FASE POLICIAL OBTIDA MEDIANTE COAÇÃO MORAL E FÍSICA. AUSÊNCIA DE PROVAS NESSE SENTIDO. ATO QUE FOI ACOMPANHADO POR DEFENSOR CONSTITUÍDO. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS OBSERVADAS.

EXAME DE CORPO DE DELITO INCONCLUSIVO. TESE RECHAÇADA. LAUDO PERICIAL QUE ATESTA A INEXISTÊNCIA DE “SINAIS EXTERNOS VISÍVEIS DE LESÕES”, JULGANDO PREJUDICADOS OS QUESITOS FORMULADOS QUANTO A ESSE TOCANTE. CONCLUSÃO DO PERITO ACERTADA.

SUSPEIÇÃO DOS MAGISTRADOS QUE CONDUZIRAM A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. NÃO OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE O JUIZ, AINDA QUE DE OFÍCIO E ANTES DE INICIADA A AÇÃO PENAL, ORDENAR A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS URGENTES E RELEVANTES. INTELIGÊNCIA DO ART. 156, I, DO CPP.

MÉRITO.

ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGENTE QUE, OBJETIVANDO SE APROPRIAR DO PATRIMÔNIO ALHEIO, DESFERE DIVERSAS FACADAS CONTRA A VÍTIMA, CAUSANDO-LHE A MORTE. SUBTRAÇÃO E POSTERIOR ESPANJAMENTO DO VEÍCULO E DE CARTÕES DE CRÉDITO PERTENCENTES À VÍTIMA. APREENSÃO, EM PODER DO APELANTE, DE PRODUTOS ADVINDOS DOS CARTÕES ROUBADOS. CONFISSÃO DETALHADA NA FASE POLICIAL, CORROBORADA EM JUÍZO. TESTEMUNHOS DE VIGILANTES QUE PRESENCIARAM OS FATOS E DOS POLICIAIS CIVIS QUE PARTICIPARAM DAS INVESTIGAÇÕES. CONTEXTO PROBATÓRIO QUE EVIDENCIA O COMETIMENTO DO CRIME PATRIMONIAL. CONDENAÇÃO MANTIDA.

DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO. DESCABIMENTO. CONSUMAÇÃO DOS DELITOS DE ROUBO E HOMICÍDIO, QUE COMPÕEM O CRIME DE LATROCÍNIO, PLENAMENTE CONFIGURADA. CONJUNTO DE PROVAS QUE DEMONSTRA A INTENÇÃO DO AGENTE EM MATAR A VÍTIMA PARA SUBTRAIR SEU PATRIMÔNIO. CONDUTA

CRIMINOSA PERFEITAMENTE ADEQUADA AO TIPO PENAL IMPUTADO NA DENÚNCIA.

REFORMA DA DOSIMETRIA.

PENA-BASE. MAJORAÇÃO CARENTE DE FUNDAMENTO. TESE INACOLHIDA. ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DO ART. 59 DO CP DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. EXISTÊNCIA DE UMA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. CRUELDADE UTILIZADA PELO APELANTE NA PRÁTICA DO DELITO QUE TRANSCENDEU AO TIPO PENAL. ELEMENTO QUE PERMITE A ELEVÇÃO DA PENA. LIVRE APRECIÇÃO DO MAGISTRADO. MAJORAÇÃO, ADEMAIS, EM FRAÇÃO INFERIOR A DE 1/6 (UM SEXTO), QUE VEM SENDO APLICADA POR ESTA CORTE.

SEGUNDA FASE. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ACOLHIMENTO. RÉU QUE, NO MOMENTO DA SUA PRISÃO, ASSUME A AUTORIA DO DELITO E FORNECE DETALHES DA PRÁTICA CRIMINOSA, CONTRIBUINDO PARA A APURAÇÃO DA VERDADE REAL. RETRATAÇÃO PARCIAL QUE NÃO DESABONA SUA FALA. REDUÇÃO DA PENA QUE SE MOSTRA IMPERIOSA. FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL EM OBSERVÂNCIA À SÚMULA 231 DO STJ.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.054079-4, da 2ª Vara Criminal da comarca de Itajaí, em que é apelante Mayckon Costa Crispim e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso, rejeitar as preliminares e, no mérito, dar-lhe provimento em parte. Custas legais.

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público da 2ª Vara Criminal da comarca de Itajaí/SC ofereceu denúncia contra MAYCKON COSTA CRISPIM pela prática dos delitos definidos no art. 157, § 3º, segunda parte, e art. 171, *caput*, ambos do Código Penal, e contra Willyam Barth Ginar e Diego Rafael Costódio Torman pela prática do delito definido no art. 171, *caput*, do Código Penal, assim descritos na inicial acusatória (fls. II-III):

Do crime de latrocínio

O denunciado Maycon Costa Crispim, após ter conhecido o Padre Alvino Broering por intermédio do site de relacionamento Orkut, resolveu roubar o veículo daquele religioso.

Nos contatos mantidos no site de relacionamento, o denunciado e a vítima haviam combinado um encontro para dar algumas voltas e fazer um lanche.

Assim, na intenção de praticar o roubo planejado, o denunciado adquiriu uma faca e ficou aguardando o contato telefônico da vítima, o que acabou ocorrendo no dia 13 de dezembro de 2009, tendo o Padre Alvino se deslocado até Navegantes com seu automóvel, local onde apanhou o denunciado Maycon, dirigindo-se ambos até Balneário Camboriú, onde fizeram um lanche.

Já na madrugada do dia 14 de dezembro, quando retornavam para Navegantes pela Rodovia BR 101, nas proximidades do Posto de Combustível Maiochi Sul e da empresa Itadisa, o denunciado anunciou o roubo, ameaçando a vítima com a faca que até aquele momento tinha mantido escondida em suas vestes.

O Padre Alvino, dessa forma, parou o veículo e saiu de seu interior, oportunidade em que foi perseguido pelo denunciado, que, pretendendo assegurar a impunidade do crime e a detenção do automóvel, desferiu diversas facadas contra a vítima, causando-lhe as lesões corporais descritas no laudo pericial da fl. 10, em virtude das quais ela veio a falecer.

Ato contínuo, o denunciado retornou ao veículo, vindo a subtrair referido automóvel, além de diversos objetos e valores que nele

se encontravam, tais como a carteira de dinheiro e uma máquina fotográfica da vítima.

Do crime de estelionato

Naquele mesmo dia 14 de dezembro de 2009, por volta das 16h, os denunciados Maycon Costa Crispim, Willyam Barth Ginar e Diego Rafael Costódio Torman, os dois últimos amigos do primeiro, agindo em concurso de vontades, dirigiram-se até a Loja Spirit Walker, situada em Navegantes, local em que efetuaram diversas compras, no valor total de R\$ 844,89.

Referidas compras foram pagas com um dos cartões de crédito subtraídos do Padre Alvino, oportunidade em que o denunciado Maycon, contando com o apoio dos outros dois denunciado, agiu como se fosse o titular do cartão, inclusive assinando os comprovantes de compra (fl. 96).

Dessa forma, os denunciados obtiveram vantagem ilícita, induzindo os funcionários da referida empresa em erro, mediante o ardil acima explicitado.

Em 24/2/2010, o feito foi suspenso em relação aos corréus Willyam Barth Ginar e Diego Rafael Costódio Torman, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95 (fl. 184).

Encerrada a instrução, o magistrado julgou procedente a denúncia e, em consequência, condenou o acusado MAYCKON COSTA CRISPIM à pena privativa de liberdade de 22 (vinte e dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, bem como ao pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à data dos fatos, devidamente atualizado, pela prática dos crimes descritos no art. 157, § 3º, segunda parte, e art. 171, *caput*, na forma do art. 69, todos do Código Penal (fls. 240-256 e 260-261).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação (fls. 274-281).

Preliminarmente, arguiu a ilicitude da prova (1) obtida com o acesso às chamadas - e ao cadastro dos respectivos proprietários dos números

telefônicos - recebidas pelo telefone da vítima, sem a devida autorização judicial; (2) relativa à confissão na fase policial (fls. 50-52), obtida sem a presença de defensor e mediante coação moral e física e (3) quanto ao resultado inconclusivo do exame de corpo de delito realizado no apelante, para averiguar as agressões físicas por ele sofridas na Delegacia. Ainda, alegou (4) a suspeição dos magistrados que conduziram a instrução processual, pois foram os mesmos que concederam mandados de busca e apreensão e de prisão temporária em desfavor do apelante.

Sucessivamente, requereu (5) a absolvição, argumentando a contradição entre as provas relativas ao crime de latrocínio; (6) a desclassificação para homicídio, pois o apelante não intencionou subtrair o veículo da vítima, utilizando-o unicamente como meio de transporte para fuga. Por fim, subsidiariamente, pugnou pela reforma da dosimetria, sustentando (7) que não houve fundamentação quanto ao aumento da pena-base do crime de latrocínio, tampouco foi aplicada, na segunda fase, a atenuante da confissão espontânea.

Em contrarrazões, o apelado requereu o conhecimento do recurso e seu total desprovimento (fls. 284-287-v).

Ascenderam os autos e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Robison Westphal, pelo conhecimento e desprovimento do apelo (fls. 311-319).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório necessário.

VOTO

Trata-se de apelação criminal interposta por MAYCKON COSTA CRISPIM contra sentença que o condenou à pena de 22 (vinte e dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, bem como

ao pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa, no valor mínimo legal, pela prática dos crimes descritos no art. 157, § 3º, segunda parte, e art. 171, *caput*, na forma do art. 69, todos do Código Penal.

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivo de admissibilidade, conhece-se do reclamo e passa-se à análise do seu objeto.

1 PRELIMINARES

Sob o argumento de que a Constituição Federal, em seu art. 5º, LVI, veda a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos, a defesa argui a nulidade do feito. No entanto, as teses levantadas carecem de amparo, a saber:

1.1 ILICITUDE DA PROVA OBTIDA COM O ACESSO ÀS CHAMADAS RECEBIDAS PELO TELEFONE DA VÍTIMA SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

Primeiramente, alega que, durante o inquérito, policiais tiveram acesso às chamadas existentes no telefone celular da vítima e, com o registro das últimas ligações recebidas, obtiveram o cadastro do apelante junto à empresa de telefonia sem a devida autorização judicial.

Entretanto, como bem conclui o douto parecerista, referida prova foi lícitamente obtida.

No curso das investigações criminais, foram formulados pela autoridade policial, nos autos de interceptação telefônica n. 033.09.033104-7 em apenso, pedidos de realização de perícia no aparelho celular da vítima, quebra de sigilo telefônico e de dados cadastrais, perante as empresas de telefonia (TIM, VIVO, CLARO e OI), de usuários que mantiveram contato com a vítima entre os dias 1º/12/2009 e 15/12/2009 (fls. 3-4, 14, 17-18 dos autos em apenso).

Tais pedidos, assim como outros de busca e apreensão, foram deferidos em juízo (fls. 10-12, 15, 32-36 dos autos em apenso).

Dentre os números interceptados, constava o celular n. (47) 9933-7637, cadastrado na empresa de telefonia em nome de Jonas dos Santos, pai da companheira do apelante, e que era por este utilizado, o que levou os policiais até o autor do crime, culminando na sua prisão.

Ademais, embora os autos tramitassem em sigilo, a defesa tinha conhecimento da sua existência, pois o respectivo número de autuação consta em diversos documentos juntados aos autos principais, como nos ofícios elaborados pela autoridade policial (fls. 36, 37 e 76); no mandado de busca e apreensão (fl. 39); no ofício do magistrado (fl. 77), por meio do qual se encaminhou ao Delegado de Polícia a decisão autorizando a perícia no aparelho celular apreendido (fl. 78); bem como nos extratos retirados do SAJ (fls. 112-113).

Desta feita, indiscutível que houve decisão judicial autorizando o acesso ao telefone celular da vítima, aos dados cadastrais dos usuários das linhas que mantiveram contato com ela e, posteriormente, determinando-se a interceptação telefônica de algumas dessas linhas.

Logo, não há falar em prova ilícita.

1.2 ILICITUDE DA PROVA EM RELAÇÃO À CONFISSÃO NA FASE POLICIAL, OBTIDA MEDIANTE COAÇÃO MORAL E FÍSICA

De igual modo, a tese de que a confissão do apelante na fase policial foi obtida sem a presença de defensor e mediante coação não se sustenta.

Na primeira vez em que o recorrente foi ouvido perante a autoridade policial e confessou ser o autor do delito (fl. 50-52), estava presente no ato o seu defensor à época constituído (Dr. Plínio Eugênio Genehr - OAB/SC 1.197). Quando foi reinquirido, na presença do seu atual defensor (Dr. Alexander Bernardes de Souza – OAB/SC 29.098), embora tenha

modificado parte do seu depoimento, buscando caracterizar o crime de homicídio, não mencionou que fora coagido quando prestou as primeiras declarações (fls. 97-98).

Não bastasse, há que se ressaltar, nas razões recursais (fl. 275) a defesa assenta que “na defesa prévia” (fls. 151-159), ratificada pelo interrogatório feito em juízo (CD de fl. 212), o apelante “confessa espontaneamente a prática do crime de homicídio”. Ainda, afirma que na fase policial, quando foi reinquirido “o apelante teve resguardado seus direitos constitucionais”.

Vê-se que, embora a tentativa seja a desclassificação do delito imputado ao recorrente - tendo em vista que uma condenação por homicídio poder-lhe-ia ser mais branda -, em nenhum momento a defesa alega que houve coação.

Enfim, a fotografia de fl. 54 e as seguidas aparições do apelante em jornal televisivo na época das investigações revelaram que não houve coação física.

Diante do exposto, considerando que a autoridade pública - policial e judiciária - age amparada no estrito cumprimento do dever legal e, ainda, o disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, caberia ao réu o ônus de comprovar que a confissão perante a autoridade policial fora obtida sob coação, o que, *in casu*, não ocorreu, devendo ser rechaçada, também, essa preliminar.

1.3 ILICITUDE DA PROVA QUANTO AO EXAME DE CORPO DE DELITO INCONCLUSIVO

A defesa segue argumentando que o exame de corpo delito realizado no apelante, que provaria a tese de que a confissão foi obtida mediante violência, foi inconclusivo.

Com efeito, no dia seguinte a sua prisão, o apelante foi submetido a exame de corpo de delito, providência de praxe na esfera policial.

O laudo pericial (fl. 267), devidamente assinado por um médico legista, concluiu que não existiam “sinais externos visíveis de lesões”, de modo que concluiu estarem “prejudicados” os seguintes quesitos formulados:

- 1) Houve ofensa à integridade corporal do paciente?
- 2) Qual o instrumento que a produziu?
- 3) Foi produzido por meio de fogo, veneno, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel?

Ora, se não havia qualquer sinal de violência ou lesão aparente, não me ocorre outra resposta mais adequada do que as dadas pelo perito, de maneira que a arguição da defesa não merece relevo.

De mais a mais, como bem concluiu o douto parecerista (fl. 313), “a alegação de ter sofrido lesões foi afastada pelo conjunto probatório produzido”.

1.4 SUSPEIÇÃO DOS MAGISTRADOS QUE CONDUZIRAM A INSTRUÇÃO PROCESSUAL

Por fim, também desarrazoada a arguição de suspeição dos magistrados que conduziram a instrução processual em virtude ter terem sido os mesmos que determinaram a expedição de mandados de busca e apreensão e de prisão temporária em desfavor do apelante.

Com efeito, o rol trazido pelo art. 254 do Código de Processo Penal, que elenca as hipóteses de suspeição do juiz, é exemplificativo. Logo, o fato de a tese trazida pela defesa não estar inserida no dispositivo legal em comento não afasta, por si só, a arguição.

Todavia, a reforma trazida pela Lei n. 11.690/2008, consoante se extrai do art. 156, I, do Código de Processo Penal, ampliou a faculdade do juiz ordenar, ainda que de ofício e antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes.

E o magistrado, de igual forma, pode decidir medida cautelar requerida pela autoridade policial sem que isso implique na sua suspeição para julgar o mérito da ação penal.

Vale citar a lição de Guilherme de Souza Nucci sobre o tema:

É certo que não foi a introdução ao atual inciso I do art. 156 o fato determinante para que o juiz pudesse determinar a produção de qualquer prova, antes de iniciada a ação penal, uma vez que, acompanhando a investigação policial, tornava-se natural que pudesse exercer o seu poder geral de cautela, ordenando a colheita de alguma prova. Entretanto, passa a ser explícita essa possibilidade, não podendo a parte alegar surpresa nem tampouco a parcialidade do magistrado que assim atuar (Código de Processo Penal, 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 346).

Diante de todo o exposto, não se vislumbra qualquer ilegalidade ou irregularidade na investigação criminal e na instrução processual que culminaram na prisão do apelante e sua posterior condenação.

Passa-se, pois, ao exame do *meritum causae*.

2 MÉRITO

2.1 ABSOLVIÇÃO

A defesa busca a absolvição do réu, sob o argumento de que as provas que ensejaram sua condenação pela prática do crime de latrocínio são contraditórias, especialmente no que tange aos depoimentos prestados pelas testemunhas Bruno Otávio Nicodemos Rodrigues, Rafael Cristiano Rahn, Celso Bittencourt, Martinho Esser Neto.

Contudo, não é essa a situação que se visualiza. Se não, vejamos:

Consta nos autos que o apelante Maycon Costa Crispim e o Padre Alvinho Broering, vítima, se conheceram através do site de relacionamentos Orkut e combinaram um encontro para dar algumas voltas e fazer um lanche.

O apelante, intencionando roubar o veículo do religioso, adquiriu uma faca e, no dia 13/12/2009, após contato telefônico da vítima marcando o encontro, resolveu colocar em prática o plano arquitetado. Nesse dia, a vítima buscou o apelante em Navegantes e ambos dirigiram-se até Balneário Camboriú, onde fizeram um lanche.

No retorno a Navegantes, já na madrugada do dia 14/12/2009, nas proximidades do Posto de Combustível Maiochi Sul e da empresa Itadisa, na Rodovia BR 101, o apelante anunciou o roubo, ameaçando a vítima com a aludida faca. Embora o ofendido tenha saído do veículo e tentado fugir, foi esfaqueado pelo recorrente diversas vezes, sofrendo ferimentos na região torácica posterior, cervical anterior, membros inferior e superior direitos e abdomen, os quais causaram grande hemorragia generalizada, levando ao óbito.

Ato contínuo, o apelante retornou ao veículo, subtraindo-o, assim como os diversos objetos e valores que estavam em seu interior, tais como a carteira de dinheiro e uma máquina fotográfica pertencentes à vítima. Não satisfeito, naquele mesmo dia, por volta das 16h, o apelante e mais dois comparsas efetuaram diversas compras, no valor total de R\$ 844,89, com um dos cartões de crédito subtraídos da vítima.

Em razão destes fatos, o apelante foi denunciado e posteriormente condenado pela prática dos crimes descritos no art. 157, § 3º, segunda parte, e art. 171, *caput*, na forma do art. 69, todos do Código Penal, à pena de 22 (vinte e dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, bem como ao pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa, no valor mínimo legal.

E, ao contrário do que sustenta a defesa, as provas colhidas durante a investigação criminal e no curso da instrução processual, evidenciam, com a segurança necessária, a prática, pelo recorrente, do crime de latrocínio, que segundo lição de leciona Fernando Capez:

Ocorre quando, do emprego de violência física contra a pessoa com o fim de subtrair a *res*, ou para assegurar a sua posse ou a impunidade do crime, decorre a morte da vítima. Trata-se de crime complexo, formado pela junção de roubo + homicídio (doloso ou culposo), constituindo uma unidade distinta e autônoma dos crimes que o compõem. Há, assim, um crime contra o patrimônio + um crime conta a vida. Em que pese a presença de crime conta a pessoa, o latrocínio é precipuamente um delito contra o patrimônio, já que a finalidade última do agente é a subtração de bens mediante o emprego de violência, do qual decorre o óbito da vítima ou de terceira pessoa que não o coautor (Curso de direito penal: parte especial, v. 2, 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 447 e 448).

A materialidade do delito em questão evidencia-se por meio do boletim de ocorrência (fls. 4-6), laudo pericial cadavérico (fl. 10), certidão de óbito (fl. 11), termos de exibição e apreensão (fls. 81-82 e 99), termo de apreensão (fl. 89), reportagens jornalísticas (fls. 163-171), aliados à prova oral colhida.

A autoria, de igual forma, é incontestada face à amplitude probatória amalhada nas duas fases do procedimento criminal, advindo, principalmente, da confissão do autor do crime, que forneceu detalhes da conduta por ele praticada.

Na primeira vez em que foi ouvido perante a autoridade policial (4/1/2010), dias após o crime, o apelante confessou a autoria do delito, afirmando que, inicialmente, sua intenção era roubar o carro da vítima, mas como ela começou a gritar, ficou com medo de ser preso e passou a golpeá-la com a faca que trazia consigo (fls. 50-52):

[...] por volta da meia noite do dia 13/12/2009, depois de ter recebido em seu celular número [...], a vítima o convidou para sair com ele naquele dia; que depois dessa ligação o declarante ligou para a vítima confirmando o encontro que seria a noite, na cidade e Navegantes; que como o declarante estava passando por dificuldade financeira, esclarecendo que sua companheira de nome Carolina estava prestes a dar a luz a um filho do casal, surgiu a idéia de roubar o carro da vítima, para tanto, antes do encontro, o declarante

comprou uma faca, a qual a ocultou sob suas vestes, depois que, tão logo se encontraram, no carro da vítima, de deslocaram até a cidade de Balneário Camboriú, onde fizeram um lanche e conversaram sobre vários assuntos; que na madrugada do dia seguinte, dia 14/12/2009, quando estavam voltando para Navegantes, na rodovia BR-101, próximo a um posto de combustível, nas imediações da empresa Itadisa, o declarante puxou da (sic) faca na cintura, e anunciou o roubo, dizendo: “eu quero só o carro”, neste momento, a vítima passou a gritar, dizendo que iria chamar a polícia, nisto o declarante ficou nervoso, pois a vítima parou e saiu correndo do veículo gritando: “chamem a polícia”, e com medo de ser preso, o declarante saiu correndo atrás da vítima e após alcançá-lo, cerca de 50 metro, de onde o veículo estava parado no acostamento, usando a faca já citada, passou a golpear a vítima pelas costas; que esclarece que a vítima se virou e tentou se defender com os braços, sendo atingido nas mãos e continuou correndo até a entrada do posto de combustível e um vigia atirou para o alto; que devido a intervenção do vigia, o depoente gritou que era um assalto e voltou para o carro da vítima; que o declarante ainda viu a vítima caindo no pátio do posto; que o declarante acionou o veículo e fugiu para Navegantes, deixando o carro estacionado em uma rua perto da casa de sua sogra; que ao chegar em casa percebeu que suas roupas estavam sujas com sangue e sem que sua família visse, pois estavam dormindo, o declarante trocou de roupas e jogou fora no lixo as roupas sujas e escondeu a faca na lavanderia da casa; [...] que esclarece o depoente que a carteira da vítima ficou dentro do carro; que no dia seguinte, pela manhã, o declarante retornou até o carro e saiu com o veículo para a casa de Diego, e apenas alegou que o carro era de um amigo, não contando a ele sobre o roubo; que convidou Diego e a mulher para dar uma volta e o declarante entregou ao Diego o cartão de crédito da vítima, dizendo a ele que tinha encontrado dentro do carro e poderia usar para fazer compras [...]; que o declarante retirou da carteira da vítima a importância em dinheiro de duzentos reais e jogou a carteira em local que no momento o declarante não lembra; que a faca usada no crime, o declarante decidiu jogar fora e para tanto se deslocou com o carro da vítima até o Rio Itajaí e jogou na água a referida faca; que sem a preocupação de ser descoberto, continuou usando o carro da vítima para circular na cidade; [...] que passou as festas de Natal usando o carro da vítima e deixava estacionado em outra rua perto de casa; que na última sexta-feira,

o declarante soube que a polícia havia encontrado e recolhido o carro da vítima; que o declarante sabendo disto, jogou a chave do veículo em um mato próximo do Aeroporto; que deseja consignar que, antes da morte da vítima, DIEGO e WILLIAN não sabiam da intenção do declarante em roubá-lo e cometer o crime em questão; que na manhã de hoje, enquanto ainda dormia, policiais civis estiveram em sua casa e o prenderam, afirmando que já sabiam do seu envolvimento no crime e por isso o declarante decidiu colaborar e contar os fatos como ocorreram (grifo nosso).

Vale frisar que, no momento da sua prisão, o apelante apontou vários objetos que estavam em sua residência e que haviam sido comprados com o cartão de crédito da vítima (fl. 81). Logo, o fato de ser flagrado na posse dos produtos do crime faz presumir a sua responsabilidade pela subtração dos bens do ofendido.

Esse contexto fático, indubitavelmente, caracteriza a prática do latrocínio.

Importante repisar, também, que no ato estava presente o defensor do apelante, à época constituído, Dr. Plínio Eugênio Genehr - OAB/SC 1.197, de modo que a confissão foi obtida sem violação de quaisquer garantias constitucionais, merecendo, pois, absoluta credibilidade.

Quando foi reinquirido, na presença do seu atual defensor, Dr. Alexsander Bernardes de Souza – OAB/SC 29.098, o apelante buscou enquadrar sua conduta no crime de homicídio, pois retificou parte de sua declaração anterior ao afirmar que sua real intenção não era roubar, mas somente assustar a vítima, para que ela parasse de procurá-lo. Contudo, manteve o relato de que, após golpear o religioso com a faca que trazia consigo sob as vestes, “decidiu fugir levando o carro da vítima” e que, nos dias seguintes ao crime, “passou a usar o carro e o cartão de crédito da vítima para fazer compras” (fls. 97-98).

Inclusive, na manhã dessas declarações, o apelante levou os policiais até o local onde havia escondido a faca usada no crime e a Carteira de Habilitação da vítima, sendo tais objetos efetivamente encontrados (fl. 99).

Enfim, a versão apresentada em juízo, por meio de gravação audiovisual (CD de fl. 212), segue o mesmo norte do citado reinterrogatório, ou seja, mesmo confessando a autoria do delito, o apelante busca justificar sua conduta numa suposta discussão travada com a vítima.

Nesse vértice, considerando que tais declarações não foram reduzidas a termo, convém transcrever a percepção do sentenciante (fls. 243-244):

No tocante à autoria, o acusado, quando ouvido em juízo, negou a prática do delito relatando que não é verdadeira a acusação, aduzindo que não tinha a intenção de roubar a vítima, alegando que sua intenção era apenas assustá-la. Disse que já conhecia a vítima há aproximadamente um ano e saíam juntos para fazer lanches.

Disse que no dia dos fatos levou uma faca, de sua propriedade, somente para assustar a vítima, com o objetivo de que ela não o procurasse mais. Sustentou que a vítima ficava ameaçando contar para sua esposa e mãe os encontros dos dois.

Alegou que não queria roubar o carro e no dia dos fatos foram até Balneário Camboriú e fizeram um lanche. Afirmou que durante o encontro novamente insistiu não mais querer sair e ter contato com a vítima. Após, alegou que saíram de Balneário Camboriú para voltarem para a casa do réu e na volta pararam no posto descrito na denúncia.

Asseverou que a vítima parou o carro e começaram a discutir novamente, porque a vítima indagava os motivos de o réu não mais querer encontrá-lo. Em razão disso, alegou que ficou nervoso, perdeu o controle, e “puxou” a faca que trazia consigo e disse para a vítima parar de perseguí-lo. Citou que dentro do carro desferiu um golpe contra a vítima e, após, a perseguiu, não se recordando, contudo, o total de golpes deferidos.

Em seguida, o réu confirmou que prestou as declarações de fls. 50-52, mas alegou que foi induzido e ameaçado pelos policiais da COP.

Afirmou que não disse aos vigilantes que estavam no posto Itadisa que era para chamarem a polícia porque se tratava de um roubo.

Asseverou que um vigilante efetuou disparos de arma de fogo contra si, razão pela qual correu em direção ao automóvel da vítima com o objetivo de fugir, aduzindo ter ficado com medo, deixando, em seguida, o veículo na rua.

Afirmou que não sabia da existência da carteira e da máquina fotográfica da vítima no interior do veículo, sustentando que chamou seus colegas para irem no carro e encontram a carteira e o cartão de crédito da vítima. Asseverou que a máquina fotográfica não estava no interior do carro, alegando que estava em sua casa e que a vítima havia lhe emprestado antes do crime.

Disse que se encontrava com a vítima uma vez por semana e, as vezes, uma vez por mês.

Aduziu que na terceira vez que saíram percebeu que a vítima estava o assediando, começando “a levar para o outro lado”, contudo, mesmo com o manifesto interesse da vítima, afirmou que continuou saindo com ela por causa dos presentes que ganhava e também para sair, dar uma volta, porque trabalhava direto e só ficava em casa.

Asseverou que ultimamente a vítima começou a ficar “em cima” do réu e lhe ligava constantemente. Disse que a vítima o presenteava com bermuda, roupas de marca e tênis.

Afirmou que se recorda ter desferido contra a vítima, no interior do carro, apenas um golpe. Sustentou que a vítima parou o carro no acostamento, saindo em seguida do veículo, asseverando que após foi em seu calção, não se recordando o número de golpes deferidos contra a vítima, mas disse que foi mais que um.

Da análise das três declarações prestadas pelo apelante, pode-se perceber que o conteúdo do primeiro interrogatório é o que mais se coaduna com os demais elementos de persuasão existentes nos autos, como se verá mais adiante. Os relatos posteriores, mesmo contendo a confissão do apelante, revelam sua tentativa de eximir-se da responsabilidade penal que lhe foi imputada.

Nesse ponto, insta observar que a tese da defesa no sentido de que o apelante tinha dolo de homicídio não subsiste. Isso porque, se realmente sua intenção fosse assustar a vítima e apenas utilizar o veículo para fugir do local dos fatos, logo buscaria se desvencilhar dos indícios de autoria; mas não, o apelante permaneceu com o automóvel subtraído por aproximadamente quinze dias após o crime, utilizando-o para “circular na cidade” e, somente quando soube que a polícia havia encontrado o veículo, é que jogou a chave do mesmo fora, em uma mata próximo ao aeroporto.

E, como se sabe, justifica-se a imposição do decreto condenatório na hipótese de a confissão espontânea, tanto na fase policial quanto na judicial, encontrar-se repleta de detalhes, mormente quando corroborada pelos demais elementos que formam o suporte probatório dos autos (Apelação Criminal n. 2008.051155-2, de Blumenau, rel. Desa. Salete Silva Sommariva, j. 1º/4/2009).

Sobre o assunto, Guilherme de Souza Nucci leciona:

Retratabilidade da confissão: a lei expressamente admite a possibilidade de o réu retratar-se, a qualquer momento, narrando à versão correta dos fatos, na sua visão. Entretanto, admitida à possibilidade de o réu retratar-se, não quer isso dizer seja o magistrado obrigado a crer na sua nova versão. O livre convencimento do juiz deve ser preservado e fundado no exame global das provas colhidas durante a instrução (Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 439).

Nesse contexto, segue entendimento do Supremo Tribunal Federal:

A jurisprudência tem decidido que as confissões judiciais ou extrajudiciais valem pela sinceridade com que são feitas ou pelos detalhes fornecidos, os quais não poderiam ter sido criados pela autoridade interrogante, e desde que corroborados por outros elementos de prova, ainda que circunstâncias (DJU de 5/61992, p. 8430).

Idêntico é o posicionamento adotado por este Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE RECEPÇÃO QUALIFICADA (CP, ART. 180, § 1º C/C ART. 14, II). CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO ISOLADA DO CONJUNTO PROBATÓRIO [...].

I – Ocorrendo a confissão espontânea repleta de detalhes na fase de inquérito, mesmo que posteriormente retratada em juízo, quando corroborada pelas declarações dos policiais militares e dos demais elementos que formam o suporte probatório dos autos, justificada está a imposição de um decreto condenatório [...] (Apelação Criminal n. 2008.049852-2, de Itajaí, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. 24/4/2009).

Diante disso, ainda que o apelante tenha modificado parte da sua versão sobre o crime, não há motivos para desabonar a confissão feita perante a autoridade policial.

Corroborando para a condenação, tem-se o depoimento de Rafael Cristiano Rahn, o qual alegou, em juízo, “que ouviu a confissão de Maycon no recinto policial, quando disse que não queria matar, apenas queria o carro, porque sua esposa estava grávida e se tratava de gravidez de risco; que essa era a razão pela qual precisava de dinheiro” (fl. 217, grifo nosso).

Ainda, confrontando com as palavras do réu colhidas em juízo, Martinho Esser Neto - vigilante do Posto Maiochi Sul e testemunha ocular do delito - afirmou que:

[...] às duas e dez da madrugada viu um carro preto passando pela frente do posto e parando na lanchonete, o motorista usava um boné; que o veículo ficou parado, mas sem desligar o motor, por uns dois minutos e depois foi para a BR, passados uns cinco minutos começou a ouvir gritos de socorro e viu um homem correndo na frente e outro atrás, pegou sua lanterna e correu em direção aos homens, viu o da frente cair e aquele que vinha atrás foi para cima do mesmo com a faca, viu este segundo levantando e abaixando a faca, com movimento de esfaqueamento, gritou “larga ele” e jogou a lanterna, então o agressor fugiu em direção a BR e ainda gritou

para o depoente chamar a polícia que era um assalto, viu o agressor chegar num carro e imediatamente o veículo foi embora; [...] que o veículo referido era preto [...]; que o carro em que o agressor fugiu era escuro; [...] que o agressor levou a faca; [...] que a vítima tinha um corte numa das mãos, no pescoço e três marcas na camiseta; que a vítima estava caída no chão quando levou os golpes; que existe somente um veículo na narrativa e ambos vítima e agressor chegaram no mesmo carro (fl. 224 – grifo nosso).

Nesse vértice, a testemunha Celso Bittencourt - vigilante da empresa Itadisa, localizada às margens da BR-101 e que estava em serviço na noite do crime - relatou, em juízo (CD de fl. 194), que viu a vítima correndo na beira da BR, pelo acostamento, descendo em direção ao pátio da empresa que Itadisa, pedindo socorro, e o apelante atrás. Disse que não viu o carro nem ferimentos na vítima, mas acredita que a vítima já “tinha levado uma facada” nas costas, pois estava “correndo meio torto”. Asseverou que só viu a vítima correndo e pedindo socorro, sendo que logo após já caiu. Afirmou que o apelante correu atrás da vítima com uma faca e em seguida “já saiu dando facadas nas costas da vítima”. Sustentou que o apelante desferiu aproximadamente cinco ou seis facadas nas costas da vítima. Disse que quando a vítima caiu, de bruço, o recorrente deu mais uma facada, a última, atrás da cabeça da vítima, na nuca. Alegou que perguntou para o apelante por que ele tinha matado a vítima e este disse para chamar a polícia porque era um assalto. Por fim, aduziu que, após o evento criminoso, o apelante saiu “andando numa boa” e ouviu o barulho de um veículo.

Importante, também, reproduzir os depoimentos dos policiais civis que participaram das investigações, ambos colhidos por meio de gravação audiovisual (CD de fl. 194).

O policial Bruno Otávio Nicodemos Rodrigues contou que começaram a analisar o celular da vítima e, verificando as últimas ligações, chegaram a endereços no município de Navegantes. Afirmou que identificaram o endereço da residência da avó do apelante Maycon e, no

cumprimento de mandado de busca e apreensão expedido, encontraram a mãe do recorrente. Alegou que, em conversa com esta senhora, ela “deixou escapar” que seu filho estava usando um carro semelhante ao da vítima, razão pela qual chegaram à conclusão de que Maycon era o autor do crime. Asseverou que a mãe de Maycon confirmou que ele era o autor das facadas, em conjunto com outros dois rapazes. Sustentou que, em seguida, foram até a casa do apelante e, de imediato, ele assumiu a autoria do crime, dizendo que os outros dois rapazes não tinham envolvimento algum.

No mesmo sentido, o policial Luciano José de Miranda afirmou que o foco principal das investigações foi o aparelho celular da vítima. Alegou que na listagem de chamadas do referido aparelho telefônico constava o número do sogro e da avó do apelante, chegando, assim, em endereços na cidade de Navegantes. Afirmou que, ao cumprirem ordem de busca e apreensão no endereço mais suspeito – residência da avó de Maycon –, encontraram a mãe do apelante, a qual relatou que o ele estava dias antes na posse de um veículo novo, de cor preta. Contou que, diante de tal declaração, dirigiram-se até a residência de Maycon, local onde encontraram alguns pertences da vítima, dentre eles uma máquina fotográfica digital, e o réu confessou imediatamente a prática do crime, indicando o local onde havia jogado a chave do veículo e, dias após, apontou o local que jogou a faca utilizada para a prática do delito (parque ecológico de Navegantes, perto do aeroporto).

Desta monta, analisadas as provas e estando nítida a materialidade e autoria delitiva, há de ser mantida, porque irretocável, a condenação pelo crime de latrocínio irrogada ao apelante, já que embasada em robusta prova testemunhal, incluindo-se aí sua confissão.

Em casos semelhantes, este e. Tribunal assim decidiu:

APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU PRESO). CRIME DE LATROCÍNIO (ART. 157, § 3º, SEGUNDA PARTE DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.

[...] ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RÉU QUE OBJETIVANDO LUCRO FÁCIL EM DETRIMENTO DO PATRIMÔNIO ALHEIO, ATIRA CONTRA A VÍTIMA CAUSANDO-LHE A MORTE. ÊXITO NA SUBTRAÇÃO DO VEÍCULO TÁXI. TESTEMUNHOS DOS POLICIAIS MILITARES EM CONSONÂNCIA COM OS DEPOIMENTOS PRESTADOS PELAS PESSOAS QUE SE ENCONTRAVAM NA POSSE DO VEÍCULO SUBTRAÍDO APÓS A FUGA DO AGENTE. DELAÇÃO DO CORRÉU QUE CONTINHA OS DOCUMENTOS PESSOAIS DA VÍTIMA. PROVAS QUE EVIDENCIAM O COMETIMENTO DO CRIME PATRIMONIAL. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO. CONDENAÇÃO MANTIDA (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.050855-2, de Palhoça, desta relatora, j. 5/4/2011).

DELITO CONTRA O PATRIMÔNIO. TENTATIVA DE LATROCÍNIO (CP, ART. 157, § 3º, SEGUNDA PARTE, C/C O ART. 14, II). MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONFISSÃO EM AMBAS AS FASES PROCESSUAIS, CORROBORADA PELA APREENSÃO DE PARTE DOS PRODUTOS SUBTRAÍDOS NA POSSE DOS AGENTES, BEM COMO PELAS PALAVRAS DA VÍTIMA E DAS TESTEMUNHAS. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL (ART. 22, DO CP) NÃO COMPROVADA. CO-AUTORIA CONFIGURADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE EM DELITO DE ROUBO. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO SIMPLES OU SEGUIDO DE LESÕES CORPORAIS GRAVES NÃO ATENDIDA. TIPICIDADE QUE SE AMOLDA AO CRIME IMPUTADO NA EXORDIAL (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.071298-6, de Tijucas, rel. Des. Irineu João da Silva, j. 14/12/2010).

Pelo exposto, inviável o pleito absolutório.

2.2 DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE LATROCÍNIO PARA HOMICÍDIO

Por corolário, descabido o pleito de desclassificação do crime de latrocínio para o de homicídio.

Como já dito, as provas exaustivamente apreciadas em momento algum levam à tipificação ora requerida, ao contrário, demonstram que a violência empregada, que resultou na morte da vítima, foi com o objetivo de subtração de seu patrimônio, restando caracterizado, pois, o fato típico descrito no art. 157, § 3º, segunda parte, do Código Penal.

Vale citar o posicionamento desta Corte sobre o tema:

APELAÇÕES CRIMINAIS. LATROCÍNIO (ART. 157, § 3º, SEGUNDA PARTE, CP). INSURGÊNCIAS DA DEFESA.

[...]PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARALATROCÍNIO TENTADO OU HOMICÍDIO CONSUMADO. NÃO ACOLHIMENTO. CONSUMAÇÃO DE AMBOS OS DELITOS (ROUBO E HOMICÍDIO) QUE COMPÕEM O CRIME PRINCIPAL CONFIGURADA E INEXISTÊNCIA DE DÚVIDA ACERCA DA INTENÇÃO DOS RÉUS DE MATAR A VÍTIMA PARA SUBTRAIR SEU PATRIMÔNIO. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSOS NÃO PROVIDOS (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2009.060596-2, de Balneário Camboriú, rel. Des. Newton Varela Júnior, j. 5/10/2010).

LATROCÍNIO E FURTO SIMPLES (CP, ART. 157, § 3º, PARTE FINAL, E ART. 155, “CAPUT”). APELANTE QUE MATA O TIO PARA SE APROPRIAR DE IMPORTÂNCIA EM DINHEIRO, RETORNANDO À SUA RESIDÊNCIA, NO DIA SUBSEQÜENTE, VISANDO A SUBTRAIR OUTROS BENS. APELO QUE VISA À DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE LATROCÍNIO PARA O DE HOMICÍDIO, TRANSFERINDO A APRECIÇÃO PARA O TRIBUNAL DO JÚRI. RÉU QUE, APÓS MATAR A VÍTIMA, ESBANJA O NUMERÁRIO SUBTRAÍDO. MOVEL DA CONDUTA CRIMINOSA, EVIDENTEMENTE, FUNDADO NO OBJETIVO DE SE APROPRIAR DE COISA ALHEIA. AÇÃO QUE SE AMOLDA À PREVISÃO DO TIPO IMPUTADO NA EXORDIAL [...]

(Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.019110-6, de Mondaiá, rel. Des. Irineu João da Silva, j. 18/5/2010).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. LATROCÍNIO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS PELA CONFISSÃO PARCIAL DO ACUSADO, PELA DELAÇÃO DOS MENORES QUE PARTICIPARAM DA EMPREITADA CRIMINOSA, COMO TAMBÉM PELAS PALAVRAS DE TESTEMUNHAS. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL.

DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO. IMPOSSIBILIDADE. *ANIMUS FURANDI* DELINEADO, UMA VEZ QUE O AGENTE CONSUMOU A SUBTRAÇÃO DE VALORES DA VÍTIMA. RECURSO DESPROVIDO (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2009.071623-4, de Balneário Camboriú, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. 3/3/2010).

Ultrapassadas essas questões, passa-se ao exame da pena irrogada ao apelante.

3 REFORMA DA DOSIMETRIA

3.1 PENA-BASE - REDUÇÃO

Em relação à dosimetria efetuada pelo sentenciante quanto ao crime de latrocínio, o recorrente sustenta, em primeiro lugar, que a pena-base foi majorada sem qualquer fundamentação. Razão não lhe assiste.

O sistema adotado pelo Código Penal possibilita ao julgador a faculdade controlada de escolher a sanção mais adequada ao delinquente sem esquecer a gravidade objetiva do crime ou as suas consequências particulares. Esse critério tem por base o estabelecimento de determinadas circunstâncias que tornam o fato mais ou menos grave, possibilitando que o Estado repreenda o crime na proporção adequada ao mal causado à sociedade.

Nesses casos, é importante a interpretação doutrinária:

Circunstâncias judiciais são também conhecidas como circunstâncias 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 podendo 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).

Na presente demanda, na avaliação das circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal em relação ao crime de latrocínio pelo qual o apelante foi condenado, o magistrado fixou a pena-base em 22 (vinte e dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 11 (onze) dias-multa, ou seja, 2 (dois) anos acima do mínimo legal cominado para o delito. Veja-se (fls. 252-253):

Considerando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, observa-se que a culpabilidade do acusado, compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, apresenta-se em grau elevado, porém inerente ao tipo. O réu não possui antecedentes criminais. A conduta social é desconhecida. Em relação à personalidade nada merecedor de registro foi detectado. Os motivos que o levaram a cometer o ilícito foram a vontade de obter ganho fácil sem o necessário trabalho honesto. As circunstâncias em que ocorreu o crime não foram normais ante à crueldade que foi cometido, conforme observa-se do laudo pericial cadavérico de fl. 10, em resposta ao quesito formulado no item “4”. As consequências foram normais à espécie do delito. A vítima em nada contribuiu para o resultado.

Como se vê, a fundamentação do sentenciante para proceder ao aumento é suficiente, tendo esclarecido que a crueldade utilizada pelo apelante na prática do delito, bem demonstrada no laudo pericial cadavérico n. 34402/09 (fl. 10), transcendeu ao tipo penal.

Com efeito, a perícia revelou que a vítima sofreu ferimentos perfuro cortantes, por arma branca, na região torácica posterior, cervical anterior, membro inferior direito, membro superior direito e abdomen, dentre as quais destacou uma grande laceração no pescoço, estendendo-se da região retro auricular esquerda até a paravertebra direita com profundidade até a coluna, que causaram grande hemorragia generalizada, levando ao óbito.

Tais circunstâncias, que defluem do fato delituoso, são suficientes para a exasperação da pena-base. Se não, vejamos:

[...] DOSIMETRIA – HOMICÍDIO QUALIFICADO – MOTIVO FÚTIL E SURPRESA – PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS - POSSIBILIDADE.

A alta reprovabilidade da conduta e as circunstâncias graves, por si só, autorizam a quantificação da reprimenda básica além do mínimo legal, conforme reiterados precedentes desta Corte (Apelação Criminal n. 2007.044314-6, de Palhoça, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 14/2/2008).

Ademais, não há excesso a ser corrigido em relação ao *quantum* majorado, à medida que a reprimenda foi aplicada *aquém* do montante que poderia ter sido fixado, pois, de acordo com o critério jurisprudencial adotado majoritariamente nesta Corte, para cada circunstância desfavorável a pena-base deve ser aumentada em 1/6 (um sexto), o que, *in casu*, resultaria em 23 (vinte e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Sobre o tema, colhe desta Corte de Justiça:

A despeito de inexistirem balizas específicas a respeito de quanto o magistrado pode agregar à reprimenda em função de cada circunstância judicial adversa (CP, art. 59), e isso, por força da

máxima da individualização da pena (CF/88, art. 5º, XLVI), esta Corte de Justiça alicerçou o entendimento de que deve ser adotado o patamar de 1/6 para cada circunstância judicial desfavorável, tomando-se por base o mínimo legalmente estabelecido no preceito secundário do artigo correspondente.

Não obstante inexistir na legislação penal qualquer indicação específica da fração a ser agregada ou reduzida da pena frente à constatação de circunstâncias legais, a orientação predominante neste egrégio Tribunal de Justiça é no sentido de adotar-se, no cálculo, a quantia de 1/6, incidindo sobre a pena-base, de modo que, presente a atenuante de confissão espontânea (CP, art. 65, III, “d”), para a redução da reprimenda também deve se observar o aludido patamar (Apelação Criminal n. 2008.051658-3, de Curitiba, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 22/4/2009 – grifo nosso).

Todavia, como essa questão não foi objeto de apelo do Ministério Público, esta relatora não pode, de ofício, modificar a reprimenda em prejuízo do réu, sob pena de violação ao princípio da *non reformatio in pejus*.

Desta feita, inviável a minoração da reprimenda nesta primeira fase dosimétrica, pois, além de aplicada em fração inferior a 1/6 (um sexto), foi devidamente motivada pelo magistrado *a quo*, respeitando, assim, os ditames constitucionais.

3.2 SEGUNDA FASE - RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA

Noutro norte, no que tange ao pedido de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal, e consequente redução da pena, razão assiste à defesa.

Isso porque, ainda que o apelante tenha modificado parte das suas declarações na segunda vez em que foi ouvido, não há como negar que desde o princípio confessou espontaneamente a autoria do delito, fornecendo detalhes da prática criminosa, indicando a localização da arma utilizada no crime e dos bens subtraídos da vítima, além do que sua fala contribuiu de

forma significativa para o convencimento e fundamentação da condenação, de modo que faz jus à atenuante em questão.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, se manifestou:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA DEFINITIVA EM: 7 ANOS, 5 MESES E 25 DIAS DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. RECONHECIMENTO. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA SOBRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ART. 67 DO CPB. PRECEDENTES DO STJ [...].

1. Para o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, não é necessário que esta seja completa, bastando que tenha contribuído para a apuração da verdade real. Precedentes do STJ.

2. Entretanto, a circunstância agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do CPB. Precedentes do STJ. [...]. (HC 178283 / SP 2010/0122939-0, rel: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (1133), j. 26/10/2010, publicado em 22/11/2010 - grifo nosso).

“Conforme entendimento pacificado no âmbito deste Tribunal, aplica-se a atenuante prevista no art. 65, inc. III, letra “d”, do Código Penal sempre que a confissão servir para dar suporte à condenação, mesmo que seja feita de forma parcial” (STJ - HC 114620/MS, Habeas Corpus 2008/0192687-8, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. 15/10/2009).

Logo, reconhecida a atenuante, imperiosa a redução da reprimenda.

Nesse aspecto, diferentemente do que ocorre com as causas de aumento ou de diminuição, para as circunstâncias legais (agravantes e atenuantes) a legislação não previu quantidades determinadas para aumentar ou diminuir a reprimenda.

O magistrado fica, então, adstrito aos limites mínimo e máximo da pena cominada abstratamente no preceito secundário do tipo penal, devendo observar a proporcionalidade da sanção dosada na fase antecedente, atentando para que a majoração ou redução não ultrapasse o *quantum* de possível causa especial de aumento ou diminuição na terceira fase.

Maurício Kuehne explica:

Ante o exposto não é desarrazoado afirmar-se que, para o aumento decorrente de agravante legal genérica, o percentual não poderá exceder ao limite mínimo de causa especial de aumento (ou seja, ir até 1/6). Sob tal enfoque, ousamos dizer que, aí sim, o juiz, ao aplicar a pena-base irá atender aos reclamos do art. 59 do Código Penal, com motivação e fundamentação adequada (Teoria e prática da aplicação da pena. Curitiba: Juruá, 1995. p. 101-102, grifo nosso).

E este Tribunal, *mutatis mutandis*, já decidiu:

PENAL E PROCESSUAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA [...]

DOSIMETRIA. REVISÃO. CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. AUMENTO DA PENA-BASE SUPERIOR A UM SEXTO NA SEGUNDA FASE. EXCESSO CARACTERIZADO. ADEQUAÇÃO DA REPRIMENDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...] Na segunda fase da dosimetria, o aumento da pena-base em razão de agravante genérica não deve ser superior a um sexto (Apelação Criminal n. 2004.027853-3, de Itapema, rel. Des. Amaral e Silva, j. 19/10/2004, grifo nosso).

Entretanto, considerando que o sentenciante já reduziu a reprimenda em 1 (um) ano e 6 (seis) meses, fixando-a em 21 (vinte e um) anos de reclusão, em virtude da menoridade do agente – questão que permanece inalterada por não ter sido objeto do recurso defensivo – reduz-se a pena em mais 1 (um) ano, quantificando-a em 20 (vinte) anos de reclusão, respeitando-se, assim, a Súmula 231 do STJ, que dispõe: “A incidência

de circunstâncias atenuantes não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Nesse sentido, extrai-se do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO E FALSIDADE IDEOLÓGICA. PENA-BASE FIRMADA NO MÍNIMO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INVIABILIDADE DE MITIGAÇÃO AQUÉM DO MENOR PATAMAR LEGAL NA SEGUNDA ETAPA DA DOSIMETRIA. SÚMULA 231/STJ. ILEGALIDADE NÃO COMPROVADA. ORDEM DENEGADA.

1. Ainda que reconhecida a presença da atenuante da confissão espontânea, tendo a sanção-base sido firmada em seu mínimo, mostra-se inviável mitigá-la na segunda etapa da dosimetria aquém do menor patamar legalmente previsto. Exegese do enunciado na Súmula n. 231 deste STJ.

2. Ordem denegada (Habeas Corpus 164429/RS, rel. Min. Jorge Mussi, j. 16/11/2010).

E deste Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. RECURSO DEFENSIVO [...]. DOSIMETRIA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA EM FACE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 231 DO STJ. APELO NÃO PROVIDO (Apelação Criminal n. 2010.071178-8, de Araquari, rel. Des Tulio Pinheiro, j. 2/3/2011).

Ainda, tem-se: Apelação Criminal n. 2010.059175-3, de Chapecó, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 11/1/2011 e Apelação Criminal n. 2008.080273-8, de Porto União, rel. Des. Rui Fortes, j. 11/1/2011.

Relativamente à pena de multa - fixada na primeira fase dosimétrica em 11 (onze) dias-multa - a doutrina e a jurisprudência, diferentemente do que ocorre com as penas privativas de liberdade, consagraram a utilização do critério bifásico, razão pela qual a pena pecuniária não sofre variação

em virtude da existência da atenuante (nesse sentido: Apelação Criminal n. 2006.035613-2, de Canoinhas, rel. Des. Substituto José Carlos Carstens Köhler, j. 28/11/2006).

Por fim, à míngua de causas de aumento e diminuição, fixa-se a pena do apelante em 20 (vinte) anos de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa, pela prática do crime de latrocínio (art. 157, § 3º, segunda parte, do CP), a qual, somada à pena de 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa a ele irrogada pela prática do crime de estelionato (art. 171, *caput*, do CP), resulta definitiva em 21 (vinte e um) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, além do pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato.

Por todo o exposto, o voto é pelo provimento parcial do apelo, tão somente para reduzir a reprimenda.

DECISÃO

Nos termos do voto da relatora, esta Primeira Câmara Criminal, por unanimidade de votos, resolveu conhecer do recurso, rejeitar as preliminares e, no mérito, dar-lhe provimento em parte, a fim de reconhecer a atenuante da confissão espontânea e, em consequência, reduzir a pena do apelante, pela prática do crime de latrocínio (art. 157, § 3º, segunda parte, do CP), para 20 (vinte) anos de reclusão e 11 (onze) dias-multa, a qual, somada à pena de 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa irrogada pela prática do crime de estelionato (art. 171, *caput*, do CP), resulta definitiva, na forma do art. 69 do CP, em 21 (vinte e um) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, além do pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato.

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. Hilton Cunha Júnior.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça participou o Exmo. Sr. Procurador Norival Acácio Engel.

Florianópolis, 26 de abril de 2011.

Marli Mosimann Vargas
RELATORA

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.063731-0, de Xanxerê

Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas

APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU PRESO). ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, I, II E V, DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA EM RELAÇÃO A UM RÉU. RECURSO DEFENSIVO.

PRELIMINAR. NULIDADE DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO SOB O ARGUMENTO DE INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. IRRELEVÂNCIA. DISPOSITIVO QUE CONSTITUI MERA RECOMENDAÇÃO LEGAL. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO RATIFICADO EM JUÍZO. PREFACIAL AFASTADA.

MÉRITO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. RECONHECIMENTOS FOTOGRÁFICOS EFETUADOS PELAS VÍTIMAS DURANTE A FASE INQUISITORIAL RATIFICADOS EM JUÍZO. DECLARAÇÕES DE TESTEMUNHAS QUE CORROBORAM PARA A CONFIGURAÇÃO DA AUTORIA. NEGATIVA DO APELANTE DESTOANTE DO CONTEXTO PROBATÓRIO. CONDENAÇÃO MANTIDA.

“O reconhecimento fotográfico do acusado, quando ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e ampla defesa, pode servir como meio idôneo de prova para lastrear o édito condenatório” (STJ - HC 142767/MS, Habeas Corpus 2009/0142676-7, rel. Min. Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, j. 31/08/2010, DJ 20/09/2010).

AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO INC. I DO § 2º DO ART. 157 DO CP. ARMA NÃO APREENDIDA. IRRELEVÂNCIA. PALAVRAS FIRMES DAS VÍTIMAS DEMONSTRANDO A UTILIZAÇÃO DO ARMAMENTO DURANTE O ROUBO.

“Para o reconhecimento da presença da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão da arma de fogo e a realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva” (EResp 961.863/RS) (HC 155058 / RJ - HABEAS CORPUS 2009/0232597-1, rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 22/03/2011, DJe 04/04/2011).

AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO INC. V DO § 2º DO ART. 157 DO CP. RÉU QUE TRANCA AS VÍTIMAS NO BANHEIRO DA RESIDÊNCIA, APÓS A PRÁTICA DO ROUBO, PARA FACILITAR SUA FUGA. LIBERDADE QUE FOI RESTRINGIDA, AINDA QUE POR POUCO TEMPO. MOTIVO SUFICIENTE PARA A INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. PENA ACERTADAMENTE MAJORADA NA SENTENÇA.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.063731-0, da Vara Criminal da comarca de Xanxerê, em que é apelante André Alves da Luz e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar-lhe provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público da Vara Criminal da comarca de Xanxerê/SC ofereceu denúncia contra RODRIGO ALKS MAZUTTI,

vulgo “Fossinha” e ANDRÉ ALVES DA LUZ pela prática do delito definido no art. 157, §2º, incs. I, II e V, c/c art. 61, ‘h’, ambos do Código Penal, assim descrito na inicial acusatória (fls. II-IV):

Segundo se infere do presente Inquérito Policial em data de 27 de fevereiro de 2010, por volta das 07:30 horas, os denunciados RODRIGO e ANDRÉ dirigiram-se até a residência das vítimas Vanda Maria Fontana (77 anos de idade) e José Fontana Sobrinho (79 anos de idade), sito na Avenida Rio Grande do Sul, nº 344, Centro, na cidade de Faxinal dos Guedes, e de posse de uma arma de fogo, adentraram na residência, renderam as vítimas, e, mediante violência e grave ameaça, uma vez que agrediram José, subtraíram diversas jóias do cofre e algumas que a vítima Vanda utilizava, a quantia aproximada de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) em espécie, uma arma de fogo Smith Wesson, calibre 32 e o veículo Toyota/Corolla, placas MGH 4607, de propriedade das vítimas, o qual foi utilizado para fuga.

Ato contínuo, não satisfeitos com a empreitada criminoso já praticada, e ainda causando mais temor as vítimas, concentraram o casal no interior de um banheiro e saíram em seguida, levando os produtos de roubo, que posteriormente seria dividido por eles.

Impende destacar que durante a ação delitiva os denunciados restringiram a liberdade das vítimas como meio para poder consumir seu desiderato.

O veículo roubado fora apreendido instantes depois, abandonado no centro desta cidade, tendo sido os denunciados reconhecidos com certeza e segurança posteriormente.

Dessa forma, os denunciados RODRIGO e ANDRÉ subtraíram coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência, com emprego de arma, mediante concurso de duas ou mais pessoas e mantendo as vítimas em seu poder, restringindo a liberdade destas, sendo que o casal conta com idade superior a 70 anos [...].

Encerrada a instrução, o magistrado julgou parcialmente procedente a denúncia para: a) absolver RODRIGO ALKS MAZUTTI do delito

imputado na portal, forte no art. 386, VII, do CPP; b) condenar ANDRÉ ALVES DA LUZ ao cumprimento de 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 14 (catorze) dias-multa, cada um desses no valor de 1/30 do salário-mínimo vigente ao tempo do fato (art. 49, §1º, do CP), por infração ao art. 157, § 2º, incisos I, II e V, c/c o art. 61, inc. II, letra “h”, ambos do CP (fls. 224-231).

Inconformado, o réu ANDRÉ ALVES DA LUZ interpôs recurso de apelação, objetivando, em preliminar, a nulidade dos reconhecimentos fotográficos acostados às fls. 23-24 e 31-32, por estarem em desacordo com o art. 226 do CPP. Cita que as vítimas não puderam descrever a pessoa suspeita (inc. I), não fora colocado ao lado de outras pessoas que com ela tivesse semelhança (inc. II) e, não foi providenciado, nem na delegacia nem em juízo, que o réu fosse visualizado pelas vítimas (inc. III). Não bastando, aduz que o auto não fora lavrado de forma pormenorizada, nem subscrito pelo Delegado e sim por escrivão “ad hoc”, como também não fora efetuado na presença de duas testemunhas presenciais, mas tão somente de uma (inc. IV).

No mérito requer a absolvição face a fragilidade das provas produzidas, aplicando-se o princípio *in dubio pro reo*. Ressalta a contradição presente nos depoimentos das vítimas durante a instrução processual, bem como entre as próprias vítimas. Não bastando, menciona a inimizade existente entre o réu e a testemunha Ademir Cristiano Brunetto, policial militar.

Subsidiariamente, pretende o afastamento da causa especial de aumento pena referente ao uso de arma (art. 157, §2º, I, CP), por não haver provas seguras a respeito, uma vez que não houve a apreensão da arma de fogo, nem mesmo perícia a demonstrar sua potencialidade ofensiva.

Não bastando, postula também pelo afastamento do aumento relativo a restrição da liberdade da vítima (art. 157, §2º, V, CP), pois o fato

das vítimas terem sido colocadas no banheiro não caracteriza a majorante, visto não terem sido mantidas por prazo superior ao necessário para o ato criminoso (fls. 242-265).

Em contrarrazões, requereu o apelado o conhecimento do recurso e o seu não provimento (fls. 266-274).

Ascenderam os autos e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio da Dra. Heloísa Crescenti Abdalla Freire, pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 281-285).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório necessário.

VOTO

Trata-se de apelação criminal interposta por André Alves da Luz contra sentença que o condenou ao cumprimento da pena de 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 14 (catorze) dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, incs. I, II e V do CP.

Pretende o apelante, em preliminar, a nulidade do auto de reconhecimento fotográfico e, no mérito, a absolvição face a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, bem como, de forma subsidiária, o afastamento das causas especiais de aumento de pena referente ao uso de arma e restrição da liberdade das vítimas (incs. I e V do §2º do art. 157 do Código Penal).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do reclamo e passa-se à análise do seu objeto.

1 PRELIMINAR DE NULIDADE DO AUTO DE RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE FLS. 23-24 E 31-32

O apelante sustenta afronta a todos os incisos constantes no art. 226 do CPP.

Não procede a alegação defensiva de nulidade do reconhecimento fotográfico do apelante pelas vítimas José Fontana Sobrinho (fls. 23-24) e Vanda Maria Fontana (fls. 31-32) na fase policial sob a alegação de desobediência ao procedimento estabelecido no art. 226 do Código de Processo Penal.

Isso porque a validade do reconhecimento de pessoa não está obrigatoriamente vinculada à regra contida no citado dispositivo legal, quer dizer, tal procedimento constitui mera recomendação, como se pode observar abaixo:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Conforme se vê dos mencionados termos de reconhecimento fotográfico, “a Autoridade Policial pediu para que a vítima observasse três fotos digitais do suspeito ANDRÉ ALVES DA LUZ, sendo que após observar atentamente informou que RECONHECE COM ABSOLUTA CERTEZA E PRECISÃO como sendo o autor do roubo ocorrido em sua residência no dia de hoje 27/02/2010, conforme boletim de ocorrência

158/2010, o qual estava trajando uma blusa de moletom com capuz de cor escura, calça jeans e portava um revólver de cor escura” (fls. 31-32).

De igual forma está o reconhecimento de fls. 23-24, de onde se extrai idênticas características como “um masculino, com a cutis morena clara, trajando blusa de cor escura com capuz, estatura de 1,80 aproximadamente”.

Em que pese a idade avançada das vítimas, ambas firmemente apontarem o ora apelante como um dos autores do crime de roubo, sendo uníssonas nas descrições realizadas na data dos fatos perante a autoridade policial.

Em juízo, a vítima Vanda (sistema audiovisual - CD de fl. 150), novamente afirmou ter reconhecido o apelante por meio das fotos apresentadas na delegacia, dado que o apelante, embora estivesse encapuzado, era quem estava sempre com ela e armado, tendo, com isso, conseguido observar seus olhos, haja vista o capuz utilizado ser bem aberto nessa parte do rosto. Também perante a autoridade judicial, a vítima José Fontana (sistema audiovisual - CD de fl. 168), declarou ter reconhecido um dos envolvidos na Delegacia de Polícia por meio das quatro ou cinco fotos apresentadas. Aduz que reconheceu pelos olhos pois ele passou pela sua frente algumas vezes, inclusive mostrando que na arma possuía munição.

Sendo assim, é cediço que “o reconhecimento fotográfico do acusado, quando ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e ampla defesa, pode servir como meio idôneo de prova para lastrear o édito condenatório” (STJ, HC 142767/MS, Habeas Corpus 2009/0142676-7, rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, j. 31/08/2010, DJ 20/09/2010).

Este Sodalício não diverge do julgado da Corte Superior, bem como acrescenta a validade da prova quando corroborada com as demais, conforme se verá quando da análise do mérito, veja-se:

RECURSO CRIMINAL. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO FÚTIL (ART. 121, § 2º, INC. II, DO CÓDIGO PENAL). IRRESIGNAÇÃO DA DEFESA. PRELIMINAR. ALEGADA NULIDADE DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. INOCORRÊNCIA. EVENTUAL NÃO OBSERVÂNCIA DOS RIGORISMOS FORMAIS ESTABELECIDOS PELO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL QUE NÃO TEM O CONDÃO DE INVALIDAR TAL PROVA, MORMENTE PORQUE ALICERÇADA NO SUBSTRATO PROBANTE CARREADO AO PROCESSADO. EXISTÊNCIA DE RECONHECIMENTO PESSOAL, ADEMAIS, CUJO TERMO FOI SUBSCRITO PELO DEFENSOR CONSTITUÍDO, SEM QUALQUER RESSALVA. PROEMIAL REJEITADA [...] (Recurso Criminal n. 2010.0533002-9, de Blumenau, rel. Des. Tulio Pinheiro, j. 29/3/2011).

[...] RECONHECIMENTO PESSOAL E FOTOGRÁFICO. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IRRELEVÂNCIA. PROVA IDÔNEA PARA AFIRMAR A AUTORIA, EIS QUE ANCORADA EM OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO QUE FORMAM O CONJUNTO PROBATÓRIO. VALIDEZ.

Se o magistrado que presidia a audiência de instrução entendeu que não havia dúvida a respeito da identidade do acusado, não se fazia mister dotar o respectivo reconhecimento de maiores formalidades, visto que efetuado na audiência, na presença do Promotor de Justiça e do procurador judicial por ele constituído, logo, com observância do princípio do contraditório. [...] (Apelação Criminal n. 2009.002382-3, de Balneário Camboriú, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 17/11/2009).

APELAÇÕES CRIMINAIS. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS NA FASE DO ART. 499 DO CPP.

DECISÃO FUNDAMENTADA NA PRESCINDIBILIDADE DA PROVA. NULIDADE NÃO EXISTENTE. ADUZIDA A NULIDADE DOS RECONHECIMENTOS PESSOAIS. PROCEDIMENTO QUE PRESCINDE DA FORMA PREVISTA NO ART. 226 DO CPP. PREFACIAIS AFASTADAS. [...] (Apelação Criminal n. 2009.030358-7, da Capital, rel. Des. Torres Marques, j. 10/11/2009).

Desse modo, afasta-se a preliminar arguida.

2 MÉRITO - PLEITO ABSOLUTÓRIO

A defesa postula pela absolvição face a fragilidade das provas produzidas, aplicando-se o princípio *in dubio pro reo*.

Extrai-se do relatório de investigação acostado à fl. 13 que “no dia 27/02/2010, por volta das 07:30hs, dois masculinos invadiram a residência do casal VANDA MARIA FONTANA, 77 anos de idade e JOSÉ FONTANA SOBRINHO, 79 anos de idade, sendo que um dos meliantes estava armado e, mediante ameaça de morte, roubaram jóias, um revólver calibre 32, cerca de R\$ 2.000,00 em espécie e um automóvel TOYOTA COROLA.

Na fase administrativa, as vítimas José Fontana Sobrinho e Vanda Maria Fontana assim narraram, respectivamente:

[...] percebeu que dois masculinos chegaram no local, sendo que um deles estava com uma blusa com capuz, portava um revólver de cor escura e o outro estava de boné e usava um óculos escuro; QUE; o masculino que estava com a blusa de capuz pegou o declarante pelo braço e disse que era um “assalto”, sendo que o outro foi até o interior da residência onde a esposa do declarante estava dormindo no quarto do casal; Que, em razão da violência empregada pelo assaltante, o declarante acabou caindo no chão; QUE, em seguida o assaltante que pegou o declarante pelo braço abriu o cilindro do revólver que estava portando e mostrou seis cartuchos e falou em seguida “se vocês gritarem a gente mata vocês dois”; QUE, ato contínuo os dois assaltantes passaram a vasculhar a residência e pediam a todo momento dinheiro, armas e jóias; que

um dos assaltantes retirou as jóias que a esposa do declarante estava usando, sendo que em seguida obrigaram que fosse aberto o cofre de segurança da residência, de onde foi roubado aproximadamente R\$ 2.000,00 (dois mil reais) em espécie e uma jóia de ouro; QUE, um dos assaltantes encontrou o revólver de propriedade do declarante, o qual estava guardado dentro do guarda roupas do quarto do casal; [...] que em seguida os assaltantes de posse da arma, dinheiro e das jóias, pegaram as chaves do automóvel Toyota Corola placas MGH-4607 de propriedade da esposa do declarante e empreenderam fuga do local do crime; [...] (fls. 18-19).

[...] quando ainda estava deitada em sua cama, percebeu quando chegou no quarto um masculino que estava usando óculos escuros e um boné de cor cinza; QUE; o referido masculino disse “é um assalto, mas não se assuste”; QUE; em seguida o masculino deu a mão para ajudar a declarante a levantar da cama, momento em que percebeu que tinha um outro masculino que estava na cozinha da residência e tinha derrubado no chão o marido da declarante, Sr. José Fontana, o qual havia sido rendido; QUE, o masculino que estava agredindo o Sr. José aparentava ser mais velho que aquele que tinha adentrado no quarto da declarante, e estava armado com um revólver de cor escura; QUE, o assaltante disse que caso a declarante e seu marido gritassem eles iriam matar os dois e, em seguida, abriu o revólver e mostrou seis cartuchos para comprovar que a arma estava municada; que em seguida os assaltantes começaram a pedir por armas e jóias, sendo que a declarante abriu o cofre de segurança da residência de onde os assaltantes roubaram algumas jóias, sendo que outras eles tiraram dos braços da declarante, sejam elas um cordão de ouro, uma aliança e uma corrente com medalha de ouro; e em seguida os bandidos encontraram um revólver calibre 32; [...] em seguida eles encontraram as chaves do automóvel Toyota Corola de propriedade da declarante, sendo que na posse dos objetos, da arma e aproximadamente R\$ 2.000,00 (dois mil reais) em espécie, fugiram do local à bordo do referido automóvel [...] (fls. 26/27).

Na etapa judicial, as vítimas narraram novamente como ocorreu o crime, especificando a presença de dois elementos, estando um deles na posse de uma arma de fogo municada, assinalando, inclusive, as ameaças

empregadas por meios de palavras, bem como pela arma apontada para a cabeça, conforme dito pela vítima José Fontana, tendo as vítimas reconhecidos o apelante André pelos olhos, já que o capuz era bem aberto, conforme salientado pela vítima Vanda (sistema audiovisual - CD's de fls. 150 e 168).

Destaca-se que a autoria do crime restou identificada por meio das informações recebidas pelo Policial Militar Brunetto de que o apelante e um comparsa iriam realizar um assalto na residência do Fontana. Cita-se sua declaração na fase investigativa:

[...] o declarante estava de serviço trabalhando no Policiamento das festividades de carnaval, sendo que naquele dia, durante a festa realizada na praça, ocorreu um tumulto em razão de vias de fato que estava ocorrendo entre dois masculinos; que diante disso o declarante conduziu os dois masculinos até esta unidade Policial à fim de que fosse lavrado o termo circunstanciado; que durante o trabalho de lavratura do TC, um dos masculinos pediu para falar em particular com o declarante pois tinha uma informação para repassar; que o declarante levou o masculino até uma sala, sendo que ele passou a relatar que tinha sido procurado por André Alves da Luz e outro de alcuha “Fossinha”, os quais fizeram uma proposta para ele, a qual consistia em informar falsamente que tinha sido vítima de furto de sua motocicleta à fim de que ANDRÉ e FOSSINHA de posse da moto, realizassem um “assalto” na residência FONTANA de posse da mto, fato que segundo ANDRÉ seria perpetrado no final de semana seguinte ao dia 14/02/2010; que o masculino também informou que ANDRÉ e FOSSINHA tinham sido informados por um outro masculino não identificado, o qual realizou um trabalho na residência FONTANA, informou para ANDRÉ e FOSSINHA de que o Senhor José Fontana tinha bastante dinheiro guardado em seu cofre, o qual ficava em um dos quartos da residência, inclusive, o tal masculino teria realizado um serviço de eletricista na residência de JOSÉ e o mesmo foi até o cofre e pegou dinheiro para pagá-lo, momento e que o cofre e o dinheiro foram visualizados; que o masculino disse ao declarante “pelo amor de Deus, não coloque o meu nome nisso daí senão eles me matam”, referindo-se a ANDRÉ e FOSSINHA [...] (fls. 16-17, grifo nosso).

Em juízo o Policial Ademir Cristiano Brunetto (sistema audiovisual -CD de fl. 168), ratificou o recebimento das informações acima destacadas.

Conveniente frisar a declaração da vítima José Fontana quando, em juízo (sistema audiovisual - CD de fl. 168), mencionou que os assaltantes pareciam conhecer os utensílios existentes na residência, pois sabiam onde procurar os objetos, fato este que torna ainda mais autêntica a declaração do Policial Brunetto.

A partir das informações supra, presente as vítimas na delegacia, foram mostradas dentre outras fotos, as do apelante (fl. 33), tendo ambas as vítimas o reconhecido, conforme se infere dos documentos juntados às fls. 23/24 e 31/32. Em juízo, as vítimas confirmaram o procedimento (sistema audiovisual – CD's de fls. 150 e 168).

Validando o termo de reconhecimento existente os autos, o Policial Civil Fabiano Goffi, relatou em juízo (sistema audiovisual - CD de fl. 150) que foram exibidas diversas fotos, dentre elas as do apelante, sendo que quando as vítimas o viram, emocionadas e abaladas, apontaram-o como um dos assaltantes.

O reconhecimento fotográfico efetuado pelas vítimas durante a fase inquisitorial e, ratificado em juízo, constitui meio de prova inquestionável, e reveste de eficácia jurídica relevante, principalmente quando aliado a outros elementos de prova.

Com relação ao reconhecimento fotográfico, Julio Fabbrini Mirabete cita:

Questiona-se na jurisprudência o valor legal do reconhecimento por meio de fotografias, chegando-se a afirmar numa corrente extremada que não é ele meio de prova contemplado pelo Código. Entretanto, a opinião prevalecente é de que o reconhecimento fotográfico é uma prova inominada, como outras não previstas expressamente na lei, que pode e deve ser considerada (Código de processo penal interpretado, 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 604).

Nessa mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça vem afirmando que “o reconhecimento fotográfico do acusado, quando ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e ampla defesa, pode servir como meio idôneo de prova para lastrear o édito condenatório” (HC 142767/MS, Habeas Corpus 2009/0142676-7, rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, j. 31/08/2010, DJ 20/09/2010).

A validade do reconhecimento fotográfico, como meio de prova no processo penal condenatório, é inquestionável, e reveste-se de eficácia jurídica suficiente a legitimar, especialmente quando apoiado em outros elementos de convicção, como no caso, a prolação de um decreto condenatório (STF – HC 68610/DF, rel. Min. Celso de Mello).

Desta Corte de Justiça, colhe-se os julgados:

Não há que se falar em nulidade processual em razão do reconhecimento fotográfico operado na fase policial, uma vez que reafirmado pela vítima sob o crivo do contraditório e quando em harmonia com as demais provas do caderno processual, de sorte a constituir elemento probatório idôneo a alicerçar um édito condenatório (Apelação Criminal n. 2009.062559-3, de Balneário Camboriú, rela. Des. Salette Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, j. 19/07/2010).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBÓS CIRCUNSTANCIADOS PELO EMPREGO DE ARMA, EM CONTINUIDADE DELITIVA. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO FOTOGRAFICO DO ACUSADO RATIFICADO EM JUÍZO. DEPOIMENTOS UNÍSSONOS E COERENTES DAS VÍTIMAS. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA.

O magistrado, diante do caso concreto, valendo-se do livre convencimento motivado na apreciação da prova, estabelecerá o valor que deve ser atribuído ao reconhecimento informal,

que prescinde das formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal, considerando a forma utilizada e os demais elementos probatórios coligidos (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.015353-9, de São José, rel. Moacyr de Moraes Lima Filho, Terceira Câmara Criminal, j. 1º/6/2010, grifo nosso).

“O reconhecimento pelas vítimas apontando o autor do roubo, constitui importante elemento de convicção, pois não o conhecendo, não teriam outro motivo para acusá-lo” (Apelação Criminal n. 2007.022596-4, de São José, rel. Des. Amaral e Silva, j. 14/10/2008).

A propósito, é sabido que, nos crimes de roubo, as palavras das vítimas são de plena relevância quando firme, coerente e rica em detalhes, principalmente quando proveniente de pessoas que nada nutrem contra o réu para lhe imputar crime falsamente.

“No crime de roubo é válida a palavra da vítima como elemento de prova quando o conjunto probatório for harmônico, coerente e preciso acerca do fato delituoso e não existam elementos que indiquem animosidade entre elas e o agente” (Apelação Criminal n. 2009.000919-1, de Criciúma, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 29/9/2009).

Acerca do tema, Julio Fabbrini Mirabete ensina:

Embora não seja testemunha, as declarações do ofendido constituem-se em meio de prova, sem, contudo, ter, normalmente, o valor da prova testemunhal diante do interesse no litígio. Todavia, como se tem assinalado na doutrina e jurisprudência, as declarações do ofendido podem ser decisivas quando se trata de delitos que se cometem às ocultas [...]. São também sumamente valiosas quando incidem sobre o proceder de desconhecidos, em que o único interesse do lesado é apontar os verdadeiros culpados (Processo Penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 547).

[...] Tratando-se de roubo, crime via de regra praticado sem testemunhas presenciais, as palavras da vítima aliadas a indícios e circunstâncias incriminadoras bastam à condenação [...] (Apelação

Criminal n. 2008.066680-2, de Joinville, rel. Des. Amaral e Silva, j. 31/3/2009).

Acrescenta-se, por oportuno, a declaração de Ery Rosa da Silva, conhecido do apelante André, a qual, ouvida perante a autoridade policial, esclareceu “que viu ANDRÉ na sexta-feira, dia anterior ao roubo, e ele estava na companhia de um outro masculino moreno, [...]; que exibida uma foto da pessoa de RODRIGO ALKS MAZUTTI, vulgo “Fossinha”, o declarante reconhece com absoluta certeza e precisão como sendo a pessoa que estava na companhia de ANDRÉ na sexta feira anterior ao crime ocorrido na residência da família FONTANA” (fl. 51).

Diante dos fundamentos colacionadas, não há que se falar em fragilidade do conjunto probatório, sendo insignificantes as contradição alegadas pela defesa, bem como inexistir qualquer prova a respeito da citada inimizade entre o apelante e a testemunha Ademir Cristiano Brunetto, policial militar.

Isso posto, diante dos reconhecimentos fotográficos - meio de prova corriqueiramente valorada pelos órgãos julgadores - aliados às palavras das vítimas e testemunhas, mantém-se o decreto condenatório.

3 PRETENDIDO AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA DO EMPREGO DE ARMA (ART. 157, §2º, I, CP)

O apelante sustenta não haver provas seguras do uso de arma por não ter havido sua apreensão e, conseqüentemente, perícia a demonstrar sua potencialidade ofensiva.

Melhor sorte não logra o apelante quanto ao pedido de exclusão da causa especial de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal.

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça já assentou que “para o reconhecimento da presença da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão da arma de fogo e a realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva” (EResp 961.863/RS) (HC 155058 / RJ - HABEAS CORPUS 2009/0232597-1, rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 22/03/2011, DJe 04/04/2011).

In casu, o conjunto probatório manifestou-se firmemente quanto ao uso da arma de fogo no cometimento do crime de roubo, porquanto a vítima José Fontana Sobrinho relatou que “o assaltante que pegou o declarante pelo braço, abriu o cilindro do revólver que estava portando e mostrou seis cartuchos e falou em seguida “se vocês gritarem a gente mata vocês dois” (fl. 18). No mesmo sentido está a declaração da vítima Vanda Maria Fontana (fl. 26). Fatos estes que foram confirmados em juízo (CD’s de fls. 150 e 168) pelas vítimas, tendo a Senhora Vanda salientado que era o ora apelante quem portava o instrumento ameaçador.

Desta feita, a ausência de apreensão do instrumento empregado pelo apelante não impede o reconhecimento da majorante, porquanto a prova testemunhal colhida é suficiente para o seu reconhecimento.

Nessa linha, posiciona-se Guilherme de Souza Nucci:

Apreensão da arma: desnecessidade. A materialidade do roubo independe da apreensão de qualquer instrumento, assim como a prova da autoria pode ser concretizada pela simples, mas verossímil, palavra da vítima. Por isso, igualmente, para a configuração da causa de aumento (utilização de arma), bastam elementos convincentes extraídos dos autos, ainda que a arma não seja apreendida (Código penal comentado. 10 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 763).

E esta Câmara não discrepa:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, I E II, CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGÊNCIA DA DEFESA. MATERIALIDADE DEMONSTRADA. AUTORIA EVIDENCIADA PELA DELAÇÃO DO COAUTOR E PELAS PALAVRAS DA VÍTIMA, DOS AGENTES POLICIAIS E DE TESTEMUNHA. VERSÃO FRÁGIL DOS FATOS APRESENTADA PELO ACUSADO E ÁLIBI NÃO COMPROVADO. DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE NÃO DEIXAM DÚVIDAS ACERCA DA PARTICIPAÇÃO DO RÉU NO CRIME. PLEITO ABSOLUTÓRIO INVIÁVEL. DOSIMETRIA. PRETENDIDA EXCLUSÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA REFERENTE AO EMPREGO DE ARMA. NÃO ACOLHIMENTO. USO DO INSTRUMENTO DEVIDAMENTE COMPROVADO. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO DO ARTEFATO E DE REALIZAÇÃO DE EXAME PERICIAL PARA AFERIR SUA OFENSIVIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO (Apelação Criminal n. 2009.062637-5, de Blumenau, rel. Des. Newton Varella Júnior, Primeira Câmara Criminal, j. 08/04/2011, grifo nosso).

Cita-se, ainda, julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, além de sustentar ser dispensável a apreensão da arma, demonstra ser irrelevante a identificação de quem portava o instrumento no exato momento do crime, uma vez que todos os autores respondem pela violência empregada.

PENAL. ROUBO. AGÊNCIA DA ECT. EMPREGO DE ARMA. CONCURSO DE AGENTES. ART. 157, § 2º, INCISOS. I E II DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. APREENSÃO DA ARMA DE FOGO. PRESCINDIBILIDADE.

Comprovadas a materialidade e a autoria, tem-se configurado o tipo penal previsto no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

[...]

Havendo concurso de agentes e emprego de arma de fogo no crime de roubo, todos os que agiram dolosamente para seu uso respondem pela violência, sendo irrelevante a atuação específica de cada um.

A apreensão da arma de fogo não é indispensável para incidência da majorante prevista no artigo 157, § 2º, inciso II, do Estatuto Repressivo, quando evidenciada pelo conjunto probatório dos autos a sua utilização para o cometimento do delito (Apelação Criminal n. 2007.70.03.000001-1/PR, rel. Artur César de Souza, DJ 21/1/2009).

Assim, mantém-se a majorante em questão.

4 PRETENDIDO AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA REFERENTE À RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DAS VÍTIMAS (INC. V DO §2º DO ART. 157 DO CP)

No que se refere ao afastamento da causa especial de aumento de pena pela restrição à liberdade das vítimas, prevista no art. 157, § 2º, V, do Código Penal, o apelo também não merece ser acolhido.

Segundo Fernando Capez, esta circunstância deve incidir nas hipóteses em que “a privação da liberdade da vítima for utilizada como meio para a realização de um roubo ou, após a sua consumação, como forma de fugir à ação policial” (Curso de Direito Penal - Parte Especial, vol. 2, 6. ed. rev. e atual., Saraiva: São Paulo, p. 420).

Ademais, nos termos do julgado da Corte Superior, “a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, V do CPB demanda, tão-somente, para sua incidência, a restrição da liberdade da vítima, que, uma vez caracterizada, autoriza a exasperação da reprimenda de um terço até a metade. Não é feita qualquer menção ao lapso temporal necessário de tal restrição, bastando, para fins de subsunção ao tipo circunstanciado, a efetiva privação da liberdade, necessária à prática do delito de roubo, tal como configurada na espécie” (AgRg no REsp 1020270 / RS, AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2007/0310107-1, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. 08/09/2009, DJe 13/10/2009).

No caso em questão, verificou-se que o apelante e seu comparsa, após subtrair os pertences das vítimas, mediante ameaça, trancou-as no banheiro da residência, deixando a chave pelo lado de fora, e empreenderam fuga do local. Após alguns minutos, segundo relatam as vítimas, começaram a gritar em busca de socorro.

Vale reproduzir as palavras das vítimas:

[...] que os assaltantes trancaram o declarante e a sua esposa VANDA no interior do banheiro da residência; que após alguns minutos passaram a gritar por socorro, sendo que populares acionaram a Polícia Militar, sendo que um Policial foi até o local e abriu a porta do banheiro [...] (José Fontana Sobrinho – fl. 19)

[...] os bandidos deixaram a declarante e seu marido presos dentro do banheiro da residência, sendo que a declarante gritou por socorro e populares acionaram a Polícia Militar que foi até o local para abrir a porta do banheiro [...] (Vanda Maria Fontana - fl. 27)

Desta feita, o fato de as vítimas terem sido privadas de suas liberdades por pouco tempo - logrando, inclusive, ser prontamente socorridas por populares -, não impede a incidência da causa de aumento, mesmo porque, à luz da doutrina e jurisprudência pátrias, a situação facilitou a concretização do ato ilícito.

Em casos semelhantes, decidiu esta Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS PELO EMPREGO DE ARMA, CONCURSO DE AGENTES E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA (POR TRÊS VEZES). ART. 157, INCISOS I, II E V, DO CÓDIGO PENAL. CONTINUIDADE DELITIVA.

[...] CAUSA DE AUMENTO REFERENTE À RESTRIÇÃO DE LIBERDADE. RÉU QUE DETERMINA QUE A VÍTIMA PERMANEÇA NO BANHEIRO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL DURANTE A PRÁTICA DO ASSALTO, MESMO QUE SEJA POR POUCO TEMPO. MOTIVO SUFICIENTE

PARA A INCIDÊNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA PREVISTA NO INCISO V DO § 2º DO ART. 157 DO CÓDIGO PENAL [...] (Apelação Criminal n. 2005.031390-2, de São José, rel. Des. Solon d'Éça Neves, j. 29/11/2005).

Ainda; Apelação Criminal n. 2008.058903-6, de Brusque, rel. Des. Torres Marques, j. 5/12/2008.

Desta feita, mantida também essa majorante, conserva-se integralmente a sentença combatida.

DECISÃO

Nos termos do voto da relatora, esta Primeira Câmara Criminal, por unanimidade de votos, resolveu conhecer do recurso, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar-lhe provimento.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. Newton Varella Júnior e a Exma. Sra. Desa. Janice Goulart Garcia Ubialli.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça participou o Exmo. Sr. Procurador Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 10 de maio de 2011.

Marli Mosimann Vargas
PRESIDENTE E RELATORA

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.082193-1, de São José

Relator: Des. Newton Varella Júnior

APELAÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGÊNCIA DA DEFESA.

PRELIMINAR. NULIDADE DO PROCESSO POR AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DO EXAME DE CORPO DE DELITO (ART. 564, III, “B”, CPP). INOCORRÊNCIA. PROVA PERICIAL EM OBJETO IRRELEVANTE PARA A CONFIGURAÇÃO DO CRIME. PREFACIAL RECHAÇADA.

PRIMEIRO FATO. LATROCÍNIO TENTADO (ART. 157, § 3º, SEGUNDA PARTE, C/C ART. 14, II, CP). PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO CIRCUNSTANCIADO TENTADO. ACOLHIMENTO EM PARTE. RÉUS QUE, PERPETRADO O ASSALTO A ESTABELECIMENTO COMERCIAL, EMPREENDEM FUGA E, MOMENTOS APÓS, SÃO PERSEGUIDOS POR AGENTES POLICIAIS, INSTANTE EM QUE, MEDIANTE AMEAÇA COM ARMAS DE FOGO, OPÕEM-SE À ORDEM DE RENDIÇÃO. MATERIALIDADE DEMONSTRADA. AUTORIA AMPLAMENTE COMPROVADA PELA CONFISSÃO JUDICIAL E PELOS DEPOIMENTOS DAS VÍTIMAS E DOS AGENTES POLICIAIS. TIPIFICAÇÃO, TODAVIA, INADEQUADA. *EMENDATIO LIBELLI* PERMITIDA EM GRAU RECURSAL (ARTS. 383 E 617, CPP). CONDUTAS QUE, EMBO-RA PRATICADAS NO MESMO CONTEXTO FÁTICO, NÃO SE CONSTITUÍRAM EM UMA UNIDADE DELITUOSA. CISÃO TEMPORAL EVIDENCIADA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA OS CRIMES DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E PELO CONCURSO DE PESSOAS CONSUMADO (ART. 157, § 2º, I E II, CP) E DE RESISTÊNCIA CONSUMADO (ART. 329, *CAPUT*, CP). PENAS READEQUADAS. PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA NO CRIME DE ROUBO (ART. 29, § 1º, CP).

INVIABILIDADE. RÉUS QUE AGIRAM DE FORMA ATIVA NA PERPETRAÇÃO DO DELITO, AO PERMANECEREM EM VEÍCULO DO LADO DE FORA DO ESTABELECIMENTO VÍTIMA PARA GARANTIR A FUGA DOS AGENTES DIRETOS DA SUBTRAÇÃO. COAUTORIA CONFIGURADA.

SEGUNDO FATO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO TENTADO (ART. 157, § 2º, I, II, E V, C/C ART. 14, II, CP). MATERIALIZADA DEMONSTRADA. AUTORIA COMPROVADA PELAS PALAVRAS COERENTES E DETALHADAS DA VÍTIMA, EM AMBAS AS FASES INSTRUTÓRIAS, QUE PROCEDEU AO RECONHECIMENTO PESSOAL DOS AGENTES, SENDO CORROBORADA PELOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS QUE PRESTARAM A OCORRÊNCIA. VERSÃO INCONSISTENTE DOS FATOS APRESENTADA PELOS ACUSADOS. ELEMENTOS PROBATÓRIOS, ALIADOS AOS DEMAIS INDÍCIOS E CIRCUNSTÂNCIAS, SUFICIENTES PARA A MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.082193-1, da comarca de São José (1ª Vara Criminal), em que são apelantes Wagner da Silva e outro, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso para, em favor de ambos os réus, desclassificar o crime descrito no art. 157, § 3º, segunda parte, c/c art. 14, II, do Código Penal, para os crimes descritos nos arts. 157, § 2º, I e II, e 329, caput, do Código Penal, fixando as penas nos seguintes termos: a) Cléber Cardoso da Silva, em 5 (cinco) anos, 8 (oito) meses e 21 (vinte e um) dias de reclusão, e 5 (cinco) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato, corrigidos

monetariamente, para o crime descrito no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, e em 2 (dois) meses e 5 (cinco) dias de detenção, no regime inicial semiaberto, para o crime descrito no art. 329, caput, do Código Penal; b) Wagner da Silva, em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 5 (cinco) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato, corrigidos monetariamente, para o crime descrito no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, e em 2 (dois) meses de detenção, no regime inicial aberto, para o crime descrito no art. 329, caput, do Código Penal. Ficam mantidas as demais deliberações cominadas na sentença. Custas legais.

RELATÓRIO

Cléber Cardoso da Silva e Wagner da Silva foram condenados, nos autos da ação penal n. 064.10.010954-7, pela MM. Juíza Substituta da 1ª Vara Criminal de São José, às penas de 14 (catorze) anos, 3 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 14 (catorze) dias-multa, no valor unitário mínimo, o primeiro, e de 12 (doze) anos, 3 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 14 (catorze) dias-multa, no valor unitário mínimo, o segundo, ambos pela prática dos crimes descritos no art. 157, § 3º, segunda parte, c/c art. 14, II, e no art. 157, § 2º, I, II e V, c/c art. 14, II, todos do Código Penal.

Irresignados, os réus interpuseram apelação criminal, suscitando, em preliminar, a nulidade do processo diante da não realização do exame de corpo de delito, o que seria indispensável em razão de se tratar de infrações que deixaram vestígios. No mérito, aduzem que não restou comprovada a intenção dos apelantes de ceifar a vida dos agentes policiais, pois Wagner não efetuou qualquer disparo e Cléber Cardoso apenas atirou em direção ao chão, destacando que foram os policiais que iniciaram o alvejamento durante a perseguição e estes nem sequer souberam dizer de onde vieram

os tiros direcionados à guarnição policial. Reafirmam que a ausência do laudo pericial impede a comprovação de que estes tiros tenham sido originados da arma dos apelantes. Além disso, defendem que não tiveram participação direta no assalto, uma vez que apenas ficaram do lado de fora do estabelecimento vítima para assegurar a fuga dos comparsas. Assim, em relação a este primeiro fato delituoso (latrocínio tentado), pugnam: a) pela desclassificação para roubo circunstanciado (emprego de arma e concurso de agentes) tentado; b) pelo reconhecimento da participação de menor importância (art. 29, § 1º, CP). No que tange ao segundo fato delituoso (roubo circunstanciado pelo emprego de arma, pelo concurso de agentes e pela restrição da liberdade da vítima), postulam pela absolvição, sob argumento de que não ficou comprovado que a intenção dos acusados era de subtrair o veículo do proprietário da residência onde foram presos após a perseguição policial, acrescentando que Clébersem nem conseguiu chegar à residência, pois havia sido baleado anteriormente nas proximidades, e que o propósito de Wagner ao permanecer no interior da casa era tão somente resguardar a sua vida, ameaçada pela investida policial.

Contra-arrazoado o apelo, os autos ascenderam a esta Superior Instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva, opinado pelo conhecimento e não provimento do reclamo.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso é conhecido.

Inicialmente, a respeito da preliminar invocada, sabe-se que o Código de Processo Penal é expresso ao prever em seu art. 564, III, *b*, que o processo será nulo por falta do exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, dispondo ainda em seu art. 158 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, muito embora as razões do apelo não tenham sido específicas, ao tratar da prefacial, de qual seria o objeto da perícia, vê-se que os recorrentes aduzem nas alegações de mérito que o exame técnico seria necessário para comprovar se os tiros direcionados à viatura policial durante a perseguição realizada pelos agentes policiais teriam sido efetivamente originados das armas dos réus.

Ocorre que, pelas razões que serão expostas adiante, por ocasião da análise do mérito, a comprovação da materialidade desta circunstância (alvejamento da viatura policial por parte dos apelantes) mostra-se irrelevante no presente caso.

Assim, por tais razões e pelas outras que serão expostas no momento oportuno, a preliminar é rechaçada.

Adentra-se, pois, ao mérito recursal.

Narra a denúncia, em síntese, que, no dia 21 de junho de 2010, por volta das 8h30min, os apelantes e mais três adolescentes (D. A. dos S., C. da S. e G. E. F. N.) dirigiram-se com o veículo GM/Corsa a um posto de combustíveis localizado na BR 101, em São José, e lá, utilizando-se de toucas e coletes balísticos com inscrição “Polícia Civil”, sacaram das armas de fogo que possuíam (um metralhadora, uma submetralhadora, um revólver e duas pistolas) e anunciaram o assalto, rendendo funcionários e clientes. Ato contínuo, conduziram os rendidos ao interior do estabelecimento e então subtraíram do caixa registrador e do cofre R\$ 8.100,00 (oito mil e cem reais) em espécie, além de pacotes de maços de cigarro e aparelhos de telefone celular dos presentes. Em seguida, subtraíram um veículo VW/ Golf, empreenderam fuga em direção à Avenida Ivo Silveira e passaram a ser perseguidos por viaturas policiais, momento em que os acusados e os

menores efetuaram vários disparos contra os agentes públicos, deflagrando-se uma intensa troca de tiros durante a perseguição (1º fato delituoso).

Descreve ainda a peça acusatória que, já nas proximidades da Celesc, em Florianópolis, após descartarem os objetos utilizados no crime anterior, os assaltantes abandonaram o veículo e invadiram duas residências, onde, ainda portando as armas de fogo, fizeram de refém o seu proprietário com a pretensão de lhe subtrair o veículo, instante em que os policiais chegaram ao local e, na parte externa da casa, passaram a negociar a rendição, o que veio a ocorrer após decorrido certo período de tempo, culminando na prisão em flagrante dos recorrentes e na apreensão dos adolescentes (2º fato delituoso).

Assim, os réus foram denunciados e, ao fim, condenados pelos crimes de latrocínio tentado (art. 157, § 3º, segunda parte, c/c art. 14, II, CP) e de roubo circunstanciado pelo emprego de arma, pelo concurso de agentes e pela restrição da liberdade da vítima tentado (art. 157, § 2º, I, II e V, c/c art. 14, II, CP).

A materialidade está demonstrada pelos Termos de Apreensão às fls. 23, 25, 26, 27, 75 e 76/77, pelo Termo de Exibição e Apreensão às fls. 31/32, pelos Boletins de Ocorrência às fls. 40 e 55/56, pelo Termo de Entrega às fls. 47/48, pelo Relatório das investigações elaborado pela autoridade policial às fls. 150/156, pelo Laudo Pericial do veículo VW/ Golf às fls. 255/272 e pelos Laudos Periciais dos coletes balísticos às fls. 273/279 e 280/290.

Já a autoria dos delitos será examinada separadamente.

1. Latrocínio tentado

Quanto a este primeiro fato delituoso, tem-se os depoimentos de Aldo Nienkotter, proprietário do posto de combustíveis vítima (Posto Nienkotter II), e das testemunhas Filipe Lemes dos Santos, José Amilton

dos Santos Vieira e Anderson Wurzler, funcionários do estabelecimento e que estavam presentes no momento do crime, os quais relataram com detalhes, sob o crivo do contraditório, o delito praticado pelos réus juntamente com três adolescentes (fls. 38/39, 297, 298, 299 e 300).

E ambos os apelantes confessaram em Juízo, também de forma detalhada, o assalto perpetrado e a fuga empreendida.

Disse Cléberon (fls. 305/307):

[...] no dia do fato estava foragido e ficava em Hotel em São José; [...] que falou com o rapaz que pediu para esperar perto da Beira Mar de São José, pois ele queria falar com o interrogando; que encostou o carro e eram três rapazes; [...] que foram em direção a Florianópolis e ele explicou o motivo da ligação; que ele queria ganhar um dinheiro rápido; [...] que vieram em direção ao centro de Florianópolis e depois desceram para São José; que ali na área industrial foi feito o retorno e ele pegou uma rua sem saída e então falou para este amigo dele, que é o Wagner, o que pretendia fazer; que Wagner entrou em choque e disse que nunca tinha feito isto; que ele falou que teria que deixar Wagner a pé; que então ele pediu para pegar um mochila no porta malas e então eram as armas e coletes; que nem todos tinham coletes; que o interrogando vestiu um colete; que o interrogando pegou uma metralhadora; que o não sabe dizer quem pegou as outras armas; que tinha arma para todos e cada um pegou uma; que acha que Wagner pegou arma; que então foram em direção ao posto; que no posto o motorista parou o carro e disse é este aqui; que desceram e enquadraram; que foram dando voz de assalto; que no momento do assalto o interrogando e Wagner ficaram do lado de fora do posto; que ficaram observando se alguma viatura se aproximava; que no posto o interrogando não disparou; que não viu ninguém atirando no posto; [...] que na fuga trocaram de carro; que pararam na frente de um carro e pediram para a motorista descer pois iriam precisar do carro; que então saíram; que pegaram a Beira Mar de São José e depois a Ivo Silveira; que viram a polícia na Ivo Silveira; que o interrogando estava atrás no meio; que a viatura estava vindo atrás e então tentaram sair e a sinaleira estava fechada e bateram o carro; que antes de bater o carro não tinha ocorrido troca de tiros; que bateram o carro e ao tentar abrir as portas os policiais começaram a dar muito tiros em nós; que lembra

da reação do interrogando; que estavam dando um monte de tiros e então saiu pelo banco da frente, pelo meio dos bancos; que ao tentar descer tomou um tiro nas costas; que tentou sair pela porta do caroneiro; que sentiu que tinha sido baleado e nem olhou para trás; que a reação foi colocar a arma para trás e dar uns tiros meio para o chão; que atirou sem olhar; que tomou o segundo tiro; que então pulou um muro e caiu dentro de um quintal grande e pulou mais um muro e ficou em um quintal de uma casa de dois andares;

Wagner não foi diferente (fls. 310/312):

[...] estava no morro das Pedras, pela manhã; [...] que ao chegar na praia se deparou com o Corsa, onde estava C. da S.; [...] que C. da S. estava com mais três rapazes e convidou para dar uma volta com eles; [...] que no caminho ele parou o carro e pediu para o interrogando pegar algo no porta malas; que viu que tinha um monte de armas e ficou nervoso de pegar as armas; que passou para eles; que quando chegaram no posto eles pararam o carro e saíram todos; que o interrogando ficou ao lado do carro; que nisto escutou os disparos de arma de fogo e eles vieram correndo; que entrou no carro e seguiram em direção a São José e viram um Golf com uma senhora; que foi pego o Golf na hora; que continuaram e nas proximidades da Ivo Silveira colidiram na traseiro de um onibus; que neste momento começou a rolar troca de tiros; que abriu a porta e saiu correndo; que o interrogando estava do lado direito, no banco de trás; que o interrogando não atirou; que o interrogando, C. da S. e dois menores correram para a casa atrás da Celesc; [...] que na fuga não usou armas, não utilizou armas durante a fuga; que não atirou em ninguém; que não viu quem atirou; que ficou apavorado e saiu correndo; [...] que quando ele pediu para pegar a arma eles não falaram nada para o interrogando; que pegou as armas um pouco antes do posto; que eles saíram do carro e então entregou para eles e entraram no carro; que ficou com medo de voltar atrás; que ouviu tiros no posto, mas não sabe quem disparou; que saíram com um Corsa preto e abordaram um Golf em São José; que o carro estava parado e tinha uma senhora; que não sabe quem abordou a senhora; que o interrogando estava na parte de trás, do lado direito;

Conquanto ouvidos apenas na Delegacia, é de registrar os depoimentos dos referidos adolescentes envolvidos, os quais igualmente confirmaram

o assalto e a posterior perseguição policial (C. da S., às fls. 118/120; G. E. F. N., às fls. 121/122; D. A. dos S., às fls. 143/144).

Por fim, cita-se o relato em Juízo do policial Everton Assis Martins, que participou da perseguição aos assaltantes (fls. 301/302):

[...] receberam informações via Copom e no deslocamento deparou-se com o veículo; que na verdade na metade do trajeto eles tomaram outro veículo; que eles saíram com um Corsa e tomaram um Golf; que o Golf foi visto próximo ao diário catarinense, no início da Av. Ivo Silveira; que a guarnição acompanhou o veículo e tentou dar ordem de parada e não foi obedecida e eles perceberam a presença da viatura e aceleraram mais ainda, cortando os carros, esbarrando nas laterais do carros; que na frente do elevado, próximo ao Angeloni eles efetuaram vários disparos contra a guarnição, estourando o vidro traseiro do Golf; que neste momento a guarnição não revidou pois havia muitos veículos; que na frente da Celesc eles se depararam com um onibus e um cegonha e colidiram; que quebrou a roda do Golf; que a guarnição estava logo atrás e foi recebida a tiros; que eles desceram atirando; que foi revidado; que os mesmos se evadiram a pé pelo interior do pátio da Celesc; que a todo momento efetuando disparos contra a guarnição; [...] a viatura foi atingida no pneu traseiro; que o borracheiro tirou um projétil; que vidro e na carroceria não havia; que no Golf havia três projéteis na lateral da porta do motorista; que no onibus também havia disparos; que eles direcionavam os disparos para a viatura; [...] que os policiais não foram atingidos; que eles foram atingidos; que pelo que recorda três ou quatro foram atingidos;

Portanto, vê-se que o conjunto probatório deixa evidente a ocorrência tanto do roubo praticado no aludido posto de combustíveis quanto a posterior perseguição policial, onde houve resistência por parte dos assaltantes, que tiveram a fuga obstada ao colidirem em um ônibus na Avenida Ivo Silveira, próximo a Celesc, já em Florianópolis.

Assim, concluindo que a subtração patrimonial e o resultado morte não se consumaram por circunstâncias alheias à vontade dos recorrentes, a

Julgadora entendeu por condená-los pelo crime de latrocínio tentado (art. 157, § 3º, segunda parte, c/c art. 14, II, CP).

Com efeito, sabe-se que latrocínio é um crime de roubo em que o agente, por qualquer circunstância, seja para assegurar a posse tranquila da coisa subtraída, seja para garantir a impunidade, acaba por ceifar a vida de alguém, notadamente a vítima.

Indo além, Cezar Roberto Bittencourt esclarece:

Tratando-se de crime complexo, cujos crimes membros são roubo e morte, surgem grandes dificuldades interpretativas quando algum de seus componentes não se consuma. Sem sombra de dúvida, porém, quando não se consumir nem a subtração nem a morte, a tentativa será de latrocínio (*Tratado de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. p.113).

Ocorre que, no caso em análise, o que ficou evidente da prova coletada, como visto, é que os réus não investiram contra a vida de policiais ou de civis no momento do assalto.

Pelo contrário. Perpetrado o roubo no posto de combustíveis, o qual é localizado na BR 101, bairro Fazenda Santo Antônio, em São José, os réus e os adolescentes empreenderam fuga e, acionados, os agentes públicos vieram a avistar os assaltantes momentos após, já na Avenida Ivo Silveira, em Florianópolis, instante em que se deu início à perseguição policial.

Ou seja, revela-se nítido que, muito embora desdobradas no mesmo contexto fático, as condutas dos réus não se traduziram numa unidade delituosa, como requer o crime de latrocínio, mas sim em desígnios independentes, configuradores dos delitos autônomos de roubo e de resistência, consoante a lição de Guilherme de Souza Nucci:

Roubo e resistência: cremos perfeitamente possível a configuração do crime de resistência se, durante a prática de um roubo, o agente volta-se violentamente contra agentes da polícia que pretendam prendê-lo. A violência para assegurar a posse da coisa subtraída é

uma, não se podendo confundir com a outra, usada para afastar o funcionário público do exercício de sua função, ainda que no mesmo contexto. Os objetos protegidos são diversos (patrimônio, no primeiro caso, e Administração Pública, no outro) (*Código Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1135).

Celso Delmanto *et alii* também trazem em sua obra:

Se, logo após o roubo a mão armada, resiste à ordem de prisão e efetua disparo contra policiais, sem contudo os atingir, não há tentativa de latrocínio, senão tentativa de roubo agravado pelo emprego de arma, em concurso material com o crime de resistência (TACrSP, RT 785/618) (*Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 577).

O Superior Tribunal de Justiça igualmente já assentou:

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO E RESISTÊNCIA. CONCURSO MATERIAL. POSSIBILIDADE. AMEAÇAS PLENAMENTE CINDÍVEIS. CONSUMAÇÃO DO CRIME DE ROUBO. CONFIRMAÇÃO. RESISTÊNCIA. RESTABELECIMENTO DO ÉDITO CONDENATÓRIO [...]

O delito de roubo consuma-se com a simples posse, ainda que breve, da coisa alheia móvel, subtraída mediante violência ou grave ameaça, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima.

Havendo a cisão temporal das ameaças, uma dirigida à vítima do roubo e a outra aos funcionários públicos responsáveis pela prisão do réu, tem-se como caracterizado o concurso material entre os delitos de roubo e resistência (REsp n. 674.166 / RS. Relator: Min. Gilson Dipp. Julgado em 2.12.2004).

E o Tribunal Catarinense também já decidiu:

ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES E RESISTÊNCIA (CP, ARTS. 157, § 2º, INCS. I E II E 329, “CAPUT”). RÉU QUE, DURANTE ASSALTO PERPETRADO COM AUXÍLIO DE TERCEIRO E MEDIANTE CONSTRANGIMENTO PROVOCADO POR ARMA DE FOGO, ADVERTIDO PELA APROXIMAÇÃO DA POLÍCIA, PARTE EM FUGA, DESFERINDO TIROS CONTRA A GUARNIÇÃO QUE TENTAVA ALCANÇÁ-LO PARA

O CUMPRIMENTO DE ATO LEGAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. RELATOS DAS VÍTIMAS E DOS POLICIAIS QUE MERECEM CREDIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DO APELANTE PELAS CONDUTAS ILÍCITAS ESTREME DE DÚVIDAS. CONDENAÇÃO MANTIDA (Apelação Criminal n. 2008.081350-4. Relator: Des. Irineu João da Silva. Julgada em 3.3.2009).

Não se olvida que há precedentes nesta Corte dando respaldo à conclusão a que se chegou na sentença.

Porém, esta Câmara já enfrentou a matéria em outra oportunidade, em julgado da lavra deste Relator, cujo entendimento restou firmado no sentido do concurso material entre os crimes de roubo e de resistência, senão vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO POR TENTATIVA DE LATROCÍNIO (ART. 157, § 3º, SEGUNDA PARTE, C/C ART. 14, II, CP), POR DUAS VEZES EM CONCURSO FORMAL (ART. 70, CP). RÉUS QUE, APÓS FUGA DO LOCAL ONDE PRATICARAM O ROUBO, SÃO PERSEGUIDOS PELA POLÍCIA E PROCEDEM À TROCA DE TIROS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS, PORÉM TIPIFICAÇÃO INADEQUADA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA *EMENDATIO LIBELLI* (ART. 383, CPP) EM GRAU RECURSAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA OS CRIMES DE ROUBO CONSUMADO, CIRCUNSTANCIADO POR EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS (ART. 157, § 2º, I E II, CP), POR DUAS VEZES EM CONCURSO FORMAL (ART. 70, CP), E DE RESISTÊNCIA (ART. 329, CP) (Apelação Criminal n. 2008.074964-9. Julgada em 6.7.2009).

Vale citar também a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. LATROCÍNIO TENTADO. DESCLASSIFICAÇÃO. ROUBO TRIPLAMENTE MAJORADO E RESISTÊNCIA PRATICADOS EM CONCURSO MATERIAL.

[...]

Juízo de adequação típica. Desclassificação operada. Latrocínio tentado para roubo triplamente majorado e resistência. A ação positiva descrita na peça incoativa se amolda nos modelos previstos na lei penal em seus artigos 157 e 329, descritivos dos delitos de roubo majorado consumado e resistência. Depreende-se claramente da própria descrição fática contida na denúncia que a intenção primeira dos agentes na hipótese dos autos, depois de consumado o roubo, era a de se opor à execução do ato dos policiais, consistente na sua prisão em flagrante, mediante o emprego de violência (pela fuga e desferimento de tiros contra a guarnição policial). E a prova dos autos, colhida durante a instrução do feito, não deixa dúvidas quanto a essa conformação do elemento subjetivo dos agentes, confirmando a ocorrência de delitos autônomos, destinando-se a ameaça com emprego de arma à prática do roubo e, posteriormente, o desferimento de tiros contra os policiais, à resistência (Apelação Crime n. 70026802512. Relator: Des. Dálvio Leite Dias Teixeira. Julgada em 7.10.2009).

Ou ainda:

APELAÇÃO CRIME. LATROCÍNIO TENTADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA E RESISTÊNCIA [...]

POSSIBILIDADE DESCLASSIFICATÓRIA. PRECEDENTE DA CÂMARA. ROUBO CONSUMADO E RESISTÊNCIA.

Sendo o latrocínio um crime complexo, onde a finalidade é o roubo e o meio utilizado é o homicídio, na espécie, a conduta do réu, que subtraiu a *res*, mediante emprego de arma e depois foi localizado pelo policial militar e contra ele desferiu tiros, com a finalidade de se opor à prisão, não se configura tentativa de latrocínio, mas, na verdade, os crimes autônomos de roubo consumado majorado pelo emprego de arma, art.157, § 2º, I, do Código Penal, e resistência, na forma do art. 329, do mesmo diploma legal (Apelação Crime n. 70028173664. Relatora: Desa. Isabel de Borba Lucas. Julgada em 1.4.2009).

Nesse passo, diante da cisão temporal evidenciada entre as condutas, o delito pelo qual restaram condenados os réus deve ser desclassificado

para os crimes de roubo e de resistência, cumprindo examinar, todavia, se ambos restaram devidamente configurados.

Antes, é de anotar que, nos termos do art. 617 do Código de Processo Penal, a desclassificação do delito que ora se procede não ofende o princípio do devido processo legal, pois todos os elementos constitutivos dos tipos a que aludem os crimes de roubo e de resistência (objetivos, subjetivos e normativos) estão devidamente descritos na denúncia, e como é sabido, o réu defende-se do fato delituoso narrado na exordial acusatória, e não da classificação penal dela constante.

A respeito, vale citar o esclarecimento de Julio Fabbrini Mirabete sobre o citado dispositivo:

Permite o dispositivo que o tribunal desclassifique a infração, nos termos do art. 383, dando ao fato definição diversa daquela constante da denúncia ou da sentença. É possível, assim, a *emendatio libelli* também em segundo grau, independentemente de pedido específico, mesmo em recurso exclusivo do réu. Nesta hipótese, porém, não se lhe pode agravar a pena (*Código de Processo Penal interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 1587).

E a jurisprudência desta Corte não destoa:

Mesmo em caso de recurso exclusivo da defesa, é lícito ao juízo *ad quem* alterar a classificação jurídica oferecida na denúncia, se esta descreve detalhadamente o novo tipo penal (Apelação Criminal n. 98.016326-9. Relator: Des. Paulo Gallotti. Julgada em 23.2.1999).

Também:

O Tribunal de segunda instância pode dar nova definição jurídica ao fato constante da denúncia (arts. 383 e 617, CPP); assim procedendo, não hostiliza o princípio do contraditório ou a garantia da amplitude da defesa (Apelação criminal n. 27.485, de Balneário Camboriú. Relator: Des. Nilton Macedo Machado. Julgada em 4.9.1992).

Assim, com relação ao primeiro delito, referente aos fatos ocorridos no posto de combustíveis, trata-se de roubo circunstanciado pelo emprego de arma e pelo concurso de agentes (art. 157, § 2º, I e II, CP), conforme visto na análise da prova oral, notadamente da confissão dos apelantes, não havendo dúvidas quanto à sua consumação, a teor do entendimento consolidado na jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “A conduta da subtração de coisa alheia se aperfeiçoa no momento em que o sujeito ativo passa a ter a posse da *res* fora da esfera da vigilância da vítima, tendo sido também caracterizada a violência ou a grave ameaça exercida contra o ofendido. A circunstância de ter havido perseguição policial após a subtração, com subsequente prisão do agente do crime, não permite a configuração de eventual tentativa do crime contra o patrimônio, cuidando-se de crime consumado” (HC n. 89.448-7 / SP. Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgado em 27.5.2008).

Outrossim, conquanto os réus não tenham executado diretamente a subtração, ficou evidente a convergência de desígnios entre os assaltantes na perpetração do crime, eis que a todo momento atuaram conjuntamente para o planejamento e para a consumação do roubo, tanto na ida ao local do crime quanto na fuga, além de terem permanecido do lado de fora do estabelecimento dando cobertura aos executores imediatos da subtração, de sorte a se revelar totalmente descabido o pretendido reconhecimento da participação de menor importância (art. 29, § 1º, CP).

Esta Corte Estadual é pacífica nesse sentido:

A conduta do agente, dando “cobertura” durante o roubo e servindo de motorista, em autêntica divisão de tarefas, concretiza co-autoria no crime, e não simples participação de menor importância (Apelação Criminal n. 2007.029477-0. Relator: Des. Amaral e Silva. Julgada em 9.4.2008).

Já no que tange ao segundo delito, consistente nos fatos ocorridos durante a perseguição policial, vale repetir os seguintes trechos do que

relatado em Juízo pelo policial Everton Assis Martins, que participou dessa captura (fls. 301/302):

[...] a guarnição acompanhou o veículo e tentou dar ordem de parada e não foi obedecida e eles perceberam a presença da viatura e aceleraram mais ainda, cortando os carros, esbarrando nas laterais do carros; que na frente do elevador, próximo ao Angeloni eles efetuaram vários disparos contra a guarnição, estourando o vidro traseiro do Golf; que neste momento a guarnição não revidou pois havia muitos veículos; que na frente da Celesc eles se depararam com um onibus e um cegonha e colidiram; que quebrou a roda do Golf; que a guarnição estava logo atrás e foi recebida a tiros; que eles desceram atirando; que foi revidado; que os mesmos se evadiram a pé pelo interior do pátio da Celesc; que a todo momento efetuando disparos contra a guarnição; [...] a viatura foi atingida no pneu traseiro; que o borracheiro tirou um projétil; que vidro e na carroceria não havia; que no Golf havia três projéteis na lateral da porta do motorista; que no onibus também havia disparos; que eles direcionavam os disparos para a viatura; [...] que os policiais não foram atingidos; que eles foram atingidos; que pelo que recorda três ou quatro foram atingidos;

Vale transcrever novamente também os depoimentos dos apelantes na fase judicial. Disse Cléberson (fls. 305/307):

[...] que pegaram a Beira Mar de São José e depois a Ivo Silveira; que viram a polícia na Ivo Silveira; [...] que a viatura estava vindo atrás e então tentaram sair e a sinaleira estava fechada e bateram o carro; que antes de bater o carro não tinha ocorrido troca de tiros; que bateram o carro e ao tentar abrir as portas os policiais começaram a dar muito tiros em nós; que lembra da reação do interrogando; que estavam dando um monte de tiros e então saiu pelo banco da frente, pelo meio dos bancos; que ao tentar descer tomou um tiro nas costas; que tentou sair pela porta do caroneiro; que sentiu que tinha sido baleado e nem olhou para trás; que a reação foi colocar a arma para trás e dar uns tiros meio para o chão; que atirou sem olhar; que tomou o segundo tiro; que então pulou um muro e caiu dentro de um quintal grande e pulou mais um muro e ficou em um quintal de uma casa de dois andares;

E Wagner afirmou (fls. 310/312):

[...] não atirou em ninguém; que não viu quem atirou; que ficou apavorado e saiu correndo; [...] que quando ele pediu para pegar a arma eles não falaram nada para o interrogando; que pegou as armas um pouco antes do posto;

Os adolescentes envolvidos igualmente declararam perante a autoridade policial, destacando-se as palavras de C. da S. (fls. 118/120):

Que começaram a ser acompanhados por viaturas da Polícia Militar; Que como havia fila na Avenida Ivo Silveira, tentou abrir espaço entre os veículos, até bater na lateral de um ônibus; Que após a colisão, abandonou o veículo, junto com os outros assaltantes; Que na hora em que saiu do veículo, bateu com o rosto no chão, abandonando o dinheiro roubado e indo em direção a uma residência próxima a CELESC; Que neste momento estava com uma das metralhadoras;

No mesmo sentido foram os relatos de G. E. F. N. (fls. 121/122) e de D. A. dos S. (fls. 143/144), merecendo registro o que afirmado por este último:

Que continuaram a fuga, passando por uma viatura da Polícia Militar que começou a persegui-los; Que trocaram tiros com os Policiais Militares até baterem o veículo em que estavam; Que após a batida, todos desceram do carro, entraram em um “pátio grande” e invadiram uma residência;

É de reconhecer, com efeito, que tanto os veículos referidos pelos agentes policiais, os quais teriam sido atingidos pelos disparos dos assaltantes (viatura policial e ônibus), quanto as armas por estes utilizadas, apreendidas na operação (Termos de Apreensão às fls. 23, 25, 26, 27 e 75), não foram periciadas, ressaltando-se que não haveria o mínimo de dificuldades para tanto.

Desse modo, cogitar-se-ia de que a materialidade deste crime não estaria comprovada, porquanto tais fatos deixaram vestígios e, por força do art. 158 do Código de Processo Penal, o exame de corpo de delito seria imprescindível neste caso, não sendo possível supri-lo nem pela confissão dos acusados, nem pela prova testemunhal, considerando que em momento

algum a perícia se revelou impossibilitada, eis que os vestígios não haviam desaparecido.

Veja-se:

O exame de corpo de delito indireto, fundado em prova testemunhal idônea e/ou em outros meios de prova consistentes (CPP, art. 167) revela-se legítimo, desde que, por não mais subsistirem vestígios sensíveis do fato delituoso, não se viabilize a realização do exame direto (STF, HC n. 85.955 / RJ. Relatora: Min. Ellen Gracie. Julgado em 5.8.2008).

Também:

O exame de corpo de delito direto é imprescindível nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas ser suprido pela prova testemunhal quando não puderem ser mais colhidos. Logo, se era possível a realização da perícia, e esta não ocorreu de acordo com as normas pertinentes (art. 159 do CPP), a prova testemunhal não supre sua ausência (STJ, HC n. 151.272 / DF. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 21.10.2010).

Ocorre que o delito em questão não se configura apenas mediante a violência, mas também pela ameaça ao agente público.

Ensina Cezar Roberto Bitencourt que “a *violência* também pode consistir na *simples ameaça*, que, curiosamente, o legislador, nessa figura típica, não exige que seja *grave*, ao contrário do que normalmente se faz nas tipificações que utilizam a *ameaça* equiparada à *violência*” (*Código Penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1232).

Na mesma linha, Luiz Régis Prado destaca:

A resistência pode se perfazer com uma simples ameaça, que pode ser real (v.g. brandir um punhal, apontar uma arma de fogo ao funcionário), verbal ou por escrito, quando o agente promete causar ao funcionário mal injusto e grave. A ameaça se concretiza ainda quando o agente se utiliza de arma de brinquedo ou inoperante, desde que suficiente para intimidar o agente público ou seu auxi-

liar (*Curso de direito penal brasileiro*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 4. p. 470).

Paulo José da Costa Júnior igualmente esclarece:

A ameaça pode ser real (apontar a arma, ainda que descarregada ou simulada), verbal ou escrita, realizada na presença do funcionário. Indispensável seja ela endereçada à pessoa do funcionário, ou de seus auxiliares (*Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 3. p. 505).

Assim, muito embora se possa afirmar que a materialidade dos disparos efetuados pelos assaltantes não esteja devidamente comprovada nos autos, pelas circunstâncias acima expostas, não resta qualquer dúvida que o simples fato de os réus e os menores terem exposto o forte armamento que possuíam (um metralhadora, uma submetralhadora, um revólver e duas pistolas) ao saírem do veículo que utilizavam, apontando-o para os agentes policiais - e deflagrando tiros, vale dizer, ainda que não comprovada tecnicamente a materialidade -, constitui condição apta a causar ameaça a estes servidores estatais e a configurar o crime de resistência, porquanto nítido se revelou o propósito de se oporem à execução de ato legal dos agente públicos no cumprimento de suas funções.

A jurisprudência desta Corte é tranquila:

CRIME DE RESISTÊNCIA - RECURSO DOS TRÊS RÉUS OBJETIVANDO A ABSOLVIÇÃO - ALEGADA AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA CONTRA OS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS - TIPO OBJETIVO QUE PREVÊ A OPOSIÇÃO DE AMEAÇA - RÉU QUE APONTA A ARMA DE FOGO EM DIREÇÃO DA VIATURA - CONDIÇÃO APTA A ENSEJAR UM MAL INJUSTO AOS POLICIAIS (Apelação Criminal n. 2007.013347-2. Relator: Des. Torres Marques. Julgada em 10.7.2007).

Também:

CRIME DE RESISTÊNCIA - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - RÉUS QUE TENTAM FRUSTRAR A AÇÃO POLICIAL DURANTE FUGA, DIRECIONANDO O

VEÍCULO EM QUE ESTAVAM CONTRA O DOS POLICIAIS, BEM COMO APONTANDO ARMA EM SUA DIREÇÃO - ÉDITO CONDENATÓRIO PRESERVADO (Apelação Criminal n. 2010.061226-0. Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho. Julgada em 15.3.2011).

Ou mais:

APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14 DA LEI N. 10.826/2003) E RESISTÊNCIA (ART. 329 DO CÓDIGO PENAL). AGENTE QUE, TENCIONANDO EVADIR-SE AO CUMPRIMENTO DE MANDADO DE PRISÃO, FOGE EM DESABALADA CARREIRA PORTANDO UM REVÓLVER NA CINTURA E QUE, DURANTE A FUGA, SACA O ARMAMENTO NO AFÃ DE AMEDRONTAR A AÇÃO DOS POLICIAIS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE, AUTORIA E OCORRÊNCIA DOS CRIMES DEVIDAMENTE DELINEADAS NO CONJUNTO PROBATÓRIO. SENTENÇA HÍGIDA. CONDENAÇÕES MANTIDAS. APELO NÃO PROVIDO (Apelação Criminal n. 2008.067431-1. Relator: Des. Tulio Pinheiro. Julgada em 25.11.2008).

E por estas razões é que a nulidade do processo suscitada na prefacial não resta caracterizada, pois o elemento configurador deste crime, como dito, consubstancia-se na ameaça infligida aos policiais, circunstância esta que, logicamente, não comporta exame de corpo de delito.

Diga-se, ainda, que a alegação de que a troca de tiros teria sido iniciada pelos agentes públicos não altera a caracterização do crime, pois “É irrelevante a falta de auto de resistência em nome do réu, não sendo correta, também, a afirmação de que a suposta abordagem violenta dos policiais afastaria a configuração do delito descrito no art. 329, *caput*, do CP” (HC n. 72.838 / MG. Relator: Min. Gilson Dipp. Julgado em 17.5.2007).

Os argumentos de que Wagner não teria efetuado qualquer disparo e de que Cléberson teria atirado apenas em direção ao chão também não são aptos a afastar a responsabilidade penal, pois a resistência, no caso, como

já dito, consistiu na ameaça aos policiais, e não propriamente nos disparos de arma de fogo, sendo certo que os réus colaboraram para efetuar aquelas ameaças, pois restou amplamente comprovado que todos portavam armas desde o início do roubo até a posterior rendição.

Portanto, tem-se como perfeitamente configurada a prática, por ambos os apelantes, do crime de resistência (art. 329, *caput*, CP).

2. Roubo circunstanciado tentado

Quanto a este segundo fato delituoso, almejam os recorrentes a absolvição, sob alegação de que não estaria comprovada a intenção de subtrair o veículo do proprietário da residência que invadiram, afirmando-se que Clébersem nem teria adentrado no imóvel, pois havia sido baleado antes, e que a finalidade de Wagner era apenas resguardar sua vida da investida policial.

Todavia, as provas coletadas efetivamente demonstram o contrário.

A vítima Braz Maia, proprietário da aludida residência, assim declarou na Delegacia (fls. 33/34):

Que no dia de hoje, às 08 horas aproximadamente, o declarante estava em sua residência, que fica nos fundos da Celesc, quando um indivíduo invadiu sua casa portando uma metralhadora “pequena”; Que percebeu que um outro elemento ficou no quintal de sua residência; Que o indivíduo que entrou em sua residência exigiu que o declarante entregasse a chave do carro para que pudesse fugir com seu comparsa; Que esse indivíduo estava com um colete cor azul marinho, era magro, moreno e de cabelos pretos e curtos; Que o declarante entregou a chave do veículo e foi levado pelo homem até o carro; Que sua esposa foi rendida pelo outro sujeito para que o declarante entregasse o veículo; Que ameaçados de morte pelos dois homens; Que quando o indivíduo que estava com o declarante entrou no veículo e tentou ligá-lo, o declarante se jogou sobre o mesmo, colocando a mão no gatilho da metralhadora e evitando que ele usasse a arma; Que o homem tentou se levantar e, ao perceber a aproximação de um policial, atirou em direção desse; Que como o

declarante estava segurando o homem, o disparo da metralhadora acabou atingindo o capô do veículo do declarante; Que o homem falou para que o declarante o soltasse senão seria morto; Que o declarante soltou-o e percebeu que referido homem invadiu a casa de seu vizinho;

Em Juízo, a vítima voltou a relatar detalhadamente os mesmos fatos (fl. 296):

[...] estava em casa e então a casa foi invadida por uma pessoa; que o réu Wagner invadiu a casa; que ele falou que queria a chave do carro para ir embora; que começaram a conversar e ele sentou no carro; que começaram a conversar; que falou que era melhor ele ir para o presídio; que estava cheio de policiais e falou que era melhor ir com vida para o presídio; que ele não agrediu o declarante; que então ele pediu que o declarante se afastasse pois ele iria dar o armamento para a polícia; que ele estava sozinho quando entrou na casa do deponente; que depois entrou o colega dele, o outro réu presente; que entrou primeiro o réu e depois o outro; que na casa do vizinho é que estavam em cinco; que os que entraram na casa do declarante tinha uma metralhadora; que ele estava com a arma pendurada; que deu a chave para ele; que já estava tudo cercado e por isso aconselhou ele a não dar tiro no policial; que ficou 40 minutos com ele até ele se entregar;

E como é amplamente sabido, nos crimes contra o patrimônio “As palavras das vítimas tem validade probatória e autorizam a prolação do decreto condenatório, especialmente quando procederam de maneira segura e coerente ao reconhecimento do réu como sendo o autor do crime, descrevendo com detalhes todo o desenrolar da ação delituosa, não existindo motivos para duvidar de suas assertivas” (Apelação Criminal n. 2003.013882-0. Relator: Des. Solon d’Eça Neves. Julgada em 2.9.2003).

Como se vê, Braz Maia foi preciso ao reconhecer os apelantes como sendo os homens que invadiram a sua casa. Foi claro também ao afirmar que Wagner, que portava uma metralhadora “pequena”, desistiu da subtração do veículo e deslocou-se para a residência vizinha, onde veio a ocorrer a

rendição. Portanto, tem-se que Cléberon teria permanecido no interior da casa da vítima.

E os agentes policiais que estavam presentes na negociação para a entrega dos assaltantes corroboram, todos sob o crivo do contraditório, as palavras da vítima.

André Luís Binder declarou que “o senhor ferido machucou a mão dando uma surra em um agente; que ele enfrentou um assaltante” (fls. 292/293).

Everton Assis Martins foi mais enfático (fls. 301/302):

[...] na frente da Celesc eles se depararam com um onibus e um cego-nheira e colidiram; [...] que os mesmos se evadiram a pé pelo interior do pátio da Celesc; que a todo momento efetuando disparos contra a guarnição; que eles dispararam até adentrar em um casa e tomar de assalto um veículo Celta de um senhor; que eles não obtiveram êxito pois o senhor entrou em luta corporal e eles desistiram e foram para outra residência; que então tomaram de refém um senhor; que tentaram sair da residência e viram os policiais; que foi pedido reforço e a casa foi cercada; que foram feitas as negociações com a guarnição do Bope e eles se entregaram, entregando as armas; [...] que Vagner estava com a sub-metralhadora; que Vagner não estava ferido; que o Cleberon apresentou nome falso e foi encaminhado para o hospital;

Adílio da Silva Filho igualmente asseverou (fl. (294):

[...] na residência foram presos três; que em um outro lugar foi preso um quarto envolvido; que não sabem quantos envolvidos no local do assalto; que eram três na residência e um na residência ao lado; que a negociação durou 40 minutos; que lembra do acusado Wagner; que ele estava na casa onde estavam os outros dois menores; que o réu Cleberon estava em outra casa;

Observa-se, assim, que todas as provas deixam evidente que os apelantes foram os autores da tentativa do roubo, não havendo dúvidas, inclusive, de que Cléberon invadiu a residência da vítima e que atuou em

coautoria com Wagner na pretendida subtração do veículo para empreenderem fuga, seja pelas palavras coerentes e detalhadas tecidas em ambas as fases de instrução pela vítima, a qual procedeu ao reconhecimento pessoal dos acusados e que foi corroborada pelos agentes policiais, também sob o crivo do contraditório, seja pelas isoladas e inconsistentes versões dos fatos apresentadas pelos réus.

A propósito:

APELAÇÃO CRIMINAL - TENTATIVA DE ROUBO - AGENTE QUE INVADE O VEÍCULO DA VÍTIMA E, SIMULANDO PORTAR UMA ARMA, ANUNCIA O ASSALTO, SOMENTE NÃO CONSUMANDO O DELITO POR CIRCUNSTÂNCIAS ALHEIAS À SUA VONTADE.

PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE FURTO – IMPOSSIBILIDADE - TENTATIVA DE SUBTRAÇÃO DE COISA ALHEIA MEDIANTE O EMPREGO DE GRAVE AMEAÇA CARACTERIZADA - PALAVRAS DA VÍTIMA EM HARMONIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA (Apelação Criminal n. 2008.026737-4. Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas. Julgada em 31.3.2009).

Diante disso, insustentável o pleito absolutório.

3. Dosimetria

Diante da desclassificação operada ao crime de latrocínio tentado, passa-se à aplicação das penas aos respectivos delitos resultantes.

a) Roubo circunstanciado pelo emprego de arma e pelo concurso de pessoas

Tem-se que a pena cominada em abstrato para este crime (art. 157, CP) é de 4 (quatro) a 10 (dez) anos de reclusão e multa.

Conforme bem examinado na sentença, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal são favoráveis aos réus, a saber: a culpabilidade, entendida como juízo de reprovabilidade da conduta, não ultrapassou o grau médio; não há registro de antecedentes criminais; não constam elementos nos autos a se aferir qualquer conclusão a respeito da conduta social ou personalidade dos agentes; os motivos e as circunstâncias são normais ao tipo penal; as consequências não foram graves; o comportamento das vítimas em nada contribuiu para a prática do delito.

Assim, a pena-base de ambos os apelantes permanece no mínimo legal: 4 (quatro) anos de reclusão, e 10 (dez) dias-multa. Com fulcro no previsto nos arts. 49, §§ 1º e 2º, e 60, *caput*, ambos do Código Penal, o valor do dia-multa é fixado em 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos monetariamente.

Na segunda fase, não se verificam circunstâncias agravantes em relação a Wagner. Já para Cléber, incide a agravante da reincidência (art. 61, I, CP), como demonstra a certidão à fl. 161, sendo elevada a reprimenda em 8 (oito) meses de reclusão, correspondentes à fração de 1/6 (um sexto) consolidada neste Tribunal de Justiça, no seguinte sentido:

Apesar da ausência de previsão no Código Penal acerca do *quantum* a ser utilizado frente à verificação de circunstâncias legais, a orientação predominante nesta superior instância é no sentido de adotar-se, no cálculo, a quantia de 1/6, incidindo sobre a pena-base (Apelação Criminal n. 2008.050108-7. Relatora: Desa. Salete Silva Sommariva. Julgada em 10.11.2009).

Reconhece-se, também, para ambos os acusados, a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, CP). A pena de Wagner, no entanto, é mantida no patamar de 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, a teor da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. Para Cléber, minora-se a reprimenda em 6 (seis) meses de reclusão, *quantum* este inferior ao aplicado para a agravante da reincidência em razão da preponderância

que a esta deve ser conferida, seja pelo disposto no art. 67 do Código Penal, seja pela jurisprudência que vem se firmando nesta Corte, baseada nos precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Veja-se:

A circunstância agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do CPB. Precedentes do STJ (HC 127. 538 / MS. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 6.8.2009).

E de nosso Tribunal de Justiça:

Presentes a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, esta última prevalece na segunda fase da dosimetria da pena, pois o seu caráter preponderante vem legalmente previsto no art. 67 do Código Penal (Apelação Criminal n. 2006.010834-2. Relator: Des. Solon d'Eça Neves. Julgada em 23.5.2006).

Assim, totaliza-se a pena de Cléberon, nesta fase, em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão. A pena de multa não sofre alterações.

Na terceira etapa de cálculo, tem-se a presença das circunstâncias do emprego de arma e do concurso de pessoas a incidir para ambos os reincidentes, de modo a ser elevada a sanção em $3/8$ (três oitavos), consoante entendimento adotado por esta Corte de Justiça:

Presentes as circunstâncias previstas no parágrafo 2º, do artigo 157 do Código Penal, o aumento da pena deve ser dosado da seguinte forma: presente uma circunstância, aumenta-se em um terço; se forem duas, aumenta-se de $3/8$; se três, de $5/12$; se quatro, de $11/24$, e, por fim, coexistindo todas as cinco circunstâncias, a pena deve ser aumentada da metade (Apelação Criminal n. 2008.038211-9. Relator: Des. Cláudio Valdyr Helfenstein. Julgada em 17.2.2009).

É de consignar que o *quantum* ora aplicado mostra-se razoável e proporcional em face das circunstâncias que envolveram o caso (concurso de cinco pessoas, sendo três menores, utilização de armamento pesado e de coletes balísticos com inscrição “Polícia Civil”).

Portanto, a pena de Wagner resulta em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e a de Cléberon totaliza-se em 5 (cinco) anos, 8 (oito) meses e 21 (vinte e um) dias de reclusão.

Em relação à quantidade de dias-multa, o entendimento jurisprudencial é no sentido de que “A fixação dos dias-multa deve ser proporcional à pena privativa de liberdade, observadas, nesse cálculo, as circunstâncias judiciais, atenuantes, agravantes e causas de aumento ou de diminuição” (Apelação Criminal n. 2006.048704-2. Relator: Des. Amaral e Silva. Julgada em 13.3.2007).

Assim, considerando a pena privativa de liberdade cominada em abstrato para o crime de roubo, tem-se a margem de 6 (seis) anos de elevação, o que leva à seguinte conclusão: para Wagner, 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão majorados representam 25% (vinte e cinco por cento) daquela referida margem, o que equivale a 87 (oitenta e sete) dias-multa de elevação, levando-se em conta os limites mínimo e máximo de 10 (dez) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa desta modalidade de pena, resultando, então, em 97 (noventa e sete) dias-multa; para Cléberon, 1 (um) ano, 8 (oito) meses e 21 (vinte e um) dias de reclusão majorados representam cerca de 28% (vinte e oito por cento) daquela referida margem, o que equivale a 98 (noventa e oito) dias-multa de elevação, levando-se em conta os limites mínimo e máximo de 10 (dez) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa desta modalidade de pena, resultando, então, em 108 (cento e oito) dias-multa.

Porém, uma vez que se trata de recurso exclusivo da defesa, a pena pecuniária, para ambos os apelantes, deve ser mantida no patamar de 5 (cinco) dias-multa fixados na sentença, diante da vedação da *reformatio in pejus*, tal como adverte, inclusive, o art. 617 do Código de Processo Penal.

b) Resistência

Tem-se que a pena cominada em abstrato para este crime (art. 329, *caput*, CP) é de 2 (dois) meses a 2 (dois) anos de detenção.

Também nos mesmos termos do que examinado na sentença, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal são favoráveis aos réus, a saber: a culpabilidade, entendida como juízo de reprovabilidade da conduta, não ultrapassou o grau médio; não há registro de antecedentes criminais; não constam elementos nos autos a se aferir qualquer conclusão a respeito da conduta social ou personalidade dos agentes; os motivos e as circunstâncias são normais ao tipo penal; as consequências não foram graves; o comportamento das vítimas em nada contribuiu para a prática do delito.

Assim, a pena-base de ambos os apelantes permanece no mínimo legal: 2 (dois) meses de detenção.

Na segunda fase, não se verificam circunstâncias agravantes em relação a Wagner. Já para Cléber, incide a agravante da reincidência (art. 61, I, CP), assim demonstrada pela certidão à fl. 161, sendo elevada a reprimenda em 10 (dez) dias de detenção, correspondentes à fração de 1/6 (um sexto) consolidada neste Tribunal de Justiça, como antes enfatizado.

Reconhece-se, também, para ambos os acusados, a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, CP). A pena de Wagner, no entanto, é mantida no patamar de 2 (dois) meses de detenção, a teor da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. Para Cléber, minorar-se a reprimenda em 5 (cinco) dias de detenção, *quantum* este inferior ao aplicado para a agravante da reincidência em razão da preponderância que a esta deve ser conferida, seja pelo disposto no art. 67 do Código Penal, seja pela jurisprudência que vem se firmando nesta Corte, baseada nos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, também como já salientado. Desse modo, totaliza-se a pena de Cléber, nesta fase, em 2 (dois) meses e 5 (cinco) dias de detenção.

Por fim, não há causas de aumento ou de diminuição da reprimenda a serem aplicadas aos acusados na terceira etapa de cálculo, razão pela torna-se definitiva no patamar até então fixado.

c) Concurso material

Levando-se em conta que todos os crimes pelos quais os apelantes restaram condenados (roubo duplamente circunstanciado, resistência e roubo triplamente circunstanciado) foram cometidos em concurso material, a pena final de cada réu, nos termos do art. 69 do Código Penal, totaliza-se: para Cléberson, em 9 (nove) anos, 6 (seis) meses e 1 (um) dia de reclusão, 2 (dois) meses e 5 (cinco) dias de detenção, e 14 (catorze) dias-multa; para Wagner, em 8 (oito) anos, 3 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão, 2 (dois) meses de detenção, e 14 (catorze) dias-multa.

Assim, nos termos do disposto no art. 33, § 2º, *a*, do Código Penal, o regime inicial de cumprimento das reprimendas de reclusão, para ambos os recorrentes, permanece no fechado.

À pena de detenção, fixa-se o regime inicial semiaberto para Cléberson, com fulcro no art. 33, *caput* e § 2º, *b*, do Código Penal e na Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça, e o inicial aberto para Wagner, nos termos do art. 33, *caput* e § 2º, *c*, do Código Penal.

Incabíveis a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito e a sua suspensão condicional, porque não preenchidos os requisitos elencados, respectivamente, no art. 44, I, e art. 77, *caput*, ambos do Código Penal, sendo em relação réu Cléberson também por motivo da reincidência.

Destarte, voto pelo provimento parcial do recurso para desclassificar o crime de latrocínio tentado para os crimes de roubo circunstanciado pelo emprego de arma e pelo concurso de pessoas consumado e de resistência consumado, readequando-se as penas nos moldes acima delineados.

DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara dá parcial provimento ao recurso para, em favor de ambos os réus, desclassificar o crime descrito no art. 157, § 3º, segunda parte, c/c art. 14, II, do Código Penal, para os crimes descritos nos arts. 157, § 2º, I e II, e 329, *caput*, do Código Penal, fixando as penas nos seguintes termos: a) Cléber Cardoso da Silva, em 5 (cinco) anos, 8 (oito) meses e 21 (vinte e um) dias de reclusão, e 5 (cinco) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato, corrigidos monetariamente, para o crime descrito no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, e em 2 (dois) meses e 5 (cinco) dias de detenção, no regime inicial semiaberto, para o crime descrito no art. 329, *caput*, do Código Penal; b) Wagner da Silva, em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 5 (cinco) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato, corrigidos monetariamente, para o crime descrito no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, e em 2 (dois) meses de detenção, no regime inicial aberto, para o crime descrito no art. 329, *caput*, do Código Penal. Ficam mantidas as demais deliberações cominadas na sentença.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Rui Fortes, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. José Everaldo Silva. Funcionou pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Ivens José Thives de Carvalho.

Florianópolis, 5 de julho de 2011.

Newton Varella Júnior
RELATOR

Recurso Criminal n. 2011.060143-5, da Capital

Relator: Des. Newton Varella Júnior

RECURSO CRIMINAL. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO, EM COAUTORIA (ART. 121, § 2º, I E IV, C/C O ART. 29, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL). DECISÃO DE PRONÚNCIA QUE ESTARIA FUNDAMENTADA APENAS EM ELEMENTOS COLHIDOS NA FASE POLICIAL. POSSIBILIDADE. HIPÓTESE EM QUE O MAGISTRADO DE ORIGEM MOTIVOU O SEU ENTENDIMENTO TANTO EM DEPOIMENTOS PRESTADOS PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL, QUANTO NA CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL DO RECORRENTE. PRETENDIDA DESPRONÚNCIA. PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DA COAUTORIA.

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 2011.060143-5, da Comarca da Capital (Vara do Tribunal do Júri), em que é recorrente Claudionor Reis, e recorrido Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas de lei.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Hilton Cunha Júnior, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. José Everaldo Silva. Funcionou pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 6 de setembro de 2011.

Newton Varella Júnior
RELATOR

RELATÓRIO

Claudionor Reis interpôs recurso em sentido estrito contra decisão que admitiu a acusação contra ele ofertada e o pronunciou para ser oportunamente submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, I (motivo torpe) e IV (emprego de recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima), c/c o art. 29, ambos do Código Penal.

Irresignado, pede a reforma da decisão, objetivando ser impronunciado (despronunciado), sob o argumento de inexistência de produção de prova judicial para amparar a pronúncia. Alega que o único ato instrutório realizado na fase judicial foi o interrogatório do réu, oportunidade em que foi negada a prática delitiva. Diz ser inadmissível a condenação com base em provas colhidas exclusivamente na fase policial, consoante prevê o art. 155 do Código de Processo Penal (fls. 467/471).

Nas contrarrazões, o representante do Ministério Público defende a manutenção da decisão recorrida, tendo em vista que, muito embora o recorrente tenha se auto atribuído o nome de Claudionor dos Santos, o que já foi esclarecido no curso da instrução, houve confissão da autoria do crime, de modo que a alteração do seu interrogatório na fase judicial nada altera a realidade dos fatos (fls. 476/483).

Mantida a decisão na fase do art. 589 do CPP, os autos ascenderam a esta instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Raul Schaefer Filho, manifestou-se pelo não provimento das razões recursais (fls. 489/492).

VOTO

Inicialmente faz-se necessário esclarecer que, muito embora este relator tenha sido responsável pelo recebimento da peça acusatória na instância originária (cf. fl. 48 - vol.1), a prolação de decisão interlocutó-

ria simples, sem qualquer carga decisória, não tem o condão de ensejar impedimento para o julgamento da causa, em grau de recurso, uma vez que na ocasião não houve pronunciamento de fato ou de direito sobre a questão tratada nesta ação.

A propósito, confira-se o seguinte precedente do colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. IMPEDIMENTO. JUIZ. O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA NÃO ENSEJA O IMPEDIMENTO DO JUIZ (ART. 252 DO CPP) EM OUTRA INSTÂNCIA, QUANDO NÃO HOUVE PRONUNCIAMENTO DE FATO OU DE DIREITO SOBRE A QUESTÃO. DECISÃO QUE SE MANTÉM POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (AgRg no Ag 71509/AC, Quinta Turma, Rel. Min. Assis Toledo, j. 05/3/1996, DJ 08/4/1996, p. 10479)

Isso apresentado, o recurso deve ser conhecido, por ser próprio e tempestivo, bem como por atender os demais pressupostos processuais objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Narra a denúncia que:

No dia 23 de fevereiro de 2004, por volta das 13 horas, na Escadaria Álvaro Ramos, defronte ao n. 594, na Trindade, nesta Capital, os denunciados Claudionor dos Santos (posteriormente identificado como Claudionor Reis), Ricardo Jesus e Carlos Felipe de Almeida Schutt, previamente acertados e com identidade de propósitos, impelidos por vingança relacionada a desavenças anteriores a tráfico de entorpecentes (motivo torpe, portanto), sob o comando e incentivo do co-denunciado Isaias Guilherme, se acercaram de Wanderlei Pereira, de súbito – sem que ele pudesse esboçar um gesto de defesa sequer – e contra este efetuaram vários disparos, com o objetivo de matá-lo, crivando-o de balas e causando-lhe os graves ferimentos descritos no Laudo Pericial n. 467/04, que lhe causaram a morte (fl. 3).

Regularmente processado, na fase do *judicium accusationis*, o MM. Juiz de Direito da causa admitiu a acusação ofertada contra o acusado e o pronunciou como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, I (motivo torpe) e IV (emprego de recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima), c/c o art. 29, ambos do Código Penal.

Almeja a despronúncia, alegando inexistir nos autos prova judicial apta a amparar a decisão de pronúncia, uma vez que o único ato judicial realizado foi o interrogatório do réu, sustentando ser inadmissível de uma condenação com base apenas em provas pré-processuais, ante o disposto no art. 155 do Código de Processo Penal.

A pretensão recursal, contudo, não comporta acolhimento.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, “a impronúncia é a decisão interlocutória mista de conteúdo terminativo, que encerra a primeira fase do processo (formação da culpa ou *judicium accusationis*), sem haver juízo de mérito. Assim, inexistindo prova da materialidade do crime ou não havendo indícios suficientes de autoria, deve o magistrado impronunciar o réu, significando julgar improcedente a denúncia ou queixa e não a pretensão punitiva do Estado. Desse modo, se, porventura, novas provas advierem, outro processo pode instaurar-se.” (In Tribunal do Júri, São Paulo: RT, 2008, p. 85 – original sem grifo).

Já a decisão de pronúncia “é uma decisão interlocutória mista não terminativa que encerra uma fase do processo sem condenar ou absolver o acusado. É a chamada sentença processual que, após análise das provas do processo, declara admissível a acusação a ser desenvolvida em plenário de Júri, por estar provada a existência de um crime doloso contra a vida e ser provável a sua autoria. É tal decisão o *divisor de águas* entre o *judicium accusationes* e o *judicium causae*.” (Cunha Campos, Walfredo, in O Novo Júri Brasileiro, São Paulo: Primeira Impressão, 2008, p. 79)

Assim, segundo preceitua o art. 413, *caput*, do Código de Processo Penal, “o juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficiente de autoria ou de participação.”

Na sequência, o § 1º do citado dispositivo estabelece que: “a fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.”

Ora, são requisitos para a prolação de decisão de pronúncia a prova da existência do crime de competência do Júri e a presença de indícios suficientes de que o réu seja o autor, não se exige prova cabal, plena, direta, de modo que a prova indiciária ou contra-indiciária, ou seja, aquela cujos indícios de participação ou não do réu no crime são suficientes.

Assim, conquanto seja pacífica a orientação segundo a qual nenhuma condenação pode estar fundamentada exclusivamente em provas colhidas em sede inquisitorial, tal entendimento deve ser visto com reservas no que diz respeito à decisão de pronúncia.

Isso porque tal manifestação judicial não encerra qualquer proposição condenatória, apenas considerando admissível a acusação, remetendo o caso à apreciação do Tribunal do Júri, único competente para julgar os crimes dolosos contra a vida.

Exatamente por não se tratar de uma decisão condenatória é que bastam os indícios apontando a autoria, não se aplicando nos procedimentos desta natureza os preceitos técnicos impostos aos juízes togados, tendo em vista que os elementos de prova colhidos na fase pré-processual não são meramente informativos.

É durante o inquérito que são elaborados praticamente todos os laudos técnicos, como exame pericial em local de morte, laudo de exame cadavérico, dosagem de teor alcoólico no sangue, perícia toxicológica e outros imprescindíveis ao esclarecimento dos fatos, ante a necessidade de se realizarem diligências esclarecedoras logo após a prática do crime, mormente no sentido de apurar a materialidade e, sempre que possível, apontar a autoria criminosa.

Havendo nos autos suficientes elementos para o convencimento sobre a existência do crime e indícios de que o réu seja o seu autor, impõe-se seja pronunciado (art. 413, *caput*, do CPP). Constitui a decisão de pronúncia juízo fundado de suspeita, dizendo admissível a acusação, e não juízo de certeza, que se exige para a condenação. Inopera, quanto à pronúncia, o provérbio *in dubio pro reo*, incidindo a regra *in dubio pro societate*.

Ademais, no procedimento do júri a prova testemunhal pode ser repetida durante o julgamento em plenário (artigo 422 do Código de Processo Penal), sendo que a Lei Processual Penal, no artigo 461, considerando a importância da oitiva das testemunhas pelos jurados, juízes naturais da causa, chega até mesmo a prever o adiamento da sessão de julgamento em face do não comparecimento da testemunha intimada por mandado com cláusula de imprescindibilidade. Por tais razões, a jurisprudência consolidou-se no sentido de que a decisão de pronúncia pode ser fundamentada em elementos colhidos na fase policial (Precedentes do STJ).

Nesse sentido:

... 2. Esta Corte Superior de Justiça já decidiu no sentido da possibilidade de a pronúncia ser fundamentada em provas colhidas no inquérito policial e que não foram rechaçadas na instrução contraditória. ... (AgRg no Ag 1304510/DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, J. 19/05/2011, DJe 07/06/2011)

Ou:

... O juízo de pronúncia apenas comporta valoração atinente à admissibilidade do fato delituoso, sem intrometer-se no âmago da sua concreta realização, cabendo-lhe enxergar um juízo de probabilidade e não de certeza. Não se mostra, por isso, imprestável a fundamentação da decisão que aponta para indícios da fase inquisitorial, sobretudo porque a prova testemunhal, de que se vale a defesa para alegar a inocência, vai ser repetida em sede de julgamento popular. Ordem denegada. (HC 121.300/SP, 6.^a Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 21/09/2009)

Vê-se, portanto, que não se faz necessário, na pronúncia, um juízo de certeza a respeito da autoria do crime, mas que o Juiz se convença da existência do delito e de indícios suficientes de que o réu seja o autor, já que nesta fase processual prevalece a competência constitucionalmente assegurada ao Tribunal Popular para o julgamento de delito doloso contra a vida.

Por isso, nos delitos de homicídios, as provas produzidas durante a etapa inquisitorial são de grande relevância para a formação do juízo de admissibilidade da acusação, de modo que somente diante de prova inequívoca deve o réu ser subtraído de seu juiz natural, o Tribunal do Júri.

Diante de todos esses elementos, a pretensão de despronúncia, por ausência de indícios suficientes da coautoria imputada ao recorrente, esbarra na existência de demonstração dos requisitos necessários à prolação da decisão de pronúncia, arrimada em indícios bastantes da ação ilícita que lhe foi atribuída, tendo em vista que houve confissão perante a autoridade policial (fls. 16/17, muito embora tenha se identificado como Claudionor dos Santos), razão pela qual a alteração da versão apresentada pelo acusado na fase judicial não conduz ao acolhimento da pretensão recursal.

Voto pelo conhecimento e improvimento do recurso.

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

RECURSO DE AGRAVO

Recurso de Agravo n. 2011.059484-8, de Campos Novos

Relator: Des. Sérgio Paladino

RECURSO DE AGRAVO. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. MALFERIMENTO. REEDUCANDO QUE TOMOU CIÊNCIA DA INFRAÇÃO DISCIPLINAR QUE LHE FOI IMPUTADA, TENDO-SE-LHE ENSEJADO TODOS OS MEIOS DE DEFESA. EIVA INEXISTENTE. PRELIMINAR REPELIDA.

Se o reeducando tomou ciência da infração disciplinar que lhe foi imputada e se lhe ensejou todos os meios de defesa previstos em lei, não se configurou a eiva decorrente do malferimento dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

EXECUÇÃO PENAL. REGRESSÃO DO REGIME DE RESGATE DA PENA E PERDA DOS DIAS REMIDOS. PROVAS DO COMETIMENTO DA FALTA GRAVE.

“Não constitui constrangimento ilegal a transferência de condenado para regime mais rigoroso quando este pratica fato definido como falta grave, como previsto no art. 118, I, da Lei nº 7.210/84 (RHC 7.793-SP)” (Mirabete, Julio Fabbrini, Execução Penal: Comentários à Lei n. 7.210/84, 11 ed. rev. e atual., São Paulo, Atlas, 2007, p. 488).

REMIÇÃO. FALTA GRAVE PERPETRADA ANTES DO ADVENTO DA LEI 12.433/11, QUE ALTERANDO A REDAÇÃO DO ART. 127 DA LEP, PASSOU A ADMITIR A REVOGAÇÃO DE ATÉ UM TERÇO DOS DIAS REMIDOS. MATÉRIA DE DIREITO MATERIAL. LEGISLAÇÃO MAIS BENÉFICA AO APENADO QUE RETROAGE PARA FAVORECÊ-LO. COMPETÊNCIA DO JUIZ RESPONSÁVEL PELA EXECUÇÃO PARA, APÓS A ANÁLISE A QUE SE REFERE O ART. 57 DA LEP, ESTIPULAR A FRAÇÃO APLICÁVEL. IMPOSSIBILIDADE DESTA CORTE PROCEDER AO EXAME, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu, *ex vi* do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal.

“Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, começando a contagem a partir da data da infração disciplinar” (art. 127 da Lei de Execução Penal, com a redação que lhe deu a Lei n. 12.433/11).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 2011.059484-8, da comarca de Campos Novos (Vara Criminal), em que é recorrente Omar Roberto Leite e recorrido o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, à unanimidade, repelir a preliminar e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso unicamente para que o Dr. Juiz de Direito responsável pela execução penal do recorrente fixe a fração a ser adotada na revogação dos dias remidos, à luz da nova redação do art. 127 da Lei n. 7.210/84. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Salete Silva Sommariva.

Florianópolis, 13 de setembro de 2011.

Sérgio Paladino
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Omar Roberto Leite interpôs o presente recurso contra a decisão do Dr. Juiz de Direito que ordenou a regressão do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade que lhe foi infligida, bem como a perda dos dias remidos, em virtude do cometimento de falta grave prevista no art. 52 da Lei de Execução Penal, porquanto fez uso de documento falso para obter o benefício do trabalho externo.

O recorrente arguiu, preliminarmente, a nulidade da decisão, alegando que violou os princípios da ampla defesa e do contraditório, à míngua da instauração de processo administrativo disciplinar para apurar os fatos. No mérito, sustenta que a proposta de emprego que recebeu de outro apenado não padecia de ilicitude, pois foi contratado para edificar a sede da empresa dele, que ainda não estava em funcionamento (fls. 254/262).

Com a contraminuta (fls. 330/339) e o despacho oriundo do juízo de retratação (fl. 340), os autos ascenderam a esta Corte, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira, pelo parcial provimento do recurso (fls. 356/359).

VOTO

A decisão não padece da eiva que se lhe é assacada, visto que não se configurou o aventado malferimento dos princípios da ampla defesa e do

contraditório. Ao contrário do alegado, ensejou-se ao recorrente oportunidade de fazer uso de todos os meios de defesa, dando-se-lhe conhecimento do motivo da instauração do incidente visando à regressão de regime, consistente no cometimento de falta grave.

Com efeito, consta do relatório elaborado pela polícia civil que a empresa da qual o apenado teria recebido proposta de trabalho não estava em funcionamento e que no endereço da sua sede residia uma família (fl. 214). O magistrado designou audiência de justificação, ocasião em que o reeducando foi ouvido na presença do seu advogado (fl. 302), percebendo-se que gozou de todas as garantias constitucionais.

No mérito, não procede a insurreição, visto que o art. 118 da Lei de Execução Penal exige, além da configuração de uma das hipóteses previstas nos seus incisos, apenas a prévia audiência do apenado (fl. 302).

Os autos revelam que o recorrente, cumprindo pena no regime semiaberto, requereu autorização de trabalho externo, juntando para tanto uma declaração de proposta de emprego fornecida pelo apenado Cristiano da Cruz Gonçalves. Instado a prestar esclarecimentos, Omar apresentou documentos, havendo o representante do Ministério Público requerido diligências com vistas à apuração da autenticidade dos mesmos, havendo os policiais civis encarregados da pesquisa constatado que a empresa a que o recorrente prestaria serviços já não funcionava.

Na audiência de justificação, o apenado negou veementemente a prática da falta grave, afirmando, *verbis*:

Que esclarece que Cristiano, que estava saindo de manhã e voltando final da tarde da Unidade perguntou ao depoente se poderia construir uma casa de 6x6 em frente à casa dele mesmo, tendo o depoente dito que sim, desde que o Magistrado autorizasse; que então o depoente disse para ele vir conversar com o Dr. Mayck, seu advogado, e como fosse devolvido para o depoente estaria bom; que então foi feito o pedido e foi negado; que para o depoente era suficiente; que o Cristiano falou que a obra serviria para o escritó-

rio da empresa dele, pois em dois meses estaria no aberto; que não perguntou para Cristiano se a empresa estava em funcionamento; que não sabe o nome da empresa (fl. 302).

A propósito, assentou o Dr. Juiz de Direito, *verbis*:

Em que pese o apenado ter alegado que foi convidado pelo também condenado Cristiano da Cruz Gonçalves para construir a sede da empresa deste, a declaração de intenção de emprego acostada à fl. 160 menciona o nome e a razão social de uma empresa existente, mas em inatividade, haja vista que até o seu proprietário, segundo confessa, labora em outra empresa do mesmo ramo, pois Cristiano usufruía o benefício do labor extramuros na AJS Materiais de Construção, empresa que também não existe mais.

Conforme mencionado acima, o empregador nem sequer laborava em sua empresa, pois prestava trabalho externo na AJS Materiais de Construção, empresa que deixou de funcionar faz mais de 1 (um) ano (fls. 163) e, em razão dos laços de amizade dos antigos proprietários da AJS, eles forneceram declaração de emprego a Cristiano.

E, quanto a empresa Real Materiais de Construção, ela foi inscrita na Receita Federal em setembro de 2010, porém, também não se encontra em funcionamento, existindo uma residência familiar em seu endereço, conforme pode ser constado no relatório de diligência de fls. 214-6.

As informações trazidas no relatório supra mencionado demonstram a inconsistência das declarações prestadas pelo condenado Omar, pois não poderia ele construir a referida sede num local já habitado, bem como trabalhar numa empresa inexistente, com um suposto proprietário, que também cumpre pena na UPA de Campos Novos e exercia labor externo em outra empresa “fantasma” do mesmo ramo.

Tivesse o apenado sido sincero na questão de informação do labor, mencionando que iria construir sede de empresa registrada mas ainda não em funcionamento, e teria certamente sido diversa a sua situação, inclusive com grande possibilidade de êxito do pedido, até porque é preso sabidamente de bom comportamento. (fls. 312/313)

A falta cometida pelo agravante evidencia que ele não se adaptou às regras da execução da pena, fazendo-se mister a regressão para o regime imediatamente mais gravoso.

A propósito, proclamou a jurisprudência:

Não constitui constrangimento ilegal a transferência de condenado para regime mais rigoroso quando este pratica fato definido como falta grave, como previsto no art. 118, I, da Lei nº 7.210/87 (RHC 7.793-SP) (Mirabete, Julio Fabbrini, Execução Penal: Comentários à Lei n. 7.210/84, 11 ed. rev. e atual., São Paulo, Atlas, 2007, p. 488).

Decidiu o magistrado também com acerto ao decretar a perda dos dias remidos, pois à época, 3 de maio de 2011, o art. 127 da Lei de Execução Penal vigia com a seguinte redação, *verbis*:

“Art. 127. O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar”.

Entretanto, a Lei n. 12.433, de 29 de junho próximo passado, que entrou em vigor no dia subsequente, alterou o texto da aludida norma, dispondo, *verbis*:

“Art. 127. Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomçando a contagem a partir da data da infração disciplinar”.

Como seu conteúdo seja eminentemente de direito material, retroage para beneficiar o recorrente, *ex vi* dos arts. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, e 2º, parágrafo único, do Código Penal.

A revogação dos dias remidos em decorrência do cometimento de falta grave está limitada a 1/3 (um terço) do tempo remido, incumbindo ao juiz, para estipular a fração que adotará, observar ao disposto no art. 57 da Lei de Execução Penal, consoante o qual “na aplicação das sanções

disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão”.

Percebe-se, assim, que é defeso a esta Corte realizar, nesta oportunidade, a análise, sob pena de supressão de instância, cabendo ao juiz responsável pela execução da pena do recorrente, o qual fixará a fração a ser adotada após a apreciação das circunstâncias a que alude o art. 57.

Nesse rumo, decidiu esta Câmara:

AGRAVO EM EXECUÇÃO - RECURSO MINISTERIAL – FALTA GRAVE - REQUERIMENTO PERDA DA TOTALIDADE DOS DIAS REMIDOS - ADVENTO DA LEI N. 12.433/2011 - NOVA REDAÇÃO CONFERIDA AO ART. 127 DA LEP - NORMA DE CARÁTER MATERIAL - REFLEXOS POSITIVOS (CF/88, ART. 5º, XL) - REMESSA DO FEITO À ORIGEM - NECESSIDADE DE O MAGISTRADO PROCEDER À ANÁLISE ACERCA DOS NOVOS DISPOSITIVOS, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - RESPEITO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - RECURSO NÃO CONHECIDO.

A Lei n. 12.433/2011 - em vigor desde o dia 29 de junho de 2011 - alterou, dentre outros dispositivos, o art. 127 da LEP, determinando que “*em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.*”.

Desse modo, tendo em vista que as disposições constantes na Lei n. 7.210/84 - as quais disciplinam o modo de execução da pena - são, efetivamente, de caráter material, na medida em que se caracterizam como normas de direito público subjetivo do apenado, o qual detém a garantia de exigir seu cumprimento, o princípio da irretroatividade da lei penal (segundo o qual, a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu), deve ser aplicado no âmbito da execução penal.

Destarte, conquanto a novel legislação alhures mencionada caracterize-se como norma benéfica ao apenado, este órgão julgador permanece impossibilitado de aplicá-la em sede recursal, sob pena de supressão de instância, razão pela qual os autos devem retornar

a origem para que o magistrado *a quo* proceda a sua análise e, assim, aplique a fração legal acerca da revogação do tempo remido da pena, de modo a legitimar, assim, o exercício do contraditório e da ampla defesa a ambas as partes, reabrindo-se, inclusive, novo prazo recursal (RA n. 2011.044874-7, de Canoinhas, rel. Des. Salete Silva Sommariva).

Ante o exposto, rejeitada a preliminar, no mérito, deu-se parcial provimento ao recurso.

APELAÇÕES CRIMINAIS

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.009498-4, de Blumenau

Relator: Des. Sérgio Paladino

PROCESSO PENAL. NULIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA EFETUADA COM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. AVENTADO CERCEAMENTO DE DEFESA. OBSERVÂNCIA DE TODOS OS REQUISITOS DA LEI 9.296/96. EIVA NÃO CONFIGURADA.

O monitoramento telefônico realizado com autorização judicial e observância dos requisitos exigidos pela Lei n. 9.296/96 tem validade, especialmente se os interessados tiveram ciência do conteúdo dos diálogos, posteriormente transcritos.

SENTENÇA TACHADA DE NULA POR HAVER PROFERIDO JULGAMENTO *CITRA PETITA*. ANÁLISE DE TODAS AS QUESTÕES SUSCITADAS PELO RÉU. MÁCULA INEXISTENTE. PRELIMINAR REPELIDA.

A circunstância de não se haver esteado em argumento deduzido pelas partes e de proclamar entendimento que não o pretendido não significa que o juiz tenha proferido julgamento *citra petita*, pois a eles não está adstrito por força do princípio do *jura novit curia*. O que se faz mister é que a motivação observe a *res in judicium deducta*, podendo alicerçar-se em fundamento jurídico e legal diverso do suscitado. Se, de alguma forma, os examina e os repele, declinando as razões do seu convencimento, atende à exigência erigida em postulado constitucional, não padecendo a sentença, pois, de nulidade.

PROVA EMPRESTADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INTIMAÇÃO DAS PARTES ACERCA DO RESPECTIVO USO. NULIDADE. EIVA NÃO CONFIGURADA.

“É possível a utilização de prova emprestada no processo penal, desde que ambas as partes dela tenham ciência e que sobre ela seja possibilitado o exercício do contraditório. Precedentes.

Nessa hipótese, não obstante o precário valor da mencionada prova, inviável a declaração da nulidade da sentença cujo édito condenatório também se esteou em vasto conteúdo probatório colhido perante o Juízo da causa, servindo a prova emprestada apenas para corroborá-lo. Precedentes” (HC n. 91781-SP, rel. Min. Jane Silva, j. 27.3.08, disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON>, acesso em 21 jun. 2011).

NARCOTRÁFICO. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. INVIABILIDADE. PROVA ORAL COERENTE QUE, CHANCELADA PELOS DEMAIS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO, CONFEREM SOLIDEZ AO CONJUNTO PROBATÓRIO E AUTORIZAM A CONDENAÇÃO.

Se o conjunto probatório evidencia, clara e indubitavelmente, a materialidade e a autoria dos delitos narrados na denúncia, desçabe a absolvição.

ASSOCIAÇÃO PARA A PRÁTICA DO NARCOTRÁFICO. ART. 35 DA LEI 11.343/06. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA RESPECTIVA EXISTÊNCIA. AJUSTE PRÉVIO E ESTABILIDADE EVIDENCIADOS.

Havendo ajuste prévio entre os agentes, que formam uma associação permanente com vistas a traficar entorpecentes, e não sendo esta convergência de vontades apenas momentânea,

mas estável, configura-se o delito definido no art. 35 da Lei n. 11.343/06.

PENA. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. EXCLUSÃO. INCI-DÊNCIA, EM FACE DE CONDENAÇÃO ANTERIOR. *BIS IN IDEM* NÃO CONFIGURADO. AUMENTO QUE DECORRE DA MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA DO AGENTE QUE VOLTA A DELINQUIR. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE REPELIDA.

O Excelso Pretório consagrou a orientação consoante a qual o reconhecimento da agravante da reincidência e, como consecutório, a elevação da pena dele decorrente não padece do vício da inconstitucionalidade.

“A exacerbação da pena justifica-se plenamente para aquele que, punido, anteriormente, voltou a delinquir, demonstrando com sua conduta criminosa que a sanção normalmente aplicada se mostrou insuficiente para intimidá-lo ou recuperá-lo” (Mirabete, Júlio Fabbrini, Manual de Direito Penal: parte geral, 20 ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 301).

AGRAVANTE. ART. 61, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO DO ACRÉSCIMO. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. INCREMENTO JUSTO E NECESSÁRIO À REPROVAÇÃO E À PREVENÇÃO DO CRIME.

RECURSO DESPROVIDO.

Se ao elaborar a dosimetria o juiz observou rigorosamente os parâmetros alinhados no art. 68 do Código Penal, reconheceu a agravante da reincidência específica e quantificou a pena com critério e razoabilidade, não há o que modificar.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.009498-4, da comarca de Blumenau (3ª Vara Criminal),

em que é apelante João Evandro Oliveira e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Na comarca de Blumenau, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra João Evandro Oliveira e Paulo Tadeu de Lima Barcelos, dando-os como incurso nas sanções dos arts. 33, caput, e 35, caput, ambos da Lei n. 11.343/06, pelos fatos assim narrados, *ipsis verbis*:

Consta do incluso caderno flagrancial que, em data a ser apurada durante a instrução, os denunciados João e Paulo formaram uma *societa sceleris* com autêntica divisão de atribuições, cujo objetivo era o de praticar o tráfico de drogas na região do bairro Escola Agrícola, neste município.

A associação criminosa era sediada em uma casa situada na rua Germano Grosch, n. 494, bairro Escola Agrícola, de propriedade do denunciado João Evandro de Oliveira, sendo que naquela localidade o denunciado Paulo era o responsável pela venda direta da droga fornecida pelo denunciado João, geralmente em pequenas quantidades, sendo que este muitas vezes também participava ativamente da negociação.

Foi então que, no dia 19 de março de 2010, policiais civis deslocaram-se até a residência supracitada com o propósito de dismantelar a associação criminosa. Ao ingressar na referida residência, os agentes policiais apreenderam sobre a mesa da cozinha um invólucro de plástico de cor preta contendo 6 (seis) pedras de *crack*, com peso líquido de 2,32g (dois gramas e trinta e dois decigramas), que os denunciados mantinham em depósito e guardavam para entregar ao consumo de terceiros.

Nesta oportunidade não foi possível proceder a abordagem dos denunciados, já que Paulo evadiu-se do local e João, ao perceber a ação policial, também empreendeu fuga com sua motocicleta.

No dia 24 de março de 2010, diante da constatação de que os denunciados ainda comercializavam drogas na mesma localidade, os investigadores policiais para lá se dirigiram e, ao realizar campana, verificaram que o denunciado João entregou drogas para um grupo de 3 (três) pessoas, de modo que no momento da abordagem os denunciados Paulo e João novamente empreenderam fuga. Efetuada a busca domiciliar, os policiais civis verificaram que os denunciados mantinham em depósito e guardavam no interior do cabo de uma ferramenta de jardim 3 (três) “pedras” de *crack*, pesando 2,37g (dois gramas e tinta e sete decigramas), cuja destinação seria a entrega ao consumo de terceiros.

Registre-se, por fim, que a cocaína na forma básica (*crack*) é considerada substância tóxica entorpecente capaz de causar dependência física e/ou psíquica, proibida em todo o Território Nacional, por disposição da Portaria n. 344, de 12.05.1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, atualizada pela RDC n. 63, de 27.09.2007, estando enquadrada na Lista F1 (Lista das Substâncias Entorpecentes de uso proscrito no Brasil), da mesma Portaria (fls. II/IV).

Decretada a prisão preventiva de João (fl. 157) e notificado nos termos do art. 55 da Lei n. 11.343/06 (fl. 180), ele apresentou defesa prévia, postulando a produção de prova oral (fls. 183/187). Ato contínuo, o magistrado indeferiu o pedido de revogação da sua custódia cautelar (fls. 204/206) e ordenou a prisão do processo relativamente a Paulo pelo fato de não haver sido localizado (fls. 241/243).

Recebida a denúncia (fls. 241/243), o primeiro foi citado (fl. 257) e interrogado (fls. 259/261), inquirindo-se, na sequência, três testemunhas arroladas na exordial, comuns às partes (fls. 262/263 e 296/297), que desistiram das remenescentes (fls. 258, 302 e 328).

Vieram aos autos os laudos resultantes dos exames de identificação de substância entorpecente e de dependência toxicológica a que o réu foi submetido (fls. 304/306).

Ofertadas as derradeiras alegações, na ordem legal (fls. 329/339 e 342/371), a Dra. Juíza Substituta proferiu a sentença, por intermédio da qual julgou procedente a denúncia e condenou João às penas de 6 (seis) anos de reclusão, para cujo resgate estabeleceu o regime inicialmente fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário correspondente a um trigésimo do salário mínimo vigente à época do evento, por infração ao art. 33, caput, da lei n. 11.343/06, e a 3 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, e 700 (setecentos) dias-multa, no montante anteriormente fixado, pelo cometimento do delito definido no art. 35, caput, do mesmo diploma legal. Ausentes os requisitos legais, deixou de substituir a reprimenda corporal por restritivas de direitos, recusou o sursis e, finalmente, negou ao réu o direito de recorrer em liberdade (fls. 372/388).

Inconformado, o apenado apelou, arguindo, preliminarmente, a nulidade do processo ante a existência de irregularidades nas interceptações telefônicas, bem assim por não terem sido apreciadas todas as teses suscitadas nas alegações finais. No mérito, objetiva a absolvição, sustentando a ausência de provas suficientes para amparar o veredicto. Alternativamente, pretende o afastamento da agravante da reincidência ou a redução do acréscimo a ela referente para 1/6 (um sexto) (fls. 405/439).

Com as contrarrazões (fls. 443/459), os autos ascenderam a esta Corte, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira, pelo conhecimento e desproviamento do recurso (fls. 461/464).

VOTO

A prefacial de nulidade resultante da invalidez do monitoramento telefônico não procede, visto que foi realizado com autorização judicial e observância dos preceitos constitucionais e dos contidos na Lei n. 9.296/96.

Segundo enfatizou a magistrada, a autoridade policial requereu a interceptação para investigar outro crime, e quando se deparou com a informação de que João estaria praticando o comércio espúrio de entorpecentes, requereu e o Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal autorizou a quebra do sigilo telefônico para a averiguação da perpetração do narcotráfico, restando patenteado que a escuta atendeu aos preceitos inscritos nos arts. 1º e 2º, ambos da lei supra mencionada.

Ademais, as partes foram cientificadas da juntada da prova auferida na interceptação original, não se podendo falar, por conseguinte, em cerceamento de defesa ou violação do princípio do contraditório.

Registre-se, ainda, que a eventual irregularidade no procedimento não o macularia, porquanto a sentença lastreou-se em outras provas, como o auto de apreensão de substância entorpecente, as declarações do corréu Paulo, dos usuários, dos policiais que realizaram as investigações e nos demais indícios coletados.

Outrossim, a Lei n. 9.296/96 não exige a realização de prova técnica com vistas ao reconhecimento de voz, além de inexistir no processo elemento que infirme a higidez da transcrição das gravações elaborada pelos policiais civis, ou que demonstre que eles tivessem interesse particular na condenação do apenado.

O apelante pretende, também, que se declare a nulidade da sentença pelo fato de não ter apreciado todas as questões que suscitou nas alegações finais, tais como a ausência de fundamentação apta a justificar a interceptação e a sua prorrogação, além da violação do art. 10 da Resolução n. 59, do Conselho Nacional de Justiça.

Entretanto, as alegações não têm consistência, pois a sentença examinou todas as questões ventiladas, declinando a Dra. Juíza *a quo* os motivos que nortearam a sua conclusão, atendendo, assim, à exigência de que trata o art. 381 do Código de Processo Penal.

Com efeito, a circunstância de não se haver esteado em argumento deduzido pelas partes e de proclamar entendimento que não o pretendido não significa que o juiz tenha proferido julgamento *citra petita*, pois a eles não está adstrito por força do princípio do *jura novit curia*. O que se faz mister é que a motivação observe a *res in judicium deducta*, podendo alicerçar-se em fundamento jurídico e legal diverso do suscitado. Se, de alguma forma, os examina e os repele, declinando as razões do seu convencimento, atende à exigência erigida em postulado constitucional, não padecendo a sentença, pois, de nulidade.

Na espécie, a magistrada apreciou corretamente as teses suscitadas, lançando mão do despacho de recebimento da denúncia (fls. 241/243), tanto que o transcreveu, adotando-o como razão de decidir.

Dissertando a respeito das nulidades no processo penal, Flávio Meirelles Medeiros sublinha:

BELLAVISTA, ensina que ocorre falta de motivação nas seguintes hipóteses:

- 1 – quando o juiz omite as razões de seu convencimento;
- 2 – quando as tenha indicado incorrendo em evidente erro lógico-jurídico, de modo que as premissas em que a decisão se funda possam considerar-se *tanquam non esset* (falta de motivação intrínseca);
- 3 – quando, apresentando-se em seu contexto motivado, tenha omitido exame de um fato decisivo para o juízo de tal modo que leve a crer que, se o juiz o tivesse examinado, teria chegado a diversa decisão (falta de motivação extrínseca).

BELLAVISTA aponta estas hipóteses como originárias da nulidade da sentença.

Na sistemática processual brasileira, somente a primeira hipótese (a falta de motivação) gera a nulidade por falta da sentença. A segunda e a terceira hipóteses (má aplicação da lei, contradição da argumentação e deficiência de valoração de prova) não equivalem a falta da sentença; conseqüentemente inexistente nulidade. O que ocorrerá nestes casos é a possibilidade da sentença ser reformada pela instância superior. Aqui

incide o já transcrito ensinamento de PANNAIN, segundo o qual não se há de falar em nulidade quando o vício da sentença não incidir sobre a sua constituição (Nulidades do processo penal, 2ª ed., Rio de Janeiro, AIDE Editora, 1987, pp. 216/217).

Nesse rumo, assentou esta Corte:

PROCESSO PENAL — SENTENÇA — AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO — INOCORRÊNCIA — PRELIMINAR REPELIDA.

Não existe previsão legal determinando a análise individual de cada um dos argumentos colacionados pela defesa nas alegações finais, especificada e objetivamente, sob pena de nulidade por ausência de fundamentação. Ao contrário, a decisão sucintamente fundamentada é plenamente válida, desde que aborde todas as teses defensivas, sendo desnecessária, portanto, a existência de minuciosos comentários sobre cada uma das teses apresentadas.

Assim, a sentença criminal é válida, ainda que não tenha explicitado especificamente os argumentos trazidos pela defesa, mas estes foram comentados e analisados no bojo de sua fundamentação (APR n. 00.009275-4, de São José, rel. Des. Álvaro Wandelli).

Portanto, inexistem nulidades a proclamar.

No mérito, não procede a pretensão absolutória em face da farta prova da materialidade e autoria dos delitos, as quais emergem dos termos de exibição e apreensão (fls. 04 e 16), dos boletins de ocorrência (fl. 14 e 15), dos laudos de constatação provisórios (fls. 114 e 116) e periciais definitivos (fls. 149/150 e 151/152), que atestam a natureza estupefaciente das substâncias apreendidas. A segunda desponta dos relatórios das interceptações telefônicas (fls. 31/37 e 313/317), dos autos de reconhecimento fotográfico (fls. 18 e 22), das declarações do corréu Paulo (fls. 23/25), das testemunhas Pedro Braz Felimberti, Ivan Giovani Luiz e Tiago Eduardo Florindo Aguiar (fls. 08/09, 27 e 153) e dos policiais que levaram a efeito as diligências (fls. 10/13, 17, 20, 262/263 e 296/297).

Os elementos encartados no caderno processual revelam que os policiais civis apuraram, por intermédio da investigação e do monitoramento telefônico que o apelante praticava o comércio de entorpecentes em Blumenau, usando como ponto de venda uma das suas propriedades, situada no bairro Escola Agrícola. No interior da casa os policiais encontraram algumas pedras de crack, todas embaladas para pronta entrega, constatando, também, que o recorrente era auxiliado por Paulo, que lá residia e era o responsável pela negociação dos narcóticos com os usuários, embora João Evandro, ele próprio, já tivesse sido visto no local entregando drogas a usuários (fl. 263).

Embora o apelante negue a prática do narcotráfico, alegando que nenhuma substância estupefaciente foi apreendida em seu poder e que conhece Paulo porque juntos fazem uso de drogas, é exatamente o contrário que aflora dos depoimentos dos policiais Jorge e Nelson, segundo os quais tanto João como Paulo eram conhecidos na região pela prática do comércio espúrio. Afirmaram, ainda, que durante as investigações constataram intensa movimentação de pessoas na residência pertencente a João Evandro, tendo, inclusive, numa das abordagens, apreendido 6 (seis) pedras de crack em poder de Paulo, que conseguiu fugir enquanto davam continuidade às buscas no local (fls. 10/13, 262 e 296/297).

Em outra ocasião Maurício e Elton avistaram o apelante na mencionada casa repassando drogas para três pessoas, que fugiram ao se aperceberem que os milicianos se aproximavam. Nessa oportunidade, no interior da residência foram apreendidos 3 (três) pedras de crack, escondidas dentro do cabo de uma pá, reconhecido o apenado, na diligência, por fotografia (fls. 18 e 22), detalhes que conduzem à conclusão de que era traficante (fls. 17, 20 e 263).

Em hipótese assemelhada, assentou a jurisprudência:

“O reconhecimento fotográfico, alinhado e amparado em outros elementos probatórios, é plenamente apto para identificação do réu e fixação da autoria delitiva (TACRIM-SP – AP – Rel. S. C. Garcia – RJD 24/243)” (Franco, Alberto Silva; Mañas, Carlos Vico; Cintra

Júnior, Dyrceu Aguiar Dias; Choukr, Fauzi Hassan; Silva Júnior, José; Betanho, Luiz Carlos; Lúria Filho, Márcio; Podval, Maria Fernanda de Toledo R.; Moraes, Maurício Zanoide de; Podval, Roberto; Stoco, Rui; Feltrin, Sebastião Oscar; Bicudo, Tatiana Viggiani e Ninno, Wilson, Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial, volume 2, 1ª edição, 2ª tiragem, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, p. 1862).

No que tange à validade dos depoimentos dos policiais, proclamou o Supremo Tribunal Federal:

O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais — especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório — reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal.

O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar — tal como ocorre com as demais testemunhas — que as suas declarações não encontram suporte nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos (HC 73.518, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 18.10.96, p. 39.846).

Além dos milicianos haverem relatado o evento delituoso, nas duas fases do procedimento, de maneira clara e convincente, o status de traficante do apenado também emerge das declarações extrajudiciais das testemunhas Pedro Braz Felimberti (fl. 27) e dos usuários Tiago Eduardo Florindo Aguiar (fl. 08) e Ivan Giovani Luiz (fl. 153), havendo todos dito que João Evandro comerciava drogas.

De outro vértice, a despeito da colheita das provas no curso do inquérito não se sujeitar à observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, os elementos de convicção então obtidos não devem ser desprezados quando encontram respaldo na prova produzida em juízo, hipótese de que aqui se cuida, em que as declarações extrajudiciais das testemunhas aludidas restaram confirmadas pelas prestadas pelos policiais tanto à autoridade policial, quanto à judicial.

É pacífico o entendimento no sentido de que a prova oral obtida no curso do inquérito, quando amparada por outros elementos, ostenta valor probante, proclamando a respeito a jurisprudência, *verbis*:

Havendo algum suporte probante na fase judicial, a prova colhida no inquérito policial pode ser convocada para fundamentar a decisão condenatória (TJSP – AP 48.091-3 – Rel. Silva Leme – RT 621/290) (Franco, Alberto Silva; Mañas, Carlos Vico; Cintra Júnior, Dyrceu Aguiar Dias; Choukr, Fauzi Hassan; Silva Júnior, José; Betanho, Luiz Carlos; Lauria Filho, Márcio; Podval, Maria Fernanda de Toledo R.; Moraes, Maurício Zanoide de; Podval, Roberto; Stoco, Rui; Feltrin, Sebastião Oscar; Martins, Sérgio Mazina; Bicudo, Tatiana Viggiani, e Ninno, Wilson, Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial, volume 2, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 1709).

No mesmo sentido: JUTACRIM-SP 22/74 e RJTJRS 131/134 (obra citada, pp. 1710 e 1711).

A circunstância do apenado não ter sido flagrado negociando ou portando estupefaciente não descaracteriza o crime de tráfico, eis que os elementos de convicção são seguros no sentido de que João Evandro, auxiliado por Paulo, praticava o comércio espúrio naquele local.

Diante desse quadro probatório, inviabiliza-se, também, a absolvição do apelante no que pertine ao crime de associação para o tráfico, visto que restou configurada a estabilidade entre João e Paulo com vistas à comercialização de narcóticos, incumbindo ao primeiro abastecer o ponto de venda e ao segundo a negociação com os usuários. Aliás, o vínculo associativo existia há aproximadamente 1 (um) ano, como afirmou Paulo (fls. 24/25).

Em hipótese assemelhada, porém, sob o império da Lei n. 6.368/76, cuja norma inscrita no art. 14 foi reproduzida no art. 35 da novel Lei Antidrogas, decidiu esta Corte:

Comprovando-se que os réus, em postura pré-articulada, estável e persistente, utilizavam sempre o mesmo procedimento para a prática de crime de tráfico ilícito de entorpecentes, caracterizado está o delicto

previsto no art. 14, da Lei n. 6.368/76 (APR n. 04.011661-6, de Joinville, rel. Des. Irineu João da Silva).

Além disso, diversamente do alegado pelo recorrente, a denúncia descreveu, detalhadamente, a estabilidade da organização criminosa nestes termos:

Consta do incluso caderno flagrantial que, em data a ser apurada durante a instrução, os denunciados João e Paulo formaram uma *societa sceleris* com autêntica divisão de atribuições, cujo objetivo era o de praticar o tráfico de drogas na região do bairro Escola Agrícola, neste município.

A associação criminosa era sediada em uma casa situada na rua Germano Grosch, n. 494, bairro Escola Agrícola, de propriedade do denunciado João Evandro de Oliveira, sendo que naquela localidade o denunciado Paulo era o responsável pela venda direta da droga fornecida pelo denunciado João, geralmente em pequenas quantidades, sendo que este muitas vezes também participava ativamente da negociação (fl. III).

Portanto, evidenciou-se o ajuste prévio entre o João e seu comparsa com o objetivo de formar uma associação permanente para comerciar entorpecentes, e como essa convergência de vontades não se afigurava momentânea, mas estável, consumou-se o delito definido no art. 35 da Lei n. 11.343/06.

Destarte, a condenação era inarredável.

Por outro lado, não caracteriza nulidade o aumento das reprimendas, na segunda fase da dosimetria, em consequência do reconhecimento da reincidência, atestada pelas certidões de antecedentes (fls. 167/168), não padecendo do vício da inconstitucionalidade, na trilha do entendimento esposado pela Suprema Corte, *verbis*:

Omissis.

3. Este Supremo Tribunal Federal sempre reputou válida a fixação da circunstância agravante da reincidência, não entendendo haver ilegalidade ou inconstitucionalidade a ser reconhecida (HC n. 93969/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 22.04.08, disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia, acesso em 21 jun. 2011).

Nem se diga que a reincidência, nos moldes em que foi concebida pelo ordenamento jurídico brasileiro, afrontaria o princípio do *ne bis in idem*.

O legislador, ao traçar os respectivos contornos, considerou a particularidade de haver “maior índice de censurabilidade na conduta do agente que reitera na prática do crime (...)”. Por ser circunstância pessoal referente ao delito praticado, não incide na categoria do *bis in idem*”, segundo a lição de Julio Fabbrini Mirabete (Código penal interpretado, 2ª ed. atual., São Paulo, Atlas, 2001, p. 405).

Inviabiliza-se, igualmente, o pleito que visa à diminuição do acréscimo da reprimenda, na segunda fase da dosimetria, por força da agravante da reincidência, pois o incremento de 1 (um) ano para o crime de tráfico e de 8 (oito) meses para o de associação para o narcotráfico mostram-se razoáveis em razão do fato do apelante ser reincidente específico (autos n. 008.05.012342-1).

DECISÃO

Ante o exposto, rejeitadas as preliminares, no mérito, negou-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Tulio Pinheiro, emitindo parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 21 de junho de 2011.

Sérgio Paladino
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Criminal n. 2011.017273-8, de Chapecó

Relator: Desembargador Substituto Tulio Pinheiro

APELAÇÃO CRIMINAL. MEDIDA CAUTELAR DE SEQUESTRO DE BENS. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL ACERCA DA DECISÃO QUE DETERMINOU A RESTITUIÇÃO DE BENS SEQUESTRADOS A RÉU CONDENADO POR TRÁFICO DE DROGAS, AO FUNDAMENTO DE QUE A SENTENÇA CONDENATÓRIA, PROFERIDA POSTERIORMENTE AO DEFERIMENTO DA CAUTELAR, SILENCIOU A RESPEITO DA PROVENIÊNCIA ILÍCITA DESTES. *DECISUM* IRRETOCÁVEL. NECESSÁRIA MANIFESTAÇÃO EXPRESSA NA SENTENÇA QUANTO À DESTINAÇÃO DOS OBJETOS SEQUESTRADOS. DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR QUE APENAS TORNA INDISPONÍVEIS OS BENS, VISANDO O ASSEGURAMENTO DA EFICÁCIA DE EVENTUAL DECRETAÇÃO DO CONFISCO. EXEGESE DOS ARTS. 5º, INC. LIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 60 E 63 DA LEI ANTIDROGAS, E 126 DA LEI ADJETIVA PENAL. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. ÓRGÃO ACUSADOR, ADEMAIS, QUE NÃO RECORREU DO *DECISUM* CONDENATÓRIO. PRECLUSÃO CONSUMADA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2011.017273-8, da Comarca de Chapecó (1ª Vara Criminal), em que é apelante o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e apelado Adriano Pereira Duarte:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

No Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Chapecó, o delegado de Polícia Federal Paulo César Bulgos de Andrade representou pela concessão de medida cautelar de sequestro de: 1 (um) veículo Golf, ano 2001; 1 (uma) motocicleta Honda/XR; 1 (uma) motoneta Honda/C100; e dois terrenos na cidade de Chapecó, pertencentes a Adriano Pereira Duarte, denunciado por infração aos arts. 12, *caput*, e 14, *c/c* art. 18, inc. III, todos da Lei n. 6.368/76.

Deferido o pleito de apreensão e indisponibilidade dos bens (fl. 35/39) e condenado, posteriormente, o réu (Autos n. 018.06.015439-7 e Apelação Criminal n. 2007.009298-7), o MM. Juiz Jefferson Zanini decidiu por restituir os objetos sequestrados, sob o fundamento de que a sentença condenatória silenciou a respeito da destinação destes. Consignou, ainda, que a decisão que deferiu a apreensão dos bens tem caráter assecuratório e instrumental, dependendo, pois, de pronunciamento definitivo da sentença proferida nos autos da ação principal.

Irresignada, a acusação interpôs recurso de apelação criminal. Nas razões de inconformismo, pugnou pela anulação da referida sentença e, por conseguinte, a realização de leilão dos objetos sequestrados, ou a decretação do perdimento direto destes, em favor da União. Para tanto, sustentou que, tendo o magistrado de primeiro grau entendido, inicialmente, que os bens provinham dos atos ilícitos praticados pelo réu, a mera omissão da sentença quanto à destinação destes não deveria acarretar a restituição automática. Argumentou, outrossim, que caberia ao acusado comprovar a origem lícita dos objetos apreendidos e que, uma vez transitada em julgado a condenação, mostrava-se desnecessária a declaração expressa da sentença a respeito do perdimento, porquanto tal fato decorre automaticamente da condenação.

Com as contrarrazões, ascenderam os autos a esta Corte.

Lavrado parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Dr. Gilberto Callado de Oliveira, cuja manifestação foi pelo provimento do reclamo.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo órgão acusador contra decisão proferida nos autos da medida cautelar de sequestro, na qual determinou-se a restituição de bens sequestrados a Adriano Pereira Duarte, condenado pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o narcotráfico.

Infere-se dos autos que a autoridade policial representou pelo sequestro de 1 (um) veículo Golf, ano 2001; 1 (uma) motocicleta Honda/XR; 1 (uma) motoneta Honda/C100; e dois terrenos na cidade de Chapecó, de propriedade do, à época, denunciado Adriano Pereira Duarte.

Deferida a medida, Adriano, posteriormente, foi condenado pelos crimes por que foi denunciado. Na sentença condenatória, no entanto, não houve menção quanto à destinação dos bens sequestrados, e, por vislumbrar tal omissão, o magistrado *a quo* determinou que estes fossem restituídos ao seu proprietário (ora apelado), sob o fundamento de que não é possível a conversão automática do sequestro em confisco de bens.

Pretende o representante ministerial a anulação da referida sentença e, por conseguinte, a realização de leilão dos objetos sequestrados, ou a decretação do perdimento direto destes em favor da União.

Para tanto, alega que a simples omissão do magistrado sentenciante com relação ao confisco dos bens não deve acarretar restituição automática.

Segundo sustenta, o próprio Estado-juiz, ainda que em sede de medida cautelar, já havia entendido pela proveniência espúria da *res*, tanto que ordenou a apreensão e o sequestro, e, sobrevindo condenação

transitada em julgado, o perdimento deveria operar-se automaticamente, por ser efeito secundário do *decisum*.

Ressaltou, por derradeiro, que caberia ao acusado comprovar a origem lícita dos objetos declarados decorrentes de prática delitiva, consoante reza a jurisprudência desta Corte.

No entanto, em que pesem os bens lançados argumentos da acusação, entendo que a tese não merece prosperar.

Inicialmente, registra-se que o apelado foi condenado pela prática dos crimes previstos nos arts. 12, *caput*, e 14, *c/c* art. 18, inc. III, todos da Lei n. 6.368/76, antiga lei de combate ao tráfico, que previa procedimento especial para a realização do perdimento de produtos advindos da mercância ilícita.

Dispunha o § 13 do art. 34 da aludida legislação:

§ 13 - Na sentença de mérito, o juiz, nos autos do processo de conhecimento, decidirá sobre o perdimento dos bens e dos valores mencionados nos §§ 4º e 5º, e sobre o levantamento da caução.

Tal regra foi mantida na atual norma Antidrogas (Lei n. 11.343/2006):

Art. 63. Ao proferir a sentença de mérito, o juiz decidirá sobre o perdimento do produto, bem ou valor apreendido, seqüestrado ou declarado indisponível.

Como se vê, a norma impõe ao magistrado o dever de pronunciarse acerca da ilicitude, ou não, dos produtos, bens ou valores apreendidos.

E não é a toa.

O texto legal coaduna-se perfeitamente com a regra insculpida no art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal, segundo a qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Isso porque, é o juiz sentenciante da ação penal principal que, a par de todas as provas produzidas e, destarte, após cognição plena, deve decidir

acerca da licitude e destinação dos produtos, bens e valores eventualmente utilizados no crime objeto da ação penal ou adquiridos por meio de referida prática delinquencial.

Nesse contexto, não se pode afirmar que a decisão que deferiu o pedido de sequestro possa, em função da posterior condenação do réu, implicar em reconhecimento tácito de perdimento.

A uma, porque tal decisão foi proferida em sede de medida cautelar, decorrente, portanto, de cognição sumária, e baseada apenas em *fumus boni juris* e *periculum in mora*.

Válido registrar, aliás, os dispositivos legais que deram azo ao referido *decisum*.

Art. 126. Do Código de Processo Penal:

Para a decretação do seqüestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens.

Art. 60 da Lei de Tóxicos:

O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ouvido o Ministério Público, **havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias** relacionadas aos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos nesta Lei, ou que constituam proveito auferido com sua prática, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. (destacou-se).

Ou seja, para a concessão da medida de sequestro, exigiu o legislador, tão só, a existência de indícios de que os objetos que se pretende a medida sejam produto da prática ilícita.

A duas, porquanto tal decisão, pela própria natureza da ação que a enseja, tem o escopo somente de assegurar o cumprimento de sentença que, eventualmente, venha a decretar o perdimento dos bens.

Em outras palavras, por meio do sequestro apreende-se, separa-se, indisponibiliza-se produtos, bens e valores que, posteriormente, o juiz sentenciante da ação principal possa entender serem advindos da prática criminosa. Isso tudo para que, decretado o perdimento, seja ainda viável a apreensão e o confisco da *res* de modo definitivo.

Nesta esteira, como bem ponderou o douto magistrado *a quo*: “*A medida de sequestro fundamentada na Lei Antidrogas, assim, é acessória e instrumental, pois dependente de um pronunciamento efetivo de confisco a ser lançado na sentença [...]*” (fl. 67).

Elucidativa, outrossim, as lições de Luiz Flávio Gomes, trazidas à colação pelo togado às fls. 68/69:

[...] É por ocasião do final do processo, quando da prolação da sentença que põe fim à ação penal, que o juiz declara os bens perdidos e termina o seu encaminhamento para o domínio da União. [...] Nesse instante, agora com base em todo o universo probatório, o juiz terá condições de reconhecer a instrumentalidade das coisas apreendidas ou sua relação com a traficância. [...]. **Segundo a nova Lei de Drogas, agora faz parte da prestação jurisdicional o enfrentamento da questão e a concessão de um espaço dentro da decisão final para a definição detalhada dos destinos dos bens que estejam vinculados ao processo.** [...] Cabe, ainda, frisar que não existe perdimento automático, salvo aquele decorrente de bens ilícitos, na forma do art. 91, II, *a*, do CP. [...] **Por outro lado, havendo condenação, ainda assim o juiz deverá enfrentar especificamente a questão perdimento definitivo dos bens, já que a simples sentença condenatória não gera automaticamente o efeito de perdimento.** [...] Não basta apenas que exista uma sentença condenatória para que os bens sejam considerados definitivamente perdidos. Todos os bens que sofreram qualquer tipo de constrição ao longo do processo devem ser objeto de análise pelo magistrado. [...] Os efeitos da condenação quanto ao perdimento de bens não são automáticos. (Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei n. 11.343/2006. 2. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais , 2007, págs. 318/319).

Caso se admitisse a conversão automática do sequestro de bens em perdimento absoluto, sem qualquer apreciação por parte do magistrado da causa principal, estar-se-ia ferindo de morte o art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal.

Por derradeiro, não se olvida que, consoante entendimento deste Tribunal, uma vez demonstrada a origem espúria da *res*, cabe ao acusado fazer prova da sua licitude. Contudo, na hipótese em apreço, como visto, não foi apreciado em nenhum momento no processo se os objetos sequestrados tratavam-se, de fato, de produto da prática delitiva.

O que houve foi a concessão de medida cautelar para que se apreendesse e indisponibilizasse alguns bens que, com base em indícios, entendeu-se haver a possibilidade de apresentarem origem ilícita, logicamente, aguardando posterior manifestação do juiz da causa.

E, *in casu*, nada obstante a condenação no feito principal, o combativo promotor não ofertou embargos de declaração para ver suprida a omissão quanto a eventual origem criminoso dos objetos sequestrados e seu perdimento.

Ao contrário, permaneceu silente, de sorte que o *decisum* transitou em julgado.

Assim, porque não enfrentada a questão pelo magistrado sentenciante e, transitada em julgado a sentença para o órgão acusador, escorreita a decisão que ordenou a restituição dos bens sequestrados ao apenado.

Nessa esteira, colhe-se da jurisprudência:

INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. [...]. BENEFÍCIO DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. [...]. PERDIMENTO DOS OBJETOS ADVINDOS DO CRIME. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. [...].6 - O perdimento dos objetos

apreendidos em razão da prática do crime de tráfico de drogas, por força do artigo 63 da Lei nº 11.343/06, não é efeito automático da condenação, devendo ser expressamente consignado em sentença. (TJES - Apelação Criminal 17080003977, rel. Des. Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça).

Dessarte, mantém-se incólume a sentença guerreada.

DECISÃO

Ante o exposto, a Segunda Câmara Criminal, por unanimidade de votos, nega provimento ao recurso.

O julgamento, realizado no dia 19 de julho de 2011, foi presidido pelo Exmo. Des. Sérgio Paladino, com voto, e dele participou o Exmo. Des. Irineu João da Silva. Representou a douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 19 de julho de 2011.

Tulio Pinheiro
RELATOR

Apelação Criminal n. 2011.051366-6, de Sombrio

Relator: Desembargador Substituto Tulio Pinheiro

APELAÇÃO CRIMINAL. DELITO DE MAUS-TRATOS. PAI QUE, A PRETEXTO DE CORRIGIR ATO INDISCIPLINAR DA FILHA DE NOVE ANOS, DESFERE-LHE UMA CINTADA. RECURSO DEFENSIVO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. VIABILIDADE. CONDUTA QUE APESAR DE NÃO RECOMENDÁVEL, NÃO SE AMOLDA AO TIPO PENAL DO ART. 136 DO CÓDIGO REPRESSIVO. AUSÊNCIA DE ABUSO CAPAZ DE OCASIONAR RISCO À VIDA OU À SAÚDE FÍSICA DA VÍTIMA. FATO ISOLADO E BOA CONVIVÊNCIA FAMILIAR. DELITO NÃO CARACTERIZADO. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2011.051366-6, da Comarca de Sombrio (2ª Vara), em que é apelante Domingos Antonio Anacleto e apelado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso para absolver o apelante com fulcro no art. 386, inc. III, do CPP. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Paladino (Presidente) e Des. Irineu João da Silva.

Florianópolis, 13 de setembro de 2011.

Tulio Pinheiro
RELATOR

RELATÓRIO

No Juízo da 2ª Vara da Comarca de Sombrio, Domingos Antonio Anacleto foi denunciado como incurso nas sanções do art. 136, § 3º, do Código Penal c/c o art. 7º da Lei n. 11.340/2006, pela prática da seguinte conduta delitiva, assim narrada na exordial acusatória:

No dia 8 de agosto de 2010, em horário a ser precisado durante a instrução processual, na Estrada Geral São Francisco, s/n, nesta cidade e comarca, o denunciado Domingos Antonio Anacleto, com o objetivo de disciplinar a filha menor C. L. A., com apenas 9 anos de idade, abusando dos meios de correção, maltratou-a, agredindo-a fisicamente de modo a causar-lhe as lesões corporais descritas no Auto de Exame de Corpo de Delito de fl. 4. (fls. II/III).

Concluída a instrução, o MM. Juiz Daniel Lazzarin Coutinho julgou procedente a denúncia para condenar o réu à pena de 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de detenção, a ser cumprida em regime inicial aberto, pela prática do crime de maus tratos contra pessoa menor de 14 (catorze) anos. Na sequência, Sua Excelência concedeu o *sursis*, pelo prazo de 2 anos e condições previstas no art. 78, § 2º, *a*, *b* e *c*, e o direito de recorrer em liberdade.

Insatisfeito, o sentenciado, por intermédio de seu defensor, interpôs recurso de apelação, por meio do qual pugnou pela absolvição por insuficiência de provas.

Contra-arrazoado o recurso, ascenderam os autos a esta Corte.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Dr. Robison Westphal.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Domingos Antonio Anacleto em face de sentença que o condenou pela prática do crime de maus tratos contra sua filha C. L. A.

Narra a peça inaugural que, no dia 8 de agosto de 2010, o acusado, visando à aplicação de medida de correção, agrediu a vítima, ocasionando-lhe as lesões descritas no auto de exame de corpo de delito de fl. 4.

Entendeu o digno magistrado que ficou suficientemente demonstrado na instrução processual que o réu praticou o crime descrito no art. 136, *caput*, do Código Penal, *verbis*:

Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

Data maxima venia, a conduta perpetrada não se amolda ao aludido tipo penal, de sorte que merece acolhida o pleito absolutório.

Isso porque, da análise do dispositivo em voga, nota-se que, para a caracterização do crime de maus tratos, faz-se necessária a demonstração de que o agente, munido de *animus corrigendi*, tenha praticado excesso na correção, isto é, tenha abusado do seu direito de autoridade, de maneira que exponha a perigo a vida ou a saúde da vítima.

A título de ilustração, traz-se à baila ensinamento do doutrinador Rogério Greco:

A última das modalidades de cometimento do delito de maus-tratos talvez seja a mais utilizada, vale dizer, o abuso de meios de correção ou disciplina. O agente atua com o chamado *animus corrigendi* ou *disciplinandi*. Contudo, abusa do seu direito de corrigir. (...) a palavra utilizada pelo tipo penal do art. 136, vale dizer, *abuso*, diz respeito ao excesso nos meios de correção ou disciplina.

Assim, os pais não estão impossibilitados de corrigir os seus filhos moderadamente, mas, sim, completamente proibidos de abusar desse direito, sob pena de serem responsabilizados criminalmente. (Curso de Direito Penal: Parte Especial. v. II. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2008. p. 383/384, grifo nosso).

Nesse contexto, quando se fala de maus-tratos cometidos por pais contra os filhos, importante se ter em mente a distinção entre a intensidade da medida de correção moral ou socialmente reprovável, e aquela capaz de ensejar a sanção penal.

Enquanto para a primeira o limite da reprimenda aceito varia de pessoa para pessoa, de comunidade para comunidade (sobretudo diante das diversidades culturais, sócio-econômicas e até emocionais de cada um), para a segunda deve o aplicador da lei interpretar da maneira mais objetiva possível, ponderando o que pode ou não ser considerado “excessivo”, de acordo com o parâmetro mencionado no próprio tipo penal, capaz de “*expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa*”.

Noutras palavras, embora, por exemplo, possa ser considerado excesso “uma chinelada” de um pai contra o filho, a tomar por base determinadas pessoas e seu contexto social, no âmbito criminal o fato não caracterizaria, por si só, um ilícito, uma vez que tal conduta não é capaz de atingir suficientemente os bens jurídicos tutelados pelo tipo penal em apreço, quais sejam, a vida e a saúde da vítima.

Nesta esteira, analisando-se o cotejo probatório, verifica-se que, *in casu*, não restou configurado o delito pelo qual o recorrente foi condenado.

A prova oral coligida denota que a vítima saiu de casa às 15:00 horas e retornou por volta das 21:00 horas, o que gerou notória preocupação e nervosismo de seu pai, ora réu, que, em virtude da recente morte da matriarca da família, assumiu a responsabilidade de criação e educação da prole, pelo que, descontrolado, desferiu contra a ofendida “uma cintada”,

o que, embora moralmente reprovável, não se afigura capaz de pôr em risco a incolumidade física desta, o que redundaria na atipicidade da conduta.

Assim é que o apelante, na fase policial (fls. 7/8), admitiu ter batido em sua filha C. L. A., ao argumento de que *“no dia dos fatos as suas filhas C. e C. foram no mercado comprar refrigerante e demoraram; QUE quando voltaram “passou a cinta” nas duas;”*.

Em juízo, esclareceu o motivo por que entendeu por bem a aplicação da reprimenda:

Que a vítima saiu de casa às três horas da tarde e voltou somente por volta das oito e meia nove horas da noite; que ficou “quase louco” de preocupação; que ficou um pouco nervoso e fez uma “cagada”; que bateu na vítima com uma cinta; que bateu na vítima para que ela não saísse mais durante tanto tempo; (...) (fl. 43).

No mesmo sentido estão as declarações da ofendida.

No procedimento inquisitorial, C. contou que *“como chegaram muito tarde, o pai dela ficou muito brabo e bateu na informante e na sua irmã mais velha;”*, ressaltando *“que seu pai não costuma bater nela e em seus irmãos”* (fl. 5). Sob o crivo do contraditório, acrescentou que *“apanham porque fazem arte. Que seu pai é o único adulto da casa; que faz Ciac de manhã e vai pra escola à tarde; que o único motivo pelo qual apanham “é porque fazem arte”* (fl. 37).

A assistente social Vanessa Isoppo da Silva, que registrou o boletim de ocorrência contra o acusado, contou em juízo que:

(...) se recorda dos fatos descritos na denúncia; que esses fatos aconteceram logo depois do falecimento da esposa do acusado; que os filhos do acusado “são um pouco levados”; que após a morte da esposa o acusado passou um pouco de trabalho para cuidar das crianças; (...) que após o falecimento da mãe as crianças sentiram bastante a perda da genitora; que atualmente sabe que a irmã mais velha da vítima vem dando algum trabalho; que os filhos do acusado

vão para a aula; (...) **que o fato descrito na denúncia foi isolado** (...) (negritou-se) (fl. 38).

O irmão mais velho da vítima, Jonatan Anacleto, ao magistrado contou que as cintadas se deram em virtude de *“falta de respeito”* por parte de C. Acrescentou que não lembra de sua irmã ter ficado com marca roxa no local e relatou que o acusado jamais se excedeu nas medidas disciplinares aplicadas (fl. 39).

Os depoimentos dos testigos Theodoro Nunes da Silva e Conceição Caetano de Mello foram apenas abonadores ao apelante, valendo destacar as declarações do primeiro:

Que é vizinho do acusado há quinze anos (...); que acha o acusado um bom pai; que após o falecimento da esposa o acusado está conseguindo criar os filhos adequadamente (...) que as crianças são “da pá virada”; que a vítima é “matreirinha” (...) que o acusado grita pouco e bate pouco nos filhos; que a filha mais velha não o obedece e se o acusado facilitar “suas filhas vão pra rua”. (fl. 41)

Em casos desse jaez, retira-se da jurisprudência:

APELAÇÃO-CRIME. ARTIGO 136, § 3º, DUAS VEZES, NA FORMA DO ARTIGO 69, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, COMBINADOS COM A LEI Nº 11.340/06. ABSOLVIÇÃO. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. ANÁLISE DA INSURGÊNCIA MINISTERIAL. ARTIGO 136, §3º, DUAS VEZES, NA FORMA DO ARTIGO 69, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, COMBINADOS COM A LEI Nº 11.340/06 (MARIA DA PENHA). DECISÃO ABSOLUTÓRIA. PRETENSÃO À CONDENAÇÃO. (...) Em que pese ter havido a apreensão de um relho de borracha, com cabo de ferro (artesanal), conforme documento trazido aos autos, **na espécie, no que diz respeito aos atos de correção e disciplina, o tipo penal definido no artigo 136 do Código Penal prevê que haja abuso na perpetração, ou seja, mister que haja um excesso nos meio de correção e disciplina, um uso inconveniente, a exasperação, o exagero, para que se configure o ilícito, o que não restou caracterizado nos autos.** Desta forma, impõe-se a manutenção da absolvição. APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJRS - Apelação Criminal n. 70029884970,

rel^a. Des^a. Lais Rogéria Alves Barbosa, j. 30/07/2009) (original sem grifo).

Esta Corte, em hipótese assemelhada, decidiu:

Maus tratos. Delito não caracterizado. Agressão da mãe contra filha a pretexto de corrigi-la. Vítima que costumava fugir do jardim de infância, não tomando, de imediato, o rumo da casa, causando, destarte, intensa preocupação à acusada, mãe extremada. Conduta da ré que não colocou em risco a vida ou a saúde da filha. Ausência de dolo, embora inadequada a medida imposta. Absolvição decretada (CPP, artigo 386, inciso III). Recurso provido. (Apelação Criminal n. 31.692, rel. Des. Alberto Costa).

Destarte, porque não configurado o tipo penal do art. 136 do Estatuto Repressivo, a absolvição do apelante é medida imperativa, *ex vi* do art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal.

Este é o voto.

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

Apelação Criminal n. 2010.069009-9, de Chapecó

Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho

APELAÇÕES CRIMINAIS – HOMICÍDIO CULPOSO E LESÃO CORPORAL CULPOSA.

RECURSO DA DEFESA – PRELIMINARES – NULIDADE FUNDADA NO ARGUMENTO DE QUE O DESPACHO QUE RECEBEU A DENÚNCIA CARECE DE MOTIVAÇÃO – PRESCINDIBILIDADE – PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS – INÉPCIA DA DENÚNCIA – PEÇA ACUSATÓRIA QUE TRAZ PERFEITAMENTE AS CONDUCTAS DOS ACUSADOS, PROPICIANDO A AMPLA DEFESA – REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS – NULIDADE DA SENTENÇA – AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO ACERCA DE TESES DEFENSIVAS LANÇADAS NAS ALEGAÇÕES FINAIS – DECISÃO QUE AFASTA, AINDA QUE INDIRETAMENTE, TODAS AS MATÉRIAS VENTILADAS – SUFICIÊNCIA DOS MOTIVOS QUE EMBASARAM O CONVENCIMENTO DO JUIZ – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – EIVAS INEXISTENTES – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO, EM RELAÇÃO AO CRIME DE LESÃO CORPORAL CULPOSA – PENA FIXADA EM 2 (DOIS) MESES DE DETENÇÃO – TRANSCORRIDO

PRAZO SUPERIOR A 2 (DOIS) ANOS ENTRE OS MARCOS INTERRUPTIVOS – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECLARADA.

MÉRITO – PUGNADAS ABSOLVIÇÕES – IMPOSSIBILIDADE – ACIDENTE ENVOLVENDO JET SKI, CONDUZIDO POR CRIANÇA NÃO HABILITADA – CONJUNTO PROBATÓRIO APTO A COMPROVAR A CULPA DO PROPRIETÁRIO DA EMBARCAÇÃO E DO PAI DO MENOR DE IDADE – CONDENAÇÕES MANTIDAS.

PLEITEADO AFASTAMENTO DA AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, II, “H”, DO CÓDIGO PENAL – CRIME COMETIDO CONTRA CRIANÇA – NÃO APLICABILIDADE DE TAL MAJORAÇÃO AOS CRIMES CULPOSOS – ORIENTAÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL.

PENA RESTRITIVA DE DIREITOS CONSISTENTE EM PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – ALMEJADA EXCLUSÃO – PEDIDO INVIÁVEL – MONTANTE DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO, CUJO PAGAMENTO DEVERÁ SER FEITO EM CONFORMIDADE COM PORTARIA CONJUNTA DAS VARAS CRIMINAIS DA COMARCA – REDUÇÃO, ADEMAIS, INDEVIDA – PROPORCIONALIDADE COM A SITUAÇÃO ECONÔMICA DOS ACUSADOS E REPROVABILIDADE DAS CONDUTAS.

RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PRETENDIDA A ELEVAÇÃO DAS PENAS-BASE DO HOMICÍDIO CULPOSO, EM FACE DA INTENSA CULPABILIDADE DOS RÉUS E DA EXTENSÃO DOS DANOS DECORRENTES DO ACIDENTE – POSSIBILIDADE – PROVIMENTO NO PONTO – MAJORAÇÃO DO AUMENTO REFERENTE À AGRAVANTE RECONHECIDA NA SENTENÇA – PLEI-

TO PREJUDICADO EM RAZÃO DO SEU AFASTAMENTO NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2010.069009-9, da comarca de Chapecó (2ª Vara Criminal), em que são apelantes e apelados Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Almir Carlos de Oliveira e outro, e apelado o Assistente do Ministério Público:

ACORDAM, em Terceira Câmara Criminal, por votação unânime, afastar as preliminares de nulidade, dar parcial provimento aos recursos da defesa para reconhecer a prescrição em relação ao crime de lesão corporal culposa e para excluir a agravante prevista no art. 61, II, “h”, do Código Penal, bem como dar parcial provimento ao apelo do Ministério Público para majorar as penas-base dos réus no tocante ao crime de homicídio culposo. Custas legais.

RELATÓRIO

Na comarca de Chapecó, o órgão do Ministério Público ofereceu denúncia em face de Almir Carlos de Oliveira, imputando-lhe a prática dos crimes previstos nos arts. 121, §§ 3º e 4º, e 129, §§ 6º e 7º, c/c o art. 70, todos do Código Penal, e contra Donavo Lafaiete Santos de Souza, por infração aos arts. 121, § 3º, e 129, § 6º, c/c o art. 70, todos do Código Penal, pelos fatos assim descritos na exordial acusatória:

“Segundo consta no caderno informativo e investigações que a esta servem de base, na tarde de 20/11/2005 dezenas de pessoas se banhavam e navegavam nas águas do rio Uruguai, proximidades da ponte na divisa do Estado de Santa Catarina com o Rio Grande do Sul, mais precisamente na área do ‘Camping Náutico Rota do Sol’, administrado por Pedrinho Rotava e José Paulo Rotava, sito na localidade Distrito Goio-En, interior deste município e Comarca de Chapecó-SC, quando por volta das 17h30min, assim como já haviam feito outras vezes naquela tarde, o denunciado **Almir Carlos**

de Oliveira, proprietário do Jet Ski Genonio, casco Bombardier Sea Doo, inscrição 441M2005002269, e o denunciado **Donavo Lafaiete Santos de Souza**, de maneira imprudente e negligente, permitiram, entregaram e confiaram a direção exclusiva desse veículo náutico para a criança A. L. N. de S., de apenas 10 anos de idade (nascido em 06/12/1994), filho desde último (Donavo), sendo coniventes com a condução por esta criança para recreio pelas águas do rio Uruguai, embora ele não possuísse a devida habilitação (Arrais amador), criando o risco de acontecer um infortúnio, cujo cuidado objetivo e a restrição para tal criança navegar lhes era exigível, assim como o resultado era perfeitamente previsível, ou mesmo possível de acontecer, embora não previsto pelos denunciados.

“Minutos após, aconteceu que a criança A. L. N. de S. perdeu o controle de navegação sobre aquele veículo náutico e aproximou-se da margem catarinense do rio Uruguai em grande velocidade, atropelando a banhista Mariluci Moreira Trindade (gestante) e que naquele instante se encontrava fora da água, causando nesta pessoa ofensa à integridade corporal caracterizada pelas lesões corporais que consistiram em ‘equimose na região glútea direita e perna esquerda’ (AEDC, fl.52).

“Não bastasse, tamanha a velocidade, o jet ski continuou projetando sobre os banhistas que estavam na margem do rio e também atropelou a criança T. R. de C., de apenas 7 anos de idade, que estava sentada em uma cadeira e após o impacto foi lançada para debaixo do veículo Vectra, placa MAP-4340, estacionado no local.

“Mesmo socorrida a vítima T. R. de C. não resistiu aos graves ferimentos e faleceu ao dar entrada no Hospital Regional de Chapecó-SC [...]

“Ato contínuo o jet ski colidiu contra esse mesmo veículo Vectra, placa MAP-4340, e assim arremessou a criança A. L. N. de S. para dentro desse carro, passando ela pela porta traseira direita que se encontrava aberta. Por conta do forte impacto o veículo Vectra foi deslocado para o lado e colidiu no veículo Gol, placa CDL-0377, estacionado em paralelo.

“Ao condutor do jet ski, a criança A. L. N. de S., resultaram as seguintes lesões corporais ‘equimoses em joelho e coxa esquerda. Escoriações em perna e tornozelo esquerdo’ [...]” (fls. I/III, com grifos no original).

Finda a instrução processual, o Magistrado *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na denúncia para condenar os réus, cada qual, à pena de 1 (um) ano e 5 (cinco) meses de detenção, em regime inicialmente aberto, por infração aos arts. 121, § 3º, e 129, § 6º, *c/c* o art. 70, parágrafo único, todos do Código Penal. Por preencher os requisitos legais, a pena privativa de liberdade foi substituída por duas medidas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços comunitários, à razão de 1 (uma) hora para cada dia de condenação, e prestação pecuniária, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a ser cumprida conforme Portaria Conjunta n. 01/2009 das Varas Criminais da Comarca de Chapecó (fls. 645/667).

Inconformada em parte com a decisão, a Justiça Pública, por seu Promotor, interpõe apelação criminal para que a pena-base de 1 (um) ano (fixada ao crime de homicídio culposo) e a parcela da agravante prevista no art. 61, II, “h”, do Código Penal, sejam aumentadas em desfavor dos acusados (fls. 669/676).

De igual forma, insatisfeitos com o decreto cordenatório Almir Carlos de Oliveira e Donavo Lafaiete Santos de Souza interpõem recurso de apelação (fl. 682) e, em suas razões, alegam em preliminar (não necessariamente nesta ordem): a) nulidade do feito pela ausência de fundamentação do despacho de recebimento da denúncia; b) nulidade dos autos pela falta de descrição da conduta culposa na denúncia, o que gerou cerceamento de defesa; c) nulidade da sentença pela falta de apreciação de todas as teses defensivas; d) prescrição no tocante ao crime de lesão corporal culposa. No mérito, requereram suas absolvições, sob o argumento, em suma, de ausência de provas de que entregaram a direção exclusiva do veículo náutico para a criança A. L. Para tanto, tecem considerações sobre circunstância que exclui o suposto crime; causa de exclusão de ilicitude (exercício regular de direito); fundada dúvida sobre a existência de circunstância que isente os réus de pena, nos termos do art. 386, VI, do Código de Processo Penal; atipicidade da conduta por ausência de previsibilidade objetiva e subjetiva, e ainda sobre

excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa. Quanto à dosimetria da pena, pretendem o afastamento da agravante prevista no art. 61, II, “h”, do Código Penal; a declaração de nulidade da pena de prestação pecuniária, seja por falta de fundamentação, seja por ausência de destinatário, ou, subsidiariamente, pela fixação no seu mínimo legal aos herdeiros da vítima (fls. 686/720).

Contrarrazões ofertadas (fls. 721/738, 745/756 e 758/767), os autos ascenderam a esta Corte, perante a qual a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Jorge Orofino da Luz Fontes, manifesta-se pelo conhecimento e parcial provimento dos reclamos (fls. 774/789).

VOTO

Os recursos preenchem os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, motivo pelo qual devem ser conhecidos.

1 Proceder-se-á, inicialmente, à análise dos pleitos defensivos, haja vista que caso seja reconhecida alguma nulidade ou declaradas as absolvições dos acusados, acarretará a prejudicialidade em relação ao recurso do Ministério Público.

1.1 Das preliminares

a) nulidade do feito pela ausência de fundamentação do despacho de recebimento da denúncia

Alega a defesa que os apelantes, desde o recebimento da denúncia, vêm sofrendo constrangimento ilegal em virtude de que não restou fundamentado o despacho que deu prosseguimento à ação penal “*implicando em um procedimento absolutamente nulo*” (fl. 692).

Contudo, razão não lhe assiste.

É que o ato jurisdicional que recebe a denúncia não é classificado

como decisão, mas sim, como despacho meramente ordinatório, não se submetendo, dessa forma, ao disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal.

Sobre a matéria em discussão, Julio Fabbrini Mirabete esclarece:

“Deve o juiz receber a denúncia ou a queixa que preencher os requisitos do art. 41 e não se encontrar em qualquer das situações previstas no art. 43. Segundo é pacífico na jurisprudência, não há necessidade de que o juiz fundamente a decisão, ao contrário no que ocorre no caso de não recebimento ou rejeição, a não ser na hipótese de crime falimentar (art. 109, § 2º, da Lei n. 7.661, de 21/6/45). Entretanto, tem-se colocado a discussão a respeito da necessidade da fundamentação do despacho de recebimento da denúncia ou queixa após entrar em vigor a Constituição Federal de 1988. Determina esta que ‘todas as decisões’ devem ser ‘fundamentadas’, ‘sob pena de nulidade’ (art. 93, IX), o que incluiria tal decisão [...]. Entretanto, os tribunais não têm aceitado tal orientação, por entenderem que não se trata de ato decisório. Tem-se entendido até, aliás, que a falta do despacho expresso de recebimento, com a determinação de ser citado o réu, é sanável. [...]” (*Código de processo penal interpretado*. 11. ed. 13. reimp. São Paulo: Atlas, 2008. p. 211).

Nesse sentido, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. DESNECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. PRECEDENTES. SUPERVENIÊNCIA DE ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. QUESTÃO SUPERADA.

“1. À luz da jurisprudência dominante, não obstante alguns posicionamentos contrários, é dispensável a fundamentação no despacho que recebe a denúncia, visto que tal procedimento não possui caráter decisório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

“2. Ainda que ultrapassado este fundamento, com a prolação do acórdão condenatório, que abrange não só a questão da viabilidade da exordial acusatória, mas também o mérito da causa, esvazia-se a discussão acerca da necessidade ou não de fundamentação do despacho que recebe a denúncia.

“3. Ordem denegada” (HC n. 179.134/SP, rel. Min. Haroldo Rodrigues, Des. Convocado do TJ/CE, DJUe de 9/3/2011).

Esta Corte não destoa: Apelação Criminal n. 2010.039749-2, de São José, rel. Des. Irineu João da Silva, j. em 10/5/2011; Apelação Criminal n. 2010.051139-1, de Criciúma, rel. Des. Rui Fortes, j. em 22/2/2011; Apelação Criminal n. 2008.034983-4, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 24/3/2009; Apelação Criminal n. 2007.038880-2, de Balneário Piçarras, rel. Des. Tulio Pinheiro, j. em 13/05/2008; entre tantas outras.

Dessa forma, em se tratando de ato interlocutório simples, prescinde de fundamentação, como também de maiores formalidades, razão pela qual não há que se falar em nulidade.

b) inépcia da denúncia por falta de descrição das condutas culposas

Em seu arrazoado, alega a defesa que a denúncia é inépta, pois não descreveu o fato delituoso de forma detalhada, indicando apenas os núcleos do tipo, os quais, segundo diz, sequer encontram suporte probatório.

Como é cediço, o recebimento da peça inicial está adstrito tão somente à existência de elementos seguros que demonstrem a ocorrência do crime e a existência de indícios suficientes da autoria.

Na hipótese, a exordial acusatória demonstrou satisfatoriamente o fato criminoso, embasada nos elementos até então colhidos no inquérito policial n. 374/2005, descrevendo claramente que:

“[...] o denunciado **Alamir Carlos de Oliveira**, proprietário do Jet Ski Genonio, casco Bombardier Sea Doo, inscrição 441M2005002269, e o denunciado **Donavo Lafaiete Santos de Souza**, de maneira imprudente e negligente, permitiram, entregaram e confiaram a direção exclusiva desse veículo náutico para a criança A. L. N. de S., de apenas 10 anos de idade (nascido em 06/12/1994), filho desde último (Donavo), sendo coniventes com a condução por esta criança para recreio pelas águas do rio Uruguai, embora ele não possuísse

a devida habilitação (Arrais amador), criando o risco de acontecer um infortúnio, cujo cuidado objetivo e a restrição para tal criança navegar lhes era exigível, assim como o resultado era perfeitamente previsível, ou mesmo possível de acontecer, embora não previsto pelos denunciados [...]” (fl. II, com grifos no original).

Veja-se que a denúncia apontou claramente os supostos autores dos ilícitos; e ainda o mal que adveio de suas condutas (morte de T. R. de C. e lesões corporais de Mariluci Moreira Trindade); o lugar (interior do município de Chapecó); e o tempo em que ocorreu a ação (20 de novembro de 2005).

Logo, insubsistente a argumentação defensiva porquanto a peça inicial possibilitou aos réus amplo conhecimento dos fatos que lhe são imputados, bem como a plenitude do contraditório e da defesa.

Nesse sentido, extrai-se de precedente desta Corte de Justiça:

“APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR (ART. 302, *CAPUT*, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO).

“PRELIMINARES. AVENTADA NULIDADE DO FEITO POR INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. PEÇA QUE DESCREVE SUFICIENTEMENTE A CONDUTA DELITIVA, VIABILIZANDO O EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA. REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ATENDIDOS. [...]” (Apelação Criminal n. 2007.056464-6, de Rio do Campo, rel. Des. Túlio Pinheiro, j. em 19/8/2008).

No mais, lembra-se que “*se a denúncia estava formalmente perfeita, contendo a descrição clara dos fatos que, em tese, configuram crime, e não havia prova inequívoca em sentido contrário, impunha-se o respectivo recebimento, porquanto existia justa causa para a instauração da ação penal, não se podendo repelir a acusação com fundamento na ausência de prova relativamente àquilo que o dominus litis se propôs a demonstrar no curso da instrução*” (Apelação Criminal n. 2007.018155-2, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 3/7/2007).

Dessarte, infere-se que estão satisfeitos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não conduzindo os argumentos lançados à inépcia da denúncia.

c) nulidade da sentença pela falta de apreciação de tese defensiva

A defesa pleiteia, ainda, a nulidade da sentença, que não teria enfrentado todas as teses defensivas apresentadas nas alegações finais.

Mais uma vez, sem razão os apelantes.

É importante ressaltar que, relativamente às nulidades, “*o processo penal pátrio é regido pelo princípio pas de nullité sans grief, pelo qual não se declara nulidade onde inexistente prejuízo para a apuração da verdade substancial da causa*” (STJ, HC n. 15.523/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. em 7/8/2002), ou seja, nenhuma nulidade é de ser declarada se não houver prova do prejuízo para a acusação ou a defesa, como expressamente dita o art. 563 do Código de Processo Penal e como os Tribunais Superiores têm reiteradamente decidido, afirmando, inclusive, que “*já é tempo para deixar-se de espiolhar nulidades em tudo, prejudicando a essência do processo que é encontrar a verdade*” (STJ, RHC n. 3.150-6/SP, rel. Min. Jesus Costa Lima, j. em 10/11/1993).

Como bem frisou Magalhães Noronha, nosso Código Processual Penal insurgiu-se contra formalismos excessivos, leia-se:

“Em mais de um passo, a Exposição de Motivos diz qual a maneira por que considerou nosso estatuto adjetivo material. Começa por dizer que ‘o processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma vigorosa e expedita aplicação da justiça penal. As nulidades processuais, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoia a substância do processo e se perde o tempo e a gravidade da justiça’ (item II). E mais adiante: ‘Como já foi dito de início, o projeto é infenso ao excessivo rigorismo

formal, que dá ensejo, atualmente, à infundável série das nulidades processuais'. Segundo a justa advertência de ilustre processualista italiano: 'Um bom direito processual penal deve limitar as sanções de nulidades àquele estrito mínimo que não pode ser abstraído sem lesar legítimos e graves interesses do Estado e dos cidadãos.

"O projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo, que se compraz em espolhar nulidades. (...)'" (item XVIII)" (*Curso de Direito Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 331).

Julio Fabbrini Mirabete não discrepa, ao assim lecionar:

"O Código de Processo Penal ficou em um meio termo entre os sistemas formalista e da instrumentalidade das formas, procurando ser restritivo em matéria de nulidades ao afastar um formalismo excessivo, como aliás se observa da Exposição de Motivos (itens II e XVII). Negando o excesso de formalismo, estabeleceu o sistema da prevalência dos impedimentos de declaração ou de argüição das nulidades. Seu princípio básico é enunciado logo de início no título referente às nulidades: 'Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resulta prejuízo para a acusação ou para a defesa' (art. 563). É o princípio *pas de nullité sans grief*, pelo qual não existe nulidade desde que da preterição da forma legal não haja resultado prejuízo para uma das partes. Esse prejuízo deve ser provado pela parte interessada, nas nulidades relativas, mas é presumido nas absolutas. A demonstração do prejuízo faz-se pelo raciocínio lógico, se demonstre que o vício acarretou lesão ao direito da acusação ou defesa, por impossibilidade do oferecimento de prova, de requerer o que lhe era direito etc. Em outras hipóteses, é necessário que o prejudicado demonstre a lesão aos seus interesses processuais através de documentos, exames periciais, testemunhas etc.

"É o princípio da instrumentalidade das formas processuais que fundamenta também o artigo 566: 'Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa'. Se os atos processuais têm como fim a realização da justiça, e este é conseguido apesar da irregularidade daqueles, não há razão para renová-lo" (*Processo Penal*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 1995. p. 583).

No caso, como se faz prescindível a motivação do despacho que recebe

a denúncia, o silêncio no *decisum* condenatório quanto à essa assertiva apresentada nas alegações finais não enseja qualquer prejuízo ao réu, de maneira a afastar a suscitada nulidade.

Quanto aos demais pontos apresentados pela defesa, no intuito de ver os réus absolvidos, é entendimento pacífico que o magistrado não é obrigado a analisar, expressamente, uma a uma as teses trazidas pelos causídicos, quando aponta, de forma clara, as razões do seu convencimento, como de fato ocorreu.

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

“Não se tem como omissa a sentença condenatória que, embora não se referindo, expressamente, a tese da defesa, fundamenta a condenação com base nos elementos probatórios reputados válidos para caracterizar o crime narrado na denúncia e sua autoria. Embora seja necessário que o Magistrado aprecie todas as teses ventiladas pela defesa, torna-se despiciendo a menção expressa a cada uma das alegações se, pela própria decisão condenatória, resta claro que o Julgador adotou posicionamento contrário.” (STJ, RHC 12842/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 29/09/2003 [...]” (HC n. 50.211/RJ, rel. Min. Felix Fischer, j. em 20/4/2006, DJU de 14/8/2006, p. 306).

Nesse sentido, desta Corte:

“PLEITO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE DA SENTENÇA – AUSÊNCIA DE ENFOQUE DE TESES DEFENSIVAS – INOCORRÊNCIA – *DECISUM* QUE REBATE TODAS AS QUESTÕES AGITADAS PELAS PARTES, AINDA QUE INDIRETAMENTE – DESNECESSIDADE DE RESPOSTA EXPRESSA À INTEGRALIDADE DOS ARGUMENTOS DEDUZIDOS PELAS DEFESAS – SUFICIÊNCIA DA EXPOSIÇÃO CLARA DOS FUNDAMENTOS QUE EMBASARAM O CONVENCIMENTO DO JUIZ – PRECEDENTES.

“[...] Resta suficientemente fundamentada a sentença condenatória que, cotejando as provas contidas nos autos, faz menção direta às razões que serviram para formar a convicção do magistrado acerca da materialidade e autoria dos delitos praticados. [...] Não é omissa a

decisão que, fundamentadamente, abraça tese contrária à da defesa. Demonstrada a autoria, a rejeição da tese de inocência do paciente, por redundância, não precisava ser formalmente explicitada (Precedentes do STJ e do Pretório Excelso). Ordem denegada.’ (STJ, Min. Félix Fischer)” (Apelação Criminal n. 2006.027969-6, da Capital/Estreito, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. em 5/6/2007).

Em comentário à expressão utilizada pela doutrina francesa *pas de nullité sans grief*, Ada Pellegrini Grinover e outros lecionam: “*Sem ofensa ao sentido teleológico da norma não haverá prejuízo e, por isso, o reconhecimento de nulidade nessa hipótese constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil, que sacrificaria o objetivo maior da atividade jurisdicional*” (*As nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 31/32).

À toda evidência, a norma constitucional invocada pelos acusados (art. 93, IX) visa proteger o cidadão de decisões arbitrárias do Poder Judiciário, obrigando o magistrado a declinar as razões, os fundamentos pelos quais concluiu pela condenação penal, não ficando obrigado a afastar cada um dos argumentos em particular.

Por conseguinte, deve ser rechaçada a nulidade em apreço.

d) da prescrição no tocante ao crime de lesão corporal culposa

Pretendem os apelantes, ainda, o reconhecimento da prescrição punitiva do Estado, na forma retroativa, em relação ao crime de lesão corporal culposa.

Nesse ponto, convém ressaltar que, apesar de o órgão do Ministério Público asseverar em contrarrazões que tal pleito deverá ser analisado após a decisão nesta Instância, “*frente ao recurso ministerial para aumento de pena*” (fl. 738), conforme narrado no Relatório deste julgamento, a apelação do *Parquet* cinge-se, expressamente, à pena fixada ao crime de homicídio culposo, não podendo seus argumentos serem estendidos ao outro delito, por flagrante prejuízo aos réus.

Dessa forma, assiste razão à defesa.

Da análise dos autos, verifica-se que os acusados foram condenados ao cumprimento da pena de 2 (dois) meses de detenção, por infração ao art. 129, § 6º, do Código Penal, o qual prevê sanção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

No caso, ultrapassados mais de 2 (dois) anos entre a data do fato (20/11/2005, fl. I) e o recebimento da denúncia (27/11/2007, fl. 329), bem como entre esse e a publicação da sentença condenatória (22/6/2010, fl. 668), constata-se a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, de forma retroativa, já que o antigo inciso VI do art. 109 do Código Penal, vigente à época dos fatos, estabelecia a prescrição em 2 (dois) anos para os crimes com pena privativa de liberdade inferior a 1 (um) ano.

Apenas para ressaltar, mesmo que houvesse recurso da acusação a fim de majorar a pena-base do delito de lesão corporal culposa em razão das circunstâncias judiciais que considera desfavoráveis no que toca ao outro delito, e a ele fosse dado provimento, a pena do crime em análise não alcançaria o máximo de 1 (um) ano de detenção.

Diante disso, uma vez constatado que o tempo transcorrido entre a data do fato e o recebimento da denúncia, bem como entre o recebimento da peça de acusação e a publicação da sentença condenatória é superior a 2 (dois) anos, mister se faz o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, de maneira retroativa, com a decretação da extinção da punibilidade de Alamir Carlos de Oliveira e Donavo Lafaiete Santos de Souza, em relação ao delito previsto no art. 129, § 6º, do Código Penal, com fundamento no art. 107, IV, c/c o art. 109, VI, todos do mencionado Diploma.

1.2 Ultrapassadas as preliminares, passa-se à matéria de fundo.

1.2.1 Trata-se de acidente envolvendo o jet ski “Genonio”, de

propriedade de Alamir Carlos de Oliveira, pilotado por A. L. N. de S., com 10 (dez) anos de idade à época (certidão de nascimento de fl. 327), filho de Donavo Lafaiete Santos de Souza, quando, por volta das 17h30min do dia 20/11/2005, no camping denominado “Marina Rota do Sol”, às margens do Rio Uruguai, teria o menor perdido o controle da embarcação e provocado lesões corporais em Mariluci Moreira Trindade e a morte da menina T. R. de C., de 7 anos de idade (certidão de nascimento de fl. 34), vindo a ocasionar, ainda, danos materiais em dois veículos estacionados às margens do rio.

É fato incontroverso que a causa determinante do acidente foi a condução desgovernada de jet ski pela criança A. L. N. de S.

Requer a defesa as absolvições dos acusados, sob o argumento, em suma, de ausência de provas de que entregaram a direção exclusiva do veículo náutico para a criança.

Pois bem.

A materialidade dos delitos está sobejamente comprovada pelo boletim de ocorrência (fls. 4/7), termo de apreensão (fl. 12), termo de exibição e apreensão (fls. 30/31 e 37), pela certidão de óbito (fl. 35), pelo laudo de exame cadavérico (fls. 46/50), laudo pericial de lesão corporal (fl. 52), pelos termos de depósito (fl. 58) e de reconhecimento e entrega (fl. 59), pelo exame pericial em local de morte e veículo aquático (fls. 71/99), bem como pela vasta prova oral coligida aos autos.

Os réus, nas oportunidades em que foram ouvidos nestes autos, declararam que o menino estaria de carona no jet ski, pilotado por seu proprietário, tendo ambos caído na água. Ao ser colocado de volta no veículo, o garoto teria se apavorado e segurado no guidão, acelerando a embarcação que saiu desgovernada (Alamir Carlos de Oliveira, fls. 13/14 e 339/341, e Donavo Lafaiete Santos de Souza, fls. 67/68 e 561/562).

Contudo, a versão apresentada pelos acusados não se sustenta diante das demais provas carreadas, especialmente diante dos depoimentos das testemunhas presenciais dos fatos, as quais, de forma unânime, afirmam que a criança pilotava o jet ski sozinha durante aquela tarde.

Evandro Marcos Padilha Santos, da mesma forma que na etapa indiciária (fls. 23/24), declarou em Juízo:

“Que estava no local dos fatos; que percebeu que no local havia 02 jet sky e uma lancha com a identificação Grupo Oliveira, nesta última; que o depoente estava próximo a vítima T.; que não viu quando o jet sky atingiu a menina, somente avistando a máquina quando esta após a colisão passou pelo depoente vindo a atingir um veículo Vectra; **que o jet sky era conduzido por um menino quando do acidente; que o jet sky envolvido no acidente era amarelo;** que após ser atingida a vítima foi arremessada cerca de 05/06 metros para frente; **que naquela tarde tinha visto um menino conduzindo um jet sky sozinho; que lhe chamou atenção o fato de uma criança saber realizar manobras; que viu também um homem passando instruções ao menino quando então o menino ficava atrás do jet sky e tal homem na condução da máquina; que o menino que conduzia o jet sky quando do acidente era o mesmo que viu realizando manobras naquele dia;** que após o acidente permaneceu no local por mais 10 minutos; que viu um senhor carregando o menino no colo; que sabe que tal senhor usava óculos; que logo após a colisão com o Vectra tal senhor foi até o menino; **que instantes antes do acidente não ouviu ou soube de ninguém pedindo por socorro dentro da água;** que soube por terceiros que o pessoal da lancha estaria no local desde cedo, fazendo uma festa. [...]” (fl. 475, grifou-se).

De igual forma, Jair Rosina, esclareceu ao Magistrado, de início, que não conhecia os réus e as vítimas antes dos fatos. Alegou que estava de costas quando foi alertado por seu amigo Gilmar que o jet ski vinha na direção deles desgovernado e que ao se virar o acidente já havia acontecido. Declarou, ainda, “*que durante a tarde viu crianças conduzindo o jet sky; que tratava-se de um menino; que o menino parecia saber pilotar o jet sky; [...] que um senhor afirmou que estaria pilotando o jet sky; que o depoente somente viu*

o menino conduzindo a máquina [...]” (fl. 476).

Outra testemunha ocular do fatídico acidente, Ivania Aparecida Trindade Campos, ao corroborar sua declaração pretérita (fl. 33), afirmou em Juízo:

“Que a informante estava no local dos fatos; que ficou com sua família próximo à margem do rio; que cerca de 01 hora antes do acidente avistou um menino conduzindo um jet sky; que sua filha inclusive comentou com a informante o fato de uma criança estar na condução do jet sky; que antes de conduzir sozinho o menino parecia receber instruções do acusado Alimir aqui presente; que o menino ficava na frente do jet sky dirigindo este e o réu atrás; que o menino parecia saber pilotar o jet sky; que após as instruções conduziu a máquina sozinho, inclusive antes do acidente; [...] que o acusado Donavo estava no local e também conduzia um jet sky, que fazia manobras com o jet sky, durante a tarde; [...] que no local haviam no máximo 05 jet sky; que somente havia um jet sky amarelo; que a depoente viu o acusado Alimir, aqui presente, dando instruções ao menino no dia dos fatos; que a depoente era cliente da loja do acusado Alimir, não o conhecendo até o dia dos fatos” (fl. 477).

Gilmar Ficagna, testemunha compromissada e sem qualquer grau de parentesco ou amizade com os envolvidos, já ouvido na etapa indiciária (fls. 26/27), foi enfático ao afirmar para o Magistrado: “[...] *que avistou o momento em que o jet sky conduzido por um menino passou por duas cadeiras onde estava sentada duas mulheres e acabou acertando uma menina [...]”*. Mencionou, inclusive, que após o ocorrido “*viu um rapaz com um capacete conversando com a polícia; que referido rapaz mencionou que quando do acidente o menino não estava conduzindo o jet sky sozinho; que então o depoente corrigiu dizendo que avistou o menino vindo em sua direção sozinho instantes antes da colisão*”. A infirmar a versão dada pelos réus, declarou: “*que não ouviu comentários de que haveria uma terceira pessoa no jet sky que tivesse caído na água antes da colisão; [...] que não viu ninguém nadando no rio após o acidente*” (fls. 479/480).

Outra testemunha sem qualquer vínculo com os envolvidos no

acidente, Vanderli Adílio Machado, confirmando seu depoimento na época dos fatos (fls. 21/22), afirmou sob o crivo do contraditório: “[...] *Que o jet sky conduzido pelo menino chamou a atenção do depoente por ser seu condutor uma criança e pelas manobras que a criança realizava na condução da máquina; que presenciou tais manobras minutos antes do acidente; que antes do acidente já havia visto o menino pilotando sozinho o jet sky; [...]*” (fl. 481).

Ouvida nas duas etapas procedimentais deste processo, a vítima Mariluci Moreira Trindade corroborou as declarações até então apresentadas (fls. 36 e 483). Pinça-se de seu depoimento judicial:

“Que estava no local há uma pequena distância da margem do rio; que se recorda de ter visto 02/03 jet sky; que não lembra se havia uma lancha no local; **que em dado momento foi atingida pelo jet sky amarelo conduzido por um menino**; que antes da colisão teve tempo de dar 02 passos tentando defender-se; **que o menino quando do acidente dirigia o jet sky sozinho; que antes da colisão avistou o menino aprendendo a conduzir o jet sky dentro da água; que tratava-se de um adulto**; que não sabe dizer se referida pessoa era um dos acusados aqui presentes; que a vítima T. estava atrás da depoente sentada em uma cadeira, próximo a margem do rio; que o jet sky era conduzido bem próximo à margem do rio chegando a fazer ‘ondas’; [...] que o menino recebia instruções para usar o jet sky minutos antes do acidente; que foi a única vez que avistou o menino recebendo instruções; que o menino tinha cabelo preto; que a informante estava a uma distância de 03/05 metros do local em que o menino recebia a instrução; que não chegava a ouvir a pessoa dando as instruções; que a informante permaneceu o tempo todo no local” (fl. 483, grifou-se).

Não bastasse todo o alegado, Paulo Sérgio Ribeiro de Campos, tio da menina T., o qual a socorreu após o infortúnio, da mesma forma que na etapa indiciária (fls. 28/29), relatou em Juízo:

“[...] Que havia 02 jet sky e 01 lancha circulando próximo à margem do rio; que o jet sky conduzido pelo menino fazia manobras próximo a margem do rio; que chamou a atenção do depoente as manobras realizadas pelo menino notadamente por ser ele uma criança realizan-

do manobras que anteriormente o informante só tinha visto adultos realizando; que a criança demonstrava ‘intimidade com a máquina’; que o menino ora conduzia o jet sky sozinho, ora com outras pessoas; que acredita que quando da colisão o menino conduzia o jet sky sozinho [...]; que cerca de 30 minutos antes da colisão tinha visto o menino sozinho realizando manobras [...]” (fls. 484/485).

Por fim, Francieli de Almeida Sotoriva, que também não conhecia os réus e tampouco as vítimas, declarou em seu depoimento na Delegacia que “*chamou a atenção da declarante e de seus amigos um menino que estava pilotando um jet-ski de cor amarela, sendo que este ‘andava muito’, demonstrando habilidade com o jet-ski, dava a impressão que já pilotava jet-ski há muito tempo*”. Disse, também, que “*no período que viu o menino pilotando o jet-ski, que acredita que foi pelo período de mais de uma hora, este estava sempre sozinho, em nenhum momento viu outras pessoas acompanhando-o*” (fl. 43). Em Juízo, ouvida por meio de carta precatória à comarca de Francisco Beltrão/PR, a referida testemunha confirmou o alegado, inclusive as manobras realizadas pela criança, e, apesar de não precisar o horário correto, declarou ter visto o garoto pilotar o veículo náutico desde o início da tarde, por volta das 15h (mídia eletrônica à contracapa do volume 3).

Por outro lado, a tese sustentada pela defesa, além de isolada nos autos, por vezes restou contraditória nas palavras dos réus, bem como nos depoimentos das testemunhas por ela arroladas.

O acusado Almir Carlos de Oliveira afirmou, na fase inquisitória, que levou o menor André, no final da tarde, para dar uma volta no jet ski de sua propriedade. Em certo momento “*o menino A. acabou caindo do jet, e na água começou a gritar por socorro*”, e, na tentativa de salvá-lo, a trava de segurança acabou se soltando de seu braço. Ato contínuo, pulou na água e socorreu o menor, que foi por ele colocado em cima da embarcação, e este, assustado, acabou se projetando e acelerando-a, não tendo como evitar o acidente. Disse, ainda, que apenas não ficou no local dos fatos, pois levou A. L. ao hospital no município de Xanxerê (fls. 13/14).

Em Juízo, novamente disse que ao final do dia, pouco antes das 18h, A. lhe pediu para dar uma volta acompanhado. Diferentemente do antes alegado, afirmou que, após pegar uma correnteza, ele e o menor caíram na água, tendo o jet ski virado, porém, ainda ligado, pois a chave de segurança havia se soltado do braço (fls. 340/341).

Como se extrai de suas afirmações, num primeiro momento somente o menino caiu na água, e no segundo, os dois caíram juntos.

O corréu Donavo, pai do menor, por sua vez, corrobora a versão apresentada por Almir em Juízo, de que apenas autorizou seu filho, já no final da tarde, a ir na garupa do jet ski conduzido pelo proprietário da embarcação.

Todavia, contrariando a assertiva dada pelos réus e por algumas das testemunhas de defesa, no sentido de que a criança teria andado de jet ski no final da tarde depois de uma grande insistência da criança, o próprio menor asseverou em Juízo “*que foram andar de Jet Ski depois das 4 horas da tarde; que colocaram o Jet Ski na água nesta hora (4 da tarde)*” (fl. 520), o que vai ao encontro das palavras das outras testemunhas, que alegam terem visto A. L. andando com o jet ski bem antes do acidente.

A defesa dos acusados arrolou testemunhas, que ouvidas em Juízo (fls. 511/518 e 559/560), confirmaram a tese defensiva de que era Almir quem conduzia o jet ski, e que o menino era somente o carona na embarcação. No entanto, tais depoimentos devem ser analisados com ressalvas, uma vez que todas detinham certo vínculo com o acusado, estando no local em comemoração ao aniversário de Almir.

Por sua vez, Pedrinho Rotava, proprietário do camping onde se encontravam os envolvidos (fls. 32 e 474), e seu irmão José Paulo Rotava, funcionário do estabelecimento (fls. 41 e 473), não presenciaram o acidente, nada esclarecendo sobre a verdade dos fatos.

Não obstante, em que pese o acusado Alimir ter afirmado em seu interrogatório que teria levado a criança A. na “carona” e que o cordão de segurança teria se desprendido no momento da queda, os elementos colhidos aos autos não lhe socorrem, sobretudo o Laudo Pericial que diz respeito à funcionalidade do referido dispositivo de segurança. Veja-se:

“[...] Para se proceder aos exames foi necessário solicitar à empresa MOTO JEANS COMÉRCIO DE MOTOCICLETAS LTDA., empresa revendedora e assistências autorizada em Chapecó da marca da moto aquática examinada, um cordão de segurança para possibilitar o funcionamento do motor da embarcação, uma vez que não foi apresentado para exames o cordão de segurança original da embarcação [...]

“[...] **Verificou-se que a embarcação examinada possui ‘SISTEMA DE SEGURANÇA CODIFICADO DIGITALMENTE’, composto por um plug onde é conectado um cordão de segurança que contém um circuito eletrônico que fornece um único número de série eletrônico, equivalente a uma chave convencional.** Este cordão não pode ser utilizado em outra moto-aquática ou vice-versa, ou seja, cada cordão possui número de série eletrônico diferente. Para a embarcação se tornar funcional, tal cordão deve ser conectado firmemente no encaixe específico (plug) existente na embarcação para ele. O cordão de segurança permite a partida do motor, ao se puxar o cordão do encaixe o motor é desligado. O motor só pode ser ligado ou desligado pelo botão de partida/parada (start/stop), existente na lateral esquerda do guidão, com o cordão de segurança conectado ao sistema, não sendo possível ligar ou desligar o motor com a chave de segurança desconectada do sistema. [...]

“[...] Realizou-se testes para verificar o funcionamento do sistema de segurança codificado. Após efetuar a conexão do novo cordão de segurança, o sistema emitiu um sinal sonoro composto de dois *bips* curtos indicando que o sistema se encontrava pronto para partida do motor. Após ligar o motor da embarcação, desconectamos o cordão de segurança do encaixe e o motor desligou, repetiu-se o procedimento por várias vezes e o motor se desligou em todas as vezes, mesmo com alavanca do acelerador totalmente pressionada, **demonstrando o perfeito funcionamento do sistema de seguran-**

ça codificado digitalmente da embarcação [...]” (fls. 86/87, com grifos no original).

A por em dúvida a versão dada pelo réu, sobre o dispositivo de segurança se soltar e o jet ski continuar em movimento, temos ainda as declarações de Vilmar Luiz Nardi. Extrai-se:

“Que não presenciou os fatos descritos na denúncia; que soube dos fatos pela TV e por terceiros; que foi o depoente quem vendeu o jet sky envolvido no acidente para o acusado Almir; que não sabe se dias antes do acidente o jet sky esteve na concessionária para manutenção; que o jet sky foi adquirido pelo réu novo (0 km); **que o depoente tem conhecimento técnico para conduzir jet sky**; que participa de competições; **que a torre fica presa ao jet sky, servindo como se fosse a ignição da máquina; que junto ao condutor fica uma pulseira de segurança que serve como uma espécie de chave para dar partida no jet sky; que caso o condutor venha a cair do jet sky a chave é desconectada da torre e o jet sky é desligado**; que quando da venda as explicações acerca de segurança na condução do jet sky são repassadas ao comprador, especificamente no que se refere a necessidade da pulseira/chave ficar junto ao condutor; que não conhece o acusado Donavo. **Que a probabilidade da pulseira de segurança romper é mínima; que quando a pulseira não é presa ao condutor caso este venha a cair o jet sky rodopia em círculos**; [...] (fl. 478, grifou-se).

Desse modo, diante do conjunto probatório amealhado aos autos (inclusive por testemunhas que não tinham nenhum vínculo com as pessoas envolvidas no infeliz evento, sendo, portanto, isentas de qualquer tendência em confirmar a versão de um ou de outro), pode-se afirmar que o menino estava conduzindo o jet ski sozinho antes do acidente e, ainda, fazendo manobras, o que comprova que Almir, imprudentemente, disponibilizou tal aparelho náutico ao menor A. L. N. de S.

Acerca dos requisitos para a configuração do crime culposo, Damásio E. de Jesus os elenca:

“a) conduta humana voluntária de fazer ou não fazer, em que o agente não pretende praticar um crime, tampouco expor interesses

jurídicos de terceiros a perigo de dano; b) inobservância do cuidado objetivo manifestada na imprudência, negligência ou imperícia; c) previsibilidade objetiva, ou seja, a possibilidade de antevisto do resultado; d) ausência de efetiva previsão do resultado; e) resultado involuntário; f) nexo de causalidade, e g) tipicidade” (*Direito Penal*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 300).

E sobre as fontes caracterizadoras do dever de cuidado, Jorge de Figueiredo Dias leciona:

“A concretização de normas de cuidado objetivo será tanto mais difícil quanto faltarem por completo disposições escritas, jurídicas ou não, reguladoras da atividade respectiva. Então, torna-se indispensável apelo aos costumes profissionais comuns ao profissional prudente, a profissional-padrão, e, na sua falta (pense-se, p. ex., em atividades como de trabalho doméstico, baby-sitting, etc.), impõe-se o recurso direto ao cuidado imposto pelo concreto comportamento socialmente adequado no tráfico - o recurso direto àquilo que, em expressão feliz, Armin Kaufmann chamou ‘a personificação da ordem jurídica na concreta situação’ ou o que Burgstaller designa como *Massfigur*, a figura padrão ao caso” (*Direito Penal – Parte Geral*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 876).

À luz de tal doutrina, o réu Alimir deveria ter agido conforme um comportamento socialmente adequado que, *in casu*, era o de não entregar a condução da embarcação à criança A. L.

Dessa forma, o acusado, indiscutivelmente, tinha o dever de cuidado em relação ao veículo, e, não o fazendo, agiu com imprudência, porque os resultados advindos da condução do jet ski pelo menor podiam ser antevistos em condições normais pelo homem prudente.

Em caso semelhante, colhe-se da jurisprudência:

“APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO CULPOSO - VIOLAÇÃO DO DEVER DE CUIDADO OBJETIVO - PREVISIBILIDADE DO RESULTADO DANOSO - DIREÇÃO DE ‘JET SKI’ POR MENOR DE IDADE INABILITADO - RESPONSABILIDADE PENAL DO PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO - CRIME COMISSIVO POR OMISSÃO - RELEVÂNCIA DA

OMISSÃO - CONDENAÇÃO. O proprietário de 'jet ski' que, ausentando-se da casa, deixa o veículo na marina particular, sem recolhê-lo à garagem ou levar consigo as chaves, incorre em violação do dever objetivo de cuidado, nos termos do art. 13, § 2º, 'c', do CP e, conseqüentemente, responde, culposamente, pelo resultado morte verificado envolvendo manobra perigosa levada a efeito por adolescente inabilitada que pilotava o veículo" (TJMG, Apelação Criminal n. 1.0515.02.000918-6/001, rel. Des. Fortuna Grion, j. em 27/1/2009).

Quanto ao acusado Donavo Lafaiete Santos de Souza, a versão por ele apresentada (no mesmo sentido das declarações de Alimir) não se sustenta diante das demais provas carreadas aos autos, especialmente os depoimentos das testemunhas presenciais dos fatos, como já exposto acima, as quais são unânimes em afirmar que a criança A. pilotava o jet ski sozinho durante um grande tempo, pelo período da tarde, chamando atenção inclusive para as manobras praticadas por ela.

Os elementos constantes no caderno processual caminham de forma tranquila a evidenciar que o acusado Donavo Lafaiete, mesmo tendo a possibilidade de prever as conseqüências de sua ação em permitir que seu filho pilotasse a referida embarcação, sequer pensou na possibilidade de ocorrência de algum acidente.

Seguindo tal linha de raciocínio, vislumbra-se que ocorreu no caso homicídio e lesão corporal culposos causados, também, pela negligência de Donavo, ao permitir que seu filho conduzisse o veículo náutico, não tomando os cuidados necessários para que o menor assim não o fizesse. Há, sobretudo, o nexo de causalidade com o efeito ocasionado dessa conduta, o que leva à conclusão de que a prova é precisa em determinar o reconhecimento da culpa do apelante.

Sobre tal adequação típica, extrai-se da lição do doutrinador Cézár Roberto Bitencourt:

“Negligência é a displicência no agir, a falta de precaução, a indiferença do agente, que, podendo adotar as cautelas necessárias não o faz. É a imprevisão passiva, o desleixo, a inação, (*culpa in ommittendo*). É não fazer o que deveria ser feito. [...] Em outros termos, a negligência não é um fato psicológico, mas sim um juízo de apreciação, exclusivamente: comprovação que se faz de que o agente tinha possibilidade de prever as consequências de sua ação (previsibilidade objetiva). Enfim, o autor de um crime cometido por negligência não pensa na possibilidade do resultado. Este fica fora do seu pensamento. Contrariamente à imprudência, a negligência precede a ação pois significa a abstenção de uma cautela que deveria ser adotada antes do agir” (*Tratado de Direito Penal: parte geral*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 356/357).

Conforme alegado pelo próprio acusado, em momento algum “*imaginou que isto pudesse acontecer*” (fl. 562), amoldando-se perfeitamente à figura descrita acima pelo doutrinador.

Nesse sentido, colhe precedente do Estado vizinho:

“APELAÇÃO CRIME. DELITO DE TRÂNSITO. CO-AUTORIA DOS PAIS EM HOMICÍDIO CULPOSO. Os pais do adolescente infrator respondem pelos atos por este praticados na direção de veículo automotor, decorrentes da culpa ‘in vigilando’. Consoante orientação doutrinária e jurisprudencial, há incriminação dos pais que permitem ou não ao filho menor o uso de seu automóvel, respondendo criminalmente, nos termos do art. 29 do CP, pelo evento culposo causado pelo inimputável, bastando para tanto a prova da cooperação material e psicológica da participação dos mesmos, como ocorreu. Com o comportamento anterior permissivo de franquear a direção do veículo ao filho dentro e nas cercanias da oficina mecânica, contribuíram para encorajá-lo a dirigir como o fez no dia do fato. É a denominada ingerência, ou seja, quem cria o perigo de dano com uma conduta precedente tem o dever jurídico de impedir o resultado, respondendo por ele na modalidade dolosa ou culposa, conforme o caso. APELO MINISTERIAL PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME” (TJRS, Apelação Crime n. 70014137517, rel. Des. José Antônio Hirt Preiss, j. em 22/06/2006).

E neste Tribunal, há tempos se decide:

“APELAÇÃO CRIMINAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MENOR QUE, DIRIGINDO MOTO, AO DESVIAR DE UM BURACO, ABALROOU CICLISTA, CAUSANDO SUA QUEDA. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA DO MENOR E O RESULTADO MORTE. VÍTIMA QUE, EM RAZÃO DA QUEDA, TEVE SITUAÇÃO DE TRAUMATISMO CRÂNIO ENCEFÁLICO AGRAVADA, TERMINANDO POR FALECER. CONDUTA DO MENOR QUE CONCORREU DE FORMA INEQUÍVOCA PARA O RESULTADO. NEXO CAUSAL QUE SE EVIDENCIA. RECURSO DESPROVIDO. O Código Penal Brasileiro, no seu artigo 13, consagrou a teoria da *conditio sine qua non*, ou da equivalência dos antecedentes causais, atribuindo relevância causal a todos os antecedentes do resultado.

“ALEGAÇÃO DE QUE O PROGENITOR NÃO AUTORIZOU AO MENOR A UTILIZAÇÃO DO VEÍCULO, RAZÃO PELA QUAL NÃO SE VERIFICOU O VÍNCULO SUBJETIVO QUE CARACTERIZA A CO-AUTORIA. TESE QUE, NO CONFRONTO COM AS PROVAS PRODUZIDAS, NÃO SE SUSTENTA. RECURSO IMPROVIDO. ‘Se o pai de um menor, sem idade para ser motorista, tem consciência que seu filho vem regularmente dirigindo veículo e, por omissão, acaba permitindo que se envolva em grave acidente automobilístico, responderá criminalmente nos termos do artigo 29, do CP. Recurso Provido’ (Apelação Criminal n. 27.126, de Fraiburgo - rel. Des. José Roberge)” (Apelação Criminal n. 32.500, de Chapecó, rel. Des. Álvaro Wandelli, j. em 6/10/1995, grifou-se).

Também:

“Apelação criminal. Acidente de trânsito. Culpa comprovada.

“1 - Age com culpa o condutor de veículo que trafegando pela direita, em via de duas pistas no mesmo sentido, corta a corrente de tráfego de outros veículos que trafegavam no mesmo sentido, porém pela esquerda.

“2 - Provada a contribuição do pai por ação ou omissão de fato punível praticado por inimputável responde ele pelo comportamento anti-social punível.

“3 - Sendo favorável o art. 59 do CP, não há que se estabelecer a pena-base acima do mínimo legal para o tipo.

“Recurso parcialmente provido” (Apelação Criminal n. 30.056, de Braço do Norte, rel. Des. José Roberge, j. em 24/9/1993, grifou-se).

Ainda:

“ACIDENTE DE TRÂNSITO. CO-RESPONSABILIDADE DO GENITOR DO MENOR, CAUSADOR DO ACIDENTE. CO-AUTORIA COMPROVADA. RECURSO DESPROVIDO.

“O pai que não tem autoridade para proibir que seu filho menor, inabilitado, dirija veículo motorizado, consentindo ou tolerando, responde civil e criminalmente por qualquer resultado lesivo que o mesmo venha a dar causa, a teor do art. 29, do CP” (Apelação Criminal n. 26.260, de Itajaí, rel. Des. Ernani Ribeiro, j. em 16/9/1991).

Dessa feita, não exercendo o réu Donavo conduta que dele se esperava, concorreu para que os delitos ocorressem, configurando, estreme de dúvidas, sua responsabilidade pelo evento.

Quanto às demais teses defensivas, conforme bem asseverado pela douta Procuradoria-Geral de Justiça:

“[...] completamente descabido o pedido de absolvição dos recorrentes pela excludente de ilicitude do exercício regular do direito e pela fundada dúvida sobre a existência de circunstância que isente o réu de pena (art. 386, VI, do Código de Processo Penal), haja vista que as provas carreadas no transcurso da ação penal comprovam, irrefutavelmente, que o menino A. L. N. de S. pilotava sozinho o veículo náutico no momento do acidente. Aliás, diga-se de passagem, tais teses chegam a ser risíveis diante do conteúdo probatório produzido no curso da instrução criminal.

“De igual forma, por estar mais do que provado que o menor A. L. N. de S. estava sozinho no comando da embarcação minutos antes e no momento do acidente é que não se pode considerar em favor dos apelantes a alegada inexigibilidade de conduta diversa - suposta excludente de ilicitude não prevista em nosso ordenamento jurídico.

“Além disso, alegam que a conduta por eles praticada é atípica ante a ausência da previsibilidade objetiva e subjetiva, um dos requisitos para a caracterização do crime culposos.

“No que tange ao elemento da previsibilidade do crime culposos, discorre Julio Fabbrini Mirabete:

“Verificado que o fato é típico diante da previsibilidade objetiva (do homem razoável), só haverá reprovabilidade ou censurabilidade da conduta (culpabilidade) se o sujeito pudesse prevê-la (previsibilidade subjetiva)’.

“Porém, inegável é que o resultado do sinistro poderia facilmente ser previsto pelos dois apelantes e por qualquer outra pessoa em sã consciência, já que, obviamente, uma criança de 10 (dez) anos de idade não tem capacidade suficiente para pilotar sozinha um jet ski, principalmente em um rio frequentado com habitualidade pelas famílias da região, estando sempre com grande movimento de banhistas. Tal fato, portanto, descarta a possibilidade de acatamento da tese de atipicidade da conduta pela ausência de previsibilidade objetiva ou subjetiva” (fls. 786/787).

O autor citado pelo douto parecerista ainda assevera:

“O concurso de agentes no crime culposos difere daquele do ilícito doloso, pois se funda apenas na colaboração da *causa* e não do *resultado* (que é involuntário). Disso deriva a conclusão de que é autor todo aquele que causa culposamente o resultado, não se podendo falar em *participação* em crime culposos. Nessas hipóteses, há sempre *coautoria* porque os concorrentes *realizam* a conduta típica, concretizam o tipo pela inobservância do dever de cuidado, não praticando simplesmente uma conduta que, em si mesma, seria penalmente irrelevante.

“Aquele que entrega seu automóvel a pessoa não habilitada e, por isso, presumivelmente imperito (principalmente quando se trata de menores, em regra temerários, imprudentes e até irresponsáveis), não transgredir apenas com uma norma de segurança pública, mas viola sério dever de cuidado, respondendo penalmente pelo evento que o motorista venha a produzir por culpa. Havendo, na hipótese, previsibilidade da ocorrência de resultados, morte ou lesão corporal, é admissível sua responsabilização pelo crime culposos, em coautoria,

conforme farta jurisprudência” (*Manual de Direito Penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 221).

Extrai-se ainda da doutrina:

“[...] existe previsibilidade quando o agente, nas circunstâncias em que se encontrou, podia, segundo a experiência geral, ter-se representado, como possíveis, as conseqüências de seu ato. Previsível é o fato cuja possível superveniência não escapa à perspicácia comum. Por outras palavras: é previsível o fato, sob o prisma penal, quando a previsão do seu advento, no caso concreto, podia ser exigida do homem normal, do *homo medius*, do tipo comum de sensibilidade ético-social” (HUNGRIA, Nelson *et al.* *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 188).

Dessa forma, enquanto Alimir se mostrou imprudente ao disponibilizar seu jet ski ao menor A. sem qualificação técnica e principalmente sem conhecimentos elementares e básicos para que conduzisse sua embarcação; Donavo, pai do garoto, foi negligente, pois não teve o dever de vigilância necessário, ao permitir que seu filho guiasse sozinho a embarcação causadora de todo o acidente, restando caracterizadas suas culpas no evento.

Ressalta-se, por fim, que, embora constitua esfera independente, o Tribunal Marítimo, ao analisar os elementos colhidos no processo administrativo instaurado perante a Capitania dos Portos (n. 22.217/06), considerou “*procedente a fundamentação da PEM, julgando o acidente e fato da navegação como decorrente de imprudência de Alimir Carlos de Oliveira e negligência de Donavo Lafaiete Santos de Souza, condenando-os*” (fls. 563/584).

Dessarte, impossível dar guarida aos argumentos trazidos pela defesa, bem como dizer que não há provas a manter o decreto condenatório.

1.2.2 Dos pleitos referentes à dosimetria

Quanto ao pedido de afastamento da agravante prevista no art. 61, II,

“h”, do Código Penal, em relação ao crime de homicídio culposo, melhor sorte assiste à defesa. Dispõe referido dispositivo:

“Art. 61 – São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

“[...]”

“II – ter o agente cometido o crime:

“[...]”

“h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida [...]”

Ocorre que a doutrina e a jurisprudência são pacíficas no sentido de que a agravante mencionada não incide nos delitos culposos.

Nessa senda, Julio Fabbrini Mirabete leciona:

“O inciso II do dispositivo em estudo refere-se às várias circunstâncias que, envolvendo o fato criminoso, tornam-no mais grave e, em consequência, implicam fixação de pena maior do que aquela que seria aplicada se não existissem. Tais agravantes aplicam-se, porém, apenas aos crimes dolosos, já que apenas quando conhecidas e aceitas pelo agente podem ser tidas como índices de maior culpabilidade a exigir censura mais grave do agente” (*Manual de Direito Penal*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 284).

A respeito, colhe-se julgado desta egrégia Corte:

“APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR (ART. 302, *CAPUT*, DO CTB). [...] AGRAVANTE DO ART. 61, INC. II, ‘H’, DO CÓDIGO PENAL QUE NÃO SE APLICA A CRIMES CULPOSOS. EXCLUSÃO, DE OFÍCIO, QUE SE IMPÕE [...]” (Apelação Criminal n. 2009.035765-2, de Pinhalzinho, rel. Des. Alexandre d’Ivanenko, j. em 18/8/2009).

Portanto, embora a vítima T. tivesse 7 (sete) anos de idade, imperioso afastar tal circunstância legal.

Requerem os apelantes, ainda, a nulidade da pena de prestação pecuniária que lhes foi imposta, seja pela falta de fundamentação, seja pela não fixação de destinatário ao valor atribuído, ou, alternativamente, sua aplicação no mínimo legal em favor dos herdeiros da vítima.

Nesse particular, sem razão os apenados.

Prolatado o decreto condenatório em desfavor de Almir Carlos de Oliveira e Donavo Lafaiete Santos de Souza e presentes os requisitos legais, a pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços comunitários à razão e 1 (uma) hora de tarefa por dia de condenação, bem como em prestação pecuniária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada.

Quanto à assertiva de que não houve fundamentação, tampouco destinação para o valor arbitrado, percebe-se, que mesmo de forma genérica, o valor monetário a ser pago pelos apelantes a título de prestação pecuniária foi devidamente motivado na sentença guerreada (fls. 662/666). Especificamente à fl. 664, extrai-se que o Juiz determinou que o pagamento deverá ser efetivado em conformidade com a Portaria Conjunta n. 01/2009 das Varas Criminais da comarca de Chapecó, que regulamenta os procedimentos a serem adotados para futura destinação do valor fixado às entidades sociais.

No tocante à redução do valor ao mínimo legal, de igual forma, o pleito não merece guarida.

A respeito do tema, leciona Fernando Capez:

“A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro, à vista ou em parcelas, à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo, nem superior a 360 salários mínimos.

“O montante será fixado livremente pelo juiz, de acordo com o que for suficiente para a reprovação do delito, levando-se em conta a capacidade econômica do condenado e a extensão do prejuízo causado

à vítima ou seus herdeiros” (*Curso de direito penal: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 355).

Não é outro senão o entendimento da jurisprudência catarinense: “a prestação pecuniária substitutiva da pena corporal deve ser fixada, fundamentadamente, atendendo às condições econômicas do apenado e ao grau de reprovabilidade da conduta delituosa” (Apelação Criminal n. 2009.042190-2, de Trombudo Central, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 27/10/2009).

No caso, considerando que o salário mínimo vigente a época dos fatos (novembro de 2005) era de R\$ 300,00 (trezentos reais) (Lei n. 11.164/05) e que o art. 45, § 1º, do Código Penal, determina que a quantia a ser fixada não pode ser inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta), verifica-se que o valor aplicado na sentença ficou muito abaixo do máximo previsto na legislação penal, pois R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) naquela ocasião correspondia a aproximadamente 17 (dezessete) salários mínimos. Convém registrar que referido montante, atualmente, equivale a pouco mais de 9 (nove) salários mínimos.

Portanto, tratando-se o réu Alamir de comerciante (fl. 13) e o réu Donavo de enfermeiro e bioterapeuta (fl. 67), ambos com nível superior completo, incabível o acolhimento do pleito de redução da quantia a ser paga pela condenação em prestação pecuniária, devendo ser mantido o valor fixado pelo Juízo *a quo*.

Frisa-se que eventual impossibilidade de adimplir o *quantum* ou pedido de parcelamento deverá ser analisado pelo juiz da execução penal.

2 Do recurso do Ministério Público

A acusação pretende a majoração da pena-base de 1 (um) ano (fixada ao crime de homicídio culposo), ante a alta culpabilidade da conduta desenvolvida pelos apelantes e pelas consequências do crime. Além disso, pleiteia o aumento da reprimenda em relação à agravante disposta no art. 61, II, “h”, do Código Penal.

Com razão o órgão Ministerial no tocante à culpabilidade de Almir e Donavo, pois, conforme se depreende dos autos, aquele entregou e este permitiu que o menor A. L. N. de S. – vale lembrar, com apenas 10 (dez) anos de idade na época dos fatos –, pilotasse, sem possuir habilitação para tanto, um jet ski em local repleto de banhistas, principalmente famílias acompanhadas de crianças, o que de fato eleva o grau de culpabilidade de ambos.

A respeito da primeira circunstância judicial prevista no art. 59 do Diploma Penal, Cezar Roberto Bittencourt explica:

“[...] Culpabilidade – Impõe-se que se examine aqui a maior ou menor censurabilidade do comportamento do agente, a maior ou menor reprovabilidade do comportamento praticado, não se esquecendo, porém, a realidade concreta em que o mesmo ocorreu, especialmente a maior ou menor exigibilidade de outra conduta [...]” (*Código penal anotado e legislação complementar*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 226).

No entender de Julio Fabbrini Mirabete, eis o conceito da circunstância judicial da culpabilidade:

“O grau de culpa (grave, leve ou levíssimo) funda-se na maior ou menor previsibilidade do resultado lesivo e nos cuidados objetivos exigíveis do agente, denunciando, por conseguinte, a maior ou menor censurabilidade da conduta culposa” (*ob. cit.* p. 282).

Nesse sentido, esta Corte de Justiça já decidiu que “*o grau de culpabilidade do agente deve ser aferido de acordo com índice de reprovabilidade, não só em razão de suas condições pessoais, como, também, em vista da situação de fato em que ocorreu sua conduta*” (JC 75/602).

No presente caso, notória era a previsibilidade do resultado lesivo do ato dos apelantes, ou seja, deveriam eles prever que entregar um veículo de transporte náutico para que uma criança de 10 (dez) anos de idade o pilotasse em uma área cheia de banhistas poderia trazer graves consequências, como de fato ocorreu, razão pela qual suas culpabilidades se mostram elevadas.

Em relação às consequências do delito, da mesma forma, com razão o *Parquet*.

Alega o apelante que além da morte da vítima, o acidente causou danos à uma gestante que se encontrava às margens do rio e a dois veículos que lá estavam estacionados.

Sobre tal circunstância, a doutrina leciona que pode “[...] referir-se ao tempo do delito, que pode demonstrar maior ou menor determinação do criminoso, a atitude durante ou após a conduta criminosa indicadora de insensibilidade ou indiferença ou arrependimento, ou se relacionar com a gravidade maior ou menor do dano causado pelo crime” (Mirabete, Júlio Fabbrini. *Código penal interpretado*. 6. ed. São Paulo, Atlas, 2008. p. 472).

É verdade que as lesões corporais ocasionadas em Mariluci não podem se consideradas em desfavor dos réus, sob pena de *bis in idem*, uma vez que já foram devidamente processados e condenados pela prática do delito previsto no art. 129, § 6º, do Código Penal.

Todavia, de acordo com os relatos das testemunhas presentes, após o infortúnio ninguém se apresentou como responsável pelo jet ski, nem mesmo buscou informações sobre as vítimas. No mais, o acidente em questão ocasionou prejuízos materiais a outras pessoas que se encontravam no local, uma vez que a embarcação colidiu contra um veículo Vectra, placas MAP-4340, que, posteriormente, devido ao forte impacto, colidiu no veículo Gol, placas CDL-0377, estacionado em paralelo. Frisa-se que eventual ressarcimento pelos réus aos proprietários dos automóveis não faz com que as consequências do ocorrido lhe sejam favoráveis.

Tocante à elevação do *quantum* aplicado à agravante trazida no art. 61, II, “h”, do Código Penal, tal pedido resta prejudicado em razão do afastamento da majorante neste grau de jurisdição.

3 Dessa feita, passa-se à adequação das reprimendas fixadas aos réus para o crime de homicídio culposo.

3.1 Quanto ao réu Alimir

Na primeira fase, em atenção às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme visto alhures a culpabilidade do acusado e as consequências do delito fogem da normalidade, motivo pelo qual se majora a reprimenda em 6 (seis) meses para cada diretriz desfavorável, resultando a pena-base em 2 (dois) anos de detenção.

Vale lembrar que a fixação da pena, a fim de que se garanta a individualização da reprimenda acometida ao réu, não deve se pautar em critérios fixos e matemáticos, que sejam desprovidos da análise das peculiaridades do caso concreto.

Na segunda fase, afastada a majorante do art. 61, II, “h”, Código Penal, exclui-se o aumento de 3 (três) meses efetuado na sentença.

Por fim, não existindo causas gerais ou especiais de aumento e de diminuição, a pena resta definitiva em 2 (dois) anos de detenção.

3.2 Quanto ao réu Donavo

Na primeira fase, em atenção às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme visto alhures a culpabilidade do acusado e as consequências do delito fogem da normalidade, motivo pelo qual se majora a reprimenda em 6 (seis) meses para cada diretriz desfavorável, resultando a pena-base em 2 (dois) anos de detenção.

Vale lembrar que a fixação da pena, a fim de que se garanta a individualização da reprimenda acometida ao réu, não deve se pautar em critérios fixos e matemáticos, que sejam desprovidos da análise das peculiaridades do caso concreto.

Na segunda fase, afastada a majorante do art. 61, II, “h”, Código Penal, exclui-se o aumento de 3 (três) meses efetuado na sentença.

Por fim, não existindo causas gerais ou especiais de aumento e de diminuição, a pena resta definitiva em 2 (dois) anos de detenção.

Mantém-se as demais cominações da sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

4 À luz de todo o exposto, o voto é no sentido de afastar as preliminares de nulidade, dar parcial provimento aos recursos da defesa para reconhecer a prescrição em relação ao crime de lesão corporal culposa, e para excluir a agravante prevista no art. 61, II, “h”, do Código Penal, bem como dar parcial provimento ao apelo do Ministério Público para majorar as penas-base dos réus no tocante ao crime de homicídio culposo.

DECISÃO

Ante o exposto, decide a Câmara, por unanimidade de votos, afastar as preliminares de nulidade, dar parcial provimento aos recursos da defesa para reconhecer a prescrição em relação ao crime de lesão corporal culposa, e para excluir a agravante prevista no art. 61, II, “h”, do Código Penal, bem como dar parcial provimento ao apelo do Ministério Público para majorar as penas-base dos réus no tocante ao crime de homicídio culposo.

O julgamento, realizado no dia 7 de junho de 2011, foi presidido pelo Excelentíssimo Sr. Des. Torres Marques, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Sr. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Excelentíssimo Dr. Jorge Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 7 de junho de 2011.

Moacyr de Moraes Lima Filho
RELATOR

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.021281-2, de Porto União

Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho

APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES – MATERIALIDADES E AUTORIAS COMPROVADAS – RECONHECIMENTO DAS VÍTIMAS – FIRME ELENCO PROBATÓRIO – CONDENAÇÃO PRESERVADA – AÇÃO ÚNICA COM VÍTIMAS DIVERSAS – IMPOSSIBILIDADE DE DISTINÇÃO DO PATRIMÔNIO – CRIME ÚNICO – ABSOLVIÇÃO DEVIDA – DOSIMETRIA – PENA-BASE FIXADA EM OBSERVÂNCIA ÀS OPERADORAS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL.

REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELA INFRAÇÃO – ART. 387, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – AUSÊNCIA DE PEDIDO – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – AFASTAMENTO DE OFÍCIO.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – DEFENSORA DATIVA – ARBITRAMENTO DE URHS JÁ REALIZADO NA SENTENÇA – DEFESA EM PROCESSO QUE ABRANGE A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO.

APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.021281-2, da comarca de Porto União (2ª Vara), em que é apelante Wilson de Souza, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Terceira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso e, de ofício, afastar a reprimenda indenizatória. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação criminal interposta por Wilson de Souza, que foi condenado à pena de 10 (dez) anos, 3 (três) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de R\$ 3.450,00 (três mil quatrocentos e cinquenta reais) a título de reparação dos danos, por infração ao art. 157, § 2º, I e II, c/c o art. 70 (por três vezes – vítimas Pedro Koch, Johanna Koch e Terci Negri), ambos do Código Penal, e absolvido do art. 157, § 2º, I e II (por duas vezes – vítimas Lucila Charavara e Valmir Negri), do Código Penal.

Narra a denúncia que, no dia 24 de setembro de 2009, por volta das 18h45min, o acusado e terceiro ainda não identificado se dirigiram ao estabelecimento comercial da vítima Pedro Koch, localizado no município de Porto União, ocasião em que, fazendo uso de armas de fogo e mediante violência e grave ameaça, subtraíram do proprietário, de Johanna Koch, Terci Negri, Lucila Charavara e Vilmar Negri a quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais) em espécie, diversos produtos e mantimentos, uma espingarda carabina de pressão, três chaves de veículos, um telefone celular e três relógios de pulso, que pertenciam aos dois primeiros ofendidos, além de R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais) e o veículo GM/Chevette SL, de placas CYJ-3790, de propriedade das duas últimas vítimas.

Inconformada com a prestação jurisdicional, a defesa pugna pela absolvição do réu, ante a insuficiência de provas de autoria. Subsidiariamente, pretende a redução da pena. Por fim, busca a fixação de URHs (fls. 118/122).

Em contrarrazões, requer o Ministério Público a manutenção da sentença (fls. 124/128).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Gilberto Callado de Oliveira, manifesta-se pelo não provimento do recurso e, de ofício, pela fixação da pena de multa.

VOTO

O recurso preenche os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

1 A materialidade e autoria dos delitos pode ser extraída da prova oral coligida ao longo da persecução, do boletim de ocorrência (fls. 4/5), dos termos de exibição e apreensão (fl. 21) e do termo de reconhecimento e entrega (fl. 30).

Interrogado pelo Juízo, Wilson de Souza negou a veracidade das acusações, ressaltando que estava em sua residência no momento em que os fatos ocorreram.

Nota-se, entretanto, que a escusa apresentada pelo réu não se alicerça em qualquer elemento, mostrando-se, ao revés, incompatível com as demais provas coligidas.

Ratificando as declarações e os termos de reconhecimento produzidos na fase policial (fls. 34/36), os ofendidos Pedro Koch e Terci Negri descreveram ao Juízo a dinâmica dos fatos, que foi permeada pelo emprego de armas de fogo e concurso de pessoas, e identificaram o apelante como um dos seus autores (fls. 89 e 91). Das declarações prestadas pelo segundo, extrai-se:

“[...] que reconheceu o réu na delegacia por que ele já trabalhou para o depoente em reflorestamento de pinus; que também o reconheceu em razão do cabelo que fazia volume no capuz que usava; que também o identificou em razão dos pêlos no braço; que também reconheceu o réu pela voz; que a irmã do réu ameaçou o depoente e sua esposa dizendo que caso relatassem os fatos em Juízo o réu iria estuprar Lucila. [...] Colocado o réu ao lado de outras 3 pessoas com características semelhantes, a testemunha o reconheceu como autor do ilícito pelas características acima descritas” (fl. 91).

Perquirida sobre o crivo do contraditório, a vítima Johanna Koch, além de narrar como se deu a empreitada criminosa, afirmou que “[...] *um*

dos agentes estava de capuz e em razão do volume se podia perceber que era cabeludo; que o réu Wilson foi reconhecido pela depoente por morar na região; que, contudo, não pode afirmar se foi ele quem cometeu o crime [...]” (fl. 90)

Dessarte, em que pese o inconformismo da defesa, a concorrência do apelante no evento descrito na denúncia mostra-se comprovada à saciedade.

Por outro lado, como não é possível distinguir a propriedade dos bens subtraídos entre o casal Pedro Koch e Johanna Koch, deve ser reconhecida a ocorrência de apenas dois crimes de roubo, que foram havidos na forma do art. 70, primeira parte, do Código Penal.

Como é cediço, haverá concurso formal (e não crime único ou continuado) *“se em um só contexto o sujeito subtrai bens de várias pessoas, ameaçando-as ou submetendo-as a violência (em agência bancária, ônibus, residência etc.)”* (CAPEZ, Fernando. *Curso de direito Penal*. v. 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 452).

Ao compulsar as declarações das vítimas, distingue-se apenas o conjunto de bens pertencentes ao casal Pedro Koch e Johanna Koch daquele que pode ser atribuído a Terci Negri e Luci Charavara.

Assim, afasta-se a condenação imposta pelo cometimento do crime de roubo circunstanciado contra a vítima Johanna Koch, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

2 Superada essa fase, promove-se a adequação da reprimenda.

a) Vítima Pedro Koch

O Magistrado de Primeiro Grau fixou a pena-base acima do mínimo legal, ressaltando que *“a culpabilidade do réu é exarcebada, uma vez que já foi funcionário da vítima, tendo se valido dos conhecimentos a respeito de valores e segurança de seu estabelecimento para praticar o assalto; tendo em vista a dupla reincidência, adoto o princípio da imigração e valho-me aqui da*

*condenação proferida nos autos nº 052.05.00570-9, certificada à fl. 94, como maus **antecedentes**; [...] o **comportamento da vítima** em nada influenciou para o cometimento do crime (fl. 107 – destaques no original).*

Apesar do pedido de redução da pena, constata-se que a motivação esboçada para a qualificação negativa das circunstâncias judiciais foi suficiente e acertada, de modo a afastar a ventilada ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal.

Como o apelante possui duas condenações caracterizadoras da reincidência (fl. 94), é possível fixar a pena-base acima do mínimo legal, utilizando-se uma para o reconhecimento da agravante e a outra para a qualificação das circunstâncias judiciais (STJ, *Habeas Corpus* n. 102.778/SP, rela. Mina. Laurita Vaz, DJU de 30/6/2008).

No que tange ao comportamento das vítimas, convém avaliar a dimensão dessa circunstância judicial inserida no art. 59 do Código Penal. Tal circunstância judicial se refere ao modo de agir do ofendido, que, em alguns casos, pode levar o agente à prática do crime.

Sobre o tema, Miguel Reale Júnior e outros prelecionam:

“O comportamento da vítima constitui inovação com vistas a atender aos estudos de vitimologia, pois algumas vezes o ofendido, sem incorrer em injusta provocação, nem por isso deixa de acirrar ânimos (*Penas e medidas de segurança no novo Código*. Rio de Janeiro: Forence, 1985. p. 162/163).

Fernando Capez complementa: “*embora inexista compensação de culpas em Direito Penal, se a vítima contribui para a ocorrência do crime, tal circunstância é levada em consideração, abrandando-se a apenação do agente*” (*Op. cit.* p. 456).

Em virtude da própria origem e dos motivos que ensejaram a inclusão no rol do art. 59 do Código Penal, a análise do comportamento da vítima

não possibilita o agravamento da reprimenda imposta ao agente (Apelação Criminal n. 2004.003549-7, de Papanduva, rel. Des. Torres Marques, j. em 20/6/2008).

Na espécie, todavia, os ofendidos não assumiram qualquer comportamento que possa ter contribuído para o cometimento das infrações penais.

Assim, diante da aferição desfavorável das elementares do art. 59 do Código Penal, mostra-se adequada a pena-base fixada na sentença – 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Na segunda fase, presente as agravantes da reincidência e de ter cometido o crime contra pessoa maior de 60 anos, preserva-se o aumento para 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Por derradeiro, ausentes causas de diminuição de pena, nos moldes do *decisum*, aplicam-se as causas especiais de aumento de pena do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, a fim de manter a reprimenda fixada em 8 (oito) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Embora a sanção corporal tenha sido bem aplicada, constata-se que o Sentenciante deixou de estabelecer a pena de multa, que está igualmente prevista, de forma cumulativa, no preceito secundário do tipo penal infringido. No entanto, diante da inexistência de recurso da acusação, esse vício não pode ser corrigido de ofício, como requer a douta Procuradoria-Geral de Justiça, sob pena de operar-se em *reformatio in pejus*.

b) Vítima Terceira Negri

Perante as elementares do art. 59 da Lei Penal, o Juiz *a quo* salientou: “a **culpabilidade** é normal à espécie; tendo em vista a dupla reincidência, adoto o princípio da imigração e valho-me aqui da condenação proferida nos autos nº 052.05.00570-9, certificada à fl. 94, como **maus antecedentes**; [...] o **comportamento da vítima** em nada influenciou para o cometimento

do crime (fls. 108/109 – destaques no original).

De acordo com as mesmas ponderações, mantém-se a pena basilar alcançada na sentença – 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Deve incidir apenas a agravante da reincidência, o que justifica o incremento para 5 (cinco) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

Na última etapa, ausentes causas de diminuição de pena, aplicam-se as causas especiais de aumento de pena do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, as quais conduzem à pena de 7 (sete) anos, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

Pelos motivos elencados, deixa-se de suprir a falta da pena pecuniária.

c) Concurso formal

Bem reconhecida a prática dos crimes na forma do art. 70, primeira parte, do Código Penal, aplica-se a pena mais grave (ofendido Pedro Koch), a qual deve ser aumentada em 1/6 (um sexto), tornando-a definitiva em 9 (nove) anos, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

Não estão satisfeitos os requisitos objetivos e subjetivos para que seja substituída a pena privativa de liberdade (art. 44, I e II, do Código Penal) ou suspensa a sua execução (art. 77 do mesmo código).

O *quantum* da pena e a reincidência impõem a fixação do regime inicial fechado.

3 Quanto às indenizações fixadas pelo Sentenciante aos ofendidos, são necessários alguns esclarecimentos.

Com a recente reforma processual penal, advinda da Lei n. 11.719/08, o Legislador inovou ao conferir ao Juiz, na prolação da sentença, a possibilidade de fixar “*valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido*” (art. 387, IV, Código de Processo Penal).

Apesar de não haver menção legal expressa, para que seja fixado o aludido “valor mínimo”, na lição de Guilherme de Souza Nucci:

“[...] o juiz deverá proporcionar todos os meios de provas admissíveis, em benefício dos envolvidos, mormente do réu. Não pode este arcar com qualquer montante se não tiver tido a oportunidade de se defender, produzir prova e demonstrar o que, realmente, seria, em tese, devido” (*Código de processo penal comentado*. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 700).

Ainda, comentando sobre o procedimento para se aplicar a medida, aludido autor continua:

“[...] é fundamental haver, durante a instrução criminal, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. Esse pedido deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente de acusação), ou do Ministério Público. A parte que o fizer precisa indicar valores e provas suficientes a sustentá-los. A partir daí, deve-se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender e produzir contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo apontar que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado. Se não houver formal pedido e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida infringência ao princípio da ampla defesa” (*op. cit.*, p. 701).

No caso em tela, não houve indicação de qual seria o valor mínimo ideal para a reparação dos eventuais danos, materiais ou morais, tampouco foi proporcionado ao acusado que se defendesse ou mesmo produzisse prova contra os montantes, os quais, destaca-se, não foram sequer postulados, seja pelas vítimas, seja pelo Ministério Público, fixando o Magistrado as indenizações de ofício.

Inferre-se que as indenizações foram aplicadas em desconformidade com o ordenamento jurídico pátrio, que assegura o contraditório e a ampla defesa, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal. Portanto, a exclusão é medida que se impõe.

Nesse sentido, colhe-se desta Corte:

“[...] REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELOS AGENTES, COM FUNDAMENTO NO ART. 387, INC. IV, DO CPP. DETERMINAÇÃO OPERADA, DE OFÍCIO, PELO JUÍZO *A QUO*. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INDENIZAÇÃO QUE DEVE SER PEDIDA PELA PARTE OFENDIDA, POR INTERMÉDIO DE SEU ASSISTENTE OU DO ÓRGÃO MINISTERIAL. AFASTAMENTO QUE SE IMPÕE. EXTENSÃO DA DECISÃO AO INTERESSADO. DICÇÃO DO ART. 580 DO CPP [...]” (Apelação Criminal n. 2010.074356-5, de Criciúma, rel. Des. Alexandre d’Ivanenko, j. em 22/3/2011).

Vale lembrar que o afastamento da indenização nesta esfera penal não impede que a parte ofendida ingresse com ação no cível por ato ilícito, momento em que será oportunizado ao acusado o contraditório e a ampla defesa, garantias fundamentais elencadas na Constituição Federal.

4 Em arremate, embora seja pleiteada a fixação de verba honorária à advogada que patrocinou a defesa do acusado, constata-se que essa já fora arbitrada por ocasião da sentença condenatória em 15 URHs (fl. 110).

Enfatiza-se que só seria devida a verba honorária relativa à interposição do apelo na hipótese de ter a defensora atuado como mandatária especial para esse fim, tal como estabelece a Lei Complementar n. 155/97. Até porque o próprio Diploma Legal expressa nas Notas Gerais, Item 4, que *“a remuneração prevista para os atos isolados somente será devida para os advogados não nomeados assistentes judiciários no processo”*.

Dessa forma, como a advogada nomeada pelo Juízo de Primeira Instância, que subscreveu o recurso, já foi adequadamente remunerada, não há como se acolher o pedido de fixação de nova remuneração.

À vista de todo o exposto, dá-se parcial provimento ao apelo e, de ofício, afasta-se a reprimenda indenizatória.

DECISÃO

Pelo exposto, a Câmara, após debates, decidiu, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso e, de ofício, afastar a reprimenda indenizatória.

O julgamento, realizado no dia 24 de maio de 2011, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Torres Marques, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Leopoldo Brüggemann.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou o parecer o Dr. Gilberto Callado de Oliveira.

Florianópolis, 24 de maio de 2011.

Moacyr de Moraes Lima Filho
RELATOR

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

RECURSO ESPECIAL

Recurso Especial em Apelação Cível n. 2010.003251-0/0002.00, de Pinhalzinho

Recorrente : Liberty Seguros S/A

Advogadas : Drs. Débora de Oliveira Barcellos (43524/RS) e outros

Recorridos : Idacir Rodrigues da Silva e outros

Advogados : Drs. Jonatas Rauh Probst (17952/SC) e outro

DESPACHO

Trata-se de recurso especial interposto por Liberty Seguros S/A, com fulcro no art. 105, III, alíneas 'a' e 'c', da Constituição Federal, contra acórdão proferido por Câmara de Direito Civil deste Tribunal, tendo por fundamento violação aos arts. 14, V e parágrafo único, 17, IV, 18, § 2º, 267, VI, 295, III, e 475-J do CPC; 1.432 do CC/1916; 757 do CC/2002; 5º, LIV e LV, da CF/88; cláusula 15ª da Apólice de Seguro Habitacional – Circular SUSEP n. 111/99 e divergência jurisprudencial no tocante à interpretação dos mencionados dispositivos e à improcedência da multa decendial. Cumprida a fase do art. 542 do Código de Processo Civil.

O presente recurso não reúne condições de ascender à superior instância pelas alíneas 'a' e 'c' do permissivo constitucional em relação aos arts. 267, VI, e 295, III, do CPC, 1.432 do CC/1916 e 757 do CC/2002, tendo em vista que o acórdão atacado, ao emitir juízo de valor sobre as questões levantadas pela parte recorrente, amparou-se no acervo fático-probatório da demanda e nas cláusulas do contrato de seguro habitacional. Assim sendo, a análise da pretensão recursal resta obstada pelas Súmulas 5 e 7 do STJ, conforme precedentes:

- “Conforme se depreende da leitura do acórdão a quo e como bem consignado na decisão recorrida, para que o especial possa ser conhecido,

no que concerne à inversão do julgado quanto à exclusão da cobertura dos vícios de construção, torna-se imprescindível o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, bem como de cláusulas contratuais constantes da apólice, o que é vedado em sede de recurso especial, conforme enunciam as Súmulas n. 5 e 7 do STJ, respectivamente: ‘A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial’ e ‘a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial’” (STJ, decisão monocrática, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Ag n. 1.035.624/SP, j. 1-4-2009).

- “Alterar o decidido no acórdão impugnado, no que se refere a ilegitimidade passiva; a caracterização da responsabilidade da agravante e a afirmação de que danos ocorridos no imóvel não estariam cobertos pelo contrato de seguro, exige o reexame de fatos e a interpretação de cláusulas contratuais, vedados em recurso especial pelas Súmulas 5 e 7, ambas do STJ” (STJ, decisão monocrática, Rel^a. Recurso Especial em Apelação Cível n. 2010.003251-0/0002.00 2 Des. Monteiro Rocha Des^a. Nancy Andrichi, Ag n. 1.295.595/SP, j. 19-5-2010). Em relação à aplicabilidade da multa decendial, a insurgência não deve prosperar por óbice da Súmula 284 do STF, porquanto a recorrente não indicou, de forma clara e precisa, qual ou quais dispositivos teriam sido violados pela decisão objurgada, inviabilizando, assim, a exata compreensão da controvérsia. Nessa orientação: STJ, 4^a Turma, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro - Desembargador convocado do TJPAP, AgRg no AgRg no REsp n. 513.847/RS, j. 15-4-2010.

O apelo especial não pode ascender em relação à suposta ofensa à Circular SUSEP n. 111/99 (cláusula 15^a da Apólice de Seguro Habitacional), uma vez que esta espécie normativa não se enquadra no conceito de lei federal a ensejar a utilização da via especial, nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal, conforme precedente:

“Esta Corte não analisa suposta violação de resoluções, circulares, portarias e instruções, pois essas espécies normativas não estão abrangidas no conceito de lei federal, apta a ensejar a via especial” (STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina - Desembargador convocado do TJRS - AgRg no Ag n. 1.051.115/SP, j. 3-8-2010).

Quanto à alegada afronta aos arts. 14, V e parágrafo único, 17, IV, 18, § 2º, e 475-J do CPC, a insurgência tem sua admissibilidade vedada em razão do disposto na Súmula 282 do STF, aplicável analogamente ao caso dos autos, eis que ausente um de seus requisitos específicos de admissibilidade, qual seja, o prequestionamento. Nesse sentido: STJ, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, AgRg no REsp n. 1.012.531/RJ, j. 20-08-2009; STJ, 2ª Turma, Relª. Minª. Eliana Calmon, AgRg no Ag n. 828.310/SP, j. 18-10-2007.

Por fim, referente aos arts. 5º, LIV e LV, da CF/88, o apelo especial não deve ascender, pois a matéria deve ser objeto de recurso extraordinário, ante a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal para a análise de violação a dispositivo constitucional (art. 102, III, da CF/1988).

Isto posto, não admito o recurso.

Intimem-se, em Florianópolis, 12 de dezembro de 2011

Des. Monteiro Rocha
3º VICE-PRESIDENTE

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Recurso Extraordinário em Recurso Extraordinário em Apelação Cível n. 2009.014135-8/0003.03, de Criciúma

Recorrente : Brasil Telecom S/A

Advogados : Drs. Everaldo Luís Restanho (9195/SC) e outros

Recorrido : Valdir Antonio Feliciano

Advogado : Dr. Luis Antônio Requião (22563/SC)

DESPACHO

Trata-se de recurso extraordinário interposto por Brasil Telecom S/A, contra ACÓRDÃO DE ÓRGÃO ESPECIAL que apreciou AGRAVO REGIMENTAL (QO 760.358/SE) interposto contra INADMISSÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO pela 3º Vice-Presidência, por aplicação de entendimento do STF em matéria de REPERCUSSÃO GERAL.

Na ocasião do julgamento, o Órgão Especial manteve a decisão desta 3ª Vice-Presidência, a qual aplicara entendimento do STF em matéria de repercussão geral pela exegese dos arts. 543-A, § 5º, e 543-B, §§ 2º e 3º, do CPC e 328-A, § 1º, do Regimento Interno do STF.

Não conheço do reclamo porque manifestamente incabível.

O objetivo deste inconformismo é reverter decisão da 3ª Vice-Presidência que decretou a inadmissibilidade de recurso extraordinário por inexistência de repercussão geral, conforme decidido pelo STF. É direcionado contra acórdão de Órgão Especial que manteve a decisão prévia de inadmissibilidade, em julgamento de agravo regimental decorrente da determinação exposta na Questão de Ordem em Agravo de Instrumento n. 760.358/SE.

A interposição de novo recurso (especial ou extraordinário) é temerária, pois a decisão do Órgão Especial limita-se a verificar se o precedente (leading case) utilizado pela 3ª Vice-Presidência aplica-se – ou não (distinguishing) – ao caso vertente.

Assim, somente o reconhecimento de distinguishing pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça ensejará a reversão do decisum da 3ª Vice-Presidência que obsta seguimento a recurso extraordinário com base na Recurso Extraordinário em Recurso Extraordinário em Apelação Cível n. 2009.014135-8/0003.03 2 Des. Monteiro Rocha inexistência de repercussão geral pronunciada pelo STF.

Decisões do Órgão Especial que afastam a ocorrência de distinguishing – como o é a atacada neste recurso especial – são irrecorríveis.

Os embargos declaratórios prequestionadores opostos à decisão do Órgão Especial não têm o condão de forçar a admissão do presente apelo, sob o pretexto de violação ao art. 535 do CPC.

No agravo regimental cabível por força da decisão do STF na QO n. 460.358/SE, pela sistemática que deflui de tal decisão, discute-se – à exceção das questões formais próprias do recurso interno (cabimento, prazo, representação...) – exclusivamente a ocorrência de distinguishing.

Em caso análogo aos autos, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu: “[...] Dessa forma, é manifestamente incabível recurso direcionado à e. Suprema Corte, quando o e. Tribunal de origem aplica a sistemática da repercussão geral, salvo hipótese do artigo 543-B, §4º, do Código de Processo Civil.

Assim, a interposição descabida de recursos (ou outro remédio processual) acaba por configurar abuso do poder de recorrer, haja vista o esgotamento da prestação jurisdicional dessa e. Corte Superior” (STJ,

Decisão monocrática da Vice-Presidência, Rel. Min. Félix Fischer, Edcl nos EREsp 1.002.206/RJ, DJe 25- 8-2011). (grifos no original)

E, na parte dispositiva de decisão anterior nos mesmos autos, concluiu o seguinte:

“[...] Ante o exposto, indefiro liminarmente o recurso, por ser manifestamente incabível, e determino a baixa imediata dos presentes autos, independentemente do trânsito em julgado, de acordo com orientação já firmada pelo e. Supremo Tribunal Federal” (STJ, Decisão monocrática da Vice- Presidência, Rel. Min. Félix Fischer, ARE nos EDcl no AgRg no RE nos EDcl nos EDcl nos EDcl nos EREsp 1.002.206/RJ, DJe 25-8-2011). (grifos no original) Segundo o art. 17, VII, do CPC, reputa-se litigante de má-fé aquele interpuser recurso meramente protelatório, entendendo-se como tal quem “recorrer, por meio de petição padronizada, de decisão rigorosamente pacífica” (STJ – 1ª T., Rel. Min. José Delgado, AgRg no Resp 163.883/RS, j. 5-5-1998).

Sobre o reconhecimento da litigância de má-fé em sede de juízo de admissibilidade pelos Tribunais de origem, o STF firmou o seguinte entendimento:

“[...] RECURSO - JUÍZO PRIMEIRO DE ADMISSIBILIDADE - NATUREZA DO ATO - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - MULTA. Embora de cognição incompleta, o ato do juízo primeiro de admissibilidade do recurso possui natureza jurisdicional, Recurso Extraordinário em Recurso Extraordinário em Apelação Cível n. 2009.014135-8/0003.03 3 Des. Monteiro Rocha podendo alcançar o enquadramento do recorrente como litigante de má-fé e a conseqüente imposição de multa” (STF, Rel. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, AI 420450 AgR-ED/MG, j. 24-11-2004).

Do corpo do voto vencedor, extrai-se o seguinte excerto: “[...] o ato do juízo primeiro de admissibilidade é, realmente, de cognição incompleta, mas é um ato jurisdicional e, assim, sendo, abre-se a oportunidade

do exercício do poder assegurado pelo Código de Processo Civil de impor multa diante da litigância de má-fé, principalmente na quadra vivida, em que constatamos haver uma automaticidade na interposição de recursos.

Ora, não posso, de maneira peremptória, dizer que se defrontando o Presidente da Corte de origem com recurso manifestamente protelatório, descabe-lhe, acionando o disposto no artigo 17 do Código de Processo Civil, fixar multa”. (fl. 1.206)

Por todo o arrazoado, a fim de evitar a conjetura de um sem-fim de impugnações a tramitar nesta Corte Estadual – mesmo que se apliquem reiteradas sanções inibitórias à conduta protelatória –, indefiro liminarmente o recurso, por ser manifestamente incabível, e determino a baixa imediata dos presentes autos, independentemente do trânsito em julgado, de acordo com a orientação firmada pelo STJ e pelo STF, e condeno a recorrente ao pagamento de multa, que fixo em 1%, mais indenização de 20% sobre o valor da causa (arts. 17 e 18 do CPC).

Cumpra-se.

Intimem-se.

Florianópolis, 26 de setembro de 2011.

Des. Monteiro Rocha
3º VICE-PRESIDENTE

PRIMEIRA INSTÂNCIA

SENTENÇA CRIMINAL

COMARCA DE LAGES

Autos nº 039.10.008775-0

Ação: Ação Penal - Porte Ilegal de Arma/Especial

Autor: Ministério Público de Santa Catarina e outro

Réu: Miguel Alonso e outro

Vistos etc...

O representante do Ministério Público em exercício perante este Juízo, ofereceu denúncia contra GUIDO VIEIRA HAMPEL e MIGUEL ALONSO, já devidamente qualificados nos autos, dando-os como incurso, respectivamente, nas sanções dos artigos 12 e 14, ambos da Lei 10.826/03. Diz a preambular acusatória *in verbis*:

“Em data a ser apurada durante a instrução criminal, o denunciado Guido Vieira Hampel se aposentou do cargo de oficial de justiça, ocasião em que permaneceram em seu poder sete cartuchos marca CBC e um cartucho marca W-W, todos calibre nominal .32, os quais havia recebido em cautela (folha 34). A partir de então, até 1º de julho de 2010, Guido manteve sob sua guarda, no interior de sua residência, as citadas munições de uso permitido, em desacordo com determinação legal, haja vista não possuía autorização para tanto. Em 1º de julho de 2010, o denunciado Miguel Alonso, que prestava serviços ao denunciado Guido Vieira Hampel, na Avenida Dom Pedro, nas proximidades da Igreja do Navio, nesta Urbe,

deste recebeu as referidas munições de uso permitido, saindo em seguida do local. Quando caminhava pela Rua Coronel Candido Caldas, bairro Vila Esperança, nesta Cidade, o denunciado Miguel Alonso, que apresentava atitude suspeita, foi abordado pelos agentes da Polícia Militar, logrando estes encontrar em seu poder as mencionadas munições, que eram por ele portadas ilegalmente, uma vez que não tinha a devida autorização.”

A denúncia com rol testemunhal (fl. II/verso), veio instruída com Auto de Prisão em Flagrante nº 251/2010, da 8ª Delegacia Regional de Polícia de Lages (fls. 02 *usque* 17), e foi recebida em data de 04/05/2011 (fl. 52).

Acostou-se aos autos termo de exibição e apreensão (fl. 11) e autos auto de avaliação (fl. 13).

Certificados os antecedentes criminais do acusado **Miguel Alonso** (fls. 19/21).

Após a devida homologação concedeu-se, de ofício, a liberdade provisória ao acusado **Miguel Alonso** (fls. 23/24), lavrando-se o respectivo alvará de soltura (fl. 24), bem como expedindo-se o competente termo de liberdade provisória (fl. 25).

Juntou-se aos autos laudo pericial de exame em munição de arma de fogo nº 935/2010 (fls. 42/44).

Devidamente citados (fl. 54 e 74), tendo sido nomeado defensores dativos (fl. 70 e 78), sobrevieram as respostas à acusação, sem rol testemunhal (fls. 60/68 e 76/77). A douta defensora do acusado **Guido**, em alegações preliminares, pugnou por sua absolvição sumária, alegando, preliminarmente, atipicidade da conduta, com fundamento no artigo 397, inciso III do *codex* instrumental. Já no que pertine ao denunciado **Miguel**, seu advogado aduz não existir lastro probatório idôneo para a persecução penal, requerendo assim, a absolvição do mesmo (CPP - art. 397).

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

Cuida-se de ação penal pública incondicionada em que se imputa aos denunciados GUIDO VIEIRA HAMPEL e MIGUEL ALONSO, respectivamente, a prática dos crimes de posse irregular de munição de uso permitido e porte ilegal de munição de uso permitido, respectivamente, elencados nos artigos 12 e 14 da Lei 10.826/03.

Mencionam os dispositivos legais supracitados:

“Artigo 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa”.

“Artigo 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, empregar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa”.

Segundo a denúncia, o acusado **Guido Vieira Hampel**, aposentado do cargo de oficial de justiça, permaneceu em seu poder com sete (07) cartuchos do calibre 32, os quais havia recebido em cautela (fl. 34), mantendo-os a partir de 1º de julho de 2010, sob sua guarda, no interior de sua residência, em desacordo com determinação legal. Na mesma data, o denunciado **Miguel Alonso**, que prestava serviços a **Guido**, na Avenida Dom Pedro, nas proximidades da Igreja do Navio, recebeu deste, as referidas munições.

Considerando que ambos os pleitos defensivos encontram-se calçados em teses absolutórias de caráter sumário – atipicidade da conduta – passo a análise da aventada prefacial.

De sapiência correntia que a atual Carta da República é tida como “garantista” em face do amplo leque de direitos fundamentais que foram constitucionalizados sob a forma de garantias, notadamente no âmbito penal e processual penal. As suas novas concepções demoraram e ainda hoje se percebe que não foram bem assimiladas pelo legislador infraconstitucional, que, não raras vezes, tem cometido lamentáveis equívocos na elaboração de determinadas leis ordinárias, quer na criminalização de condutas, quer no recrudescimento das reprimendas, como no caso da Lei nº 8.930/94 – a qual veio a ser conhecida como “Lei Daniela Perez”.

Não é de hoje que as leis no Brasil, vem sendo editadas, não raras vezes, sob influência do clamor público ou sob pressão da mídia. E, por isso mesmo, é que os equívocos crescem de forma preocupante. Esses fatores jamais poderiam influenciar o legislador quando da elaboração das leis. Jamais poderiam servir como motivação ou mola propulsora, para a criação de qualquer regramento jurídico, seja ele de caráter penal, civil, administrativo, etc.

Um dos princípios basilares da Constituição da República é de que a lei, independentemente da sua natureza – material ou processual –, não pode ser casuísta, não pode estar sujeita às intempéries políticas, enfim, não pode ser elaborada ao sabor de interesses particulares ou de facções ideológicas.

Na hipótese dos autos, verifica-se que a Lei nº 10.826/2003, também conhecida como Estatuto do Desarmamento, passou a criminalizar diversas condutas envolvendo acessórios e munição de armas de fogo.

Ao meu sentir, a criminalização de tais condutas afronta diversos princípios constitucionais, tais como o princípio da lesividade jurídica, da

intervenção mínima, da proporcionalidade, da razoabilidade, do devido processo legal, dentre outros.

Pelo princípio da lesividade, tem-se que o Direito Penal somente poderá atuar no caso de efetivo ataque a bem jurídico relevante de terceira pessoa. Cabe aqui, algumas indagações: No caso de posse ou porte de munição descarregada, como na espécie *sub examen*, qual seria o bem, juridicamente relevante, que estaria sendo ameaçado? Onde reside e em que consiste essa suposta ameaça ou o efetivo ataque?

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como última *ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela deste bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária.

A criminalização da posse ou porte de munição descarregada, da forma estabelecida pela Lei nº 10.826/2003, apenando ditas condutas com o mesmo rigor que o fez em relação à posse ou porte de arma de fogo, a meu ver fere de morte, também, o princípio da proporcionalidade, na medida em que, tratando-se de condutas de gravidade flagrantemente distintas, não poderiam residir no mesmo tipo penal, e o pior, com idêntica pena.

Não há, efetivamente, um mínimo de proporcionalidade ente a conduta de portar, deter, possuir uma munição de uso permitido e a pena excessiva com a qual é punida, de dois (02) a quatro (04) anos de reclusão e multa, diga-se *en passant*, pena superior a dos crimes de furto, estelionato, receptação, etc.

Não se pode admitir a mesma punição para um agente que tenha sido flagrado na posse de arma de fogo pronta para ser usada, daquele que é encontrado com acessórios ou pequena quantidade de munição, como na hipótese que se apresenta.

Nunca é demais salientar que a munição isolada, ou seja, sem a possibilidade de uso por uma arma de fogo, assim como a posse ou porte dos respectivos acessórios, não possuem um mínimo de danosidade real. Tratam-se, tão somente, de meros objetos absolutamente inidôneos, que não se prestam à configuração de qualquer delito. Essas condutas acham-se formalmente previstas no aludido Estatuto do Desarmamento, porém, materialmente, não configuram nenhuma infração penal. Qualquer interpretação em sentido contrário constitui, a meu juízo, grave ofensa à liberdade e ao direito penal, constitucionalmente enfocado.

Na esteira desse entendimento, assim decidiu o egrégio Tribunal Gaúcho:

“APELAÇÃO. (...). PORTE DE ACESSÓRIO E MUNIÇÃO. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO. (...). DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. STF. 1. (...). 2. Tem-se por não tipificado o crime do artigo 14 da Lei de Armas, detido o réu com um carregador de pistola calibre 380 e respectiva munição. Ao contrário do revólver, a munição e o acessório são artefatos que para tornarem-se ofensivos ou oferecer risco potencial à incolumidade pública necessitam de outros elementos, inclusive a probabilidade imediata de uso. 3. (...). 4.(...). NEGADO PROVIMENTO AO APELO MINISTERIAL. PARCIALMENTE PROVIDO O RECURSO DEFENSIVO.” (Apelação Crime Nº 70018887968. Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elba Aparecida Nicolli Bastos, Julgado em 12/07/2007).

Assim, por desatenção aos aludidos princípios de ordem constitucional, há que se negar vigência aos dispositivos incriminadores das condutas de possuir, deter e portar munição de uso permitido, respectivamente previstas nos artigos 12 e 14, do Estatuto do Desarmamento, e, em consequência, absolver os réus.

Ante o exposto, por malferimento aos princípio da lesividade jurídica, da intervenção mínima, da proporcionalidade, da razoabilidade, do devido processo legal, dentre outros, nego vigência parcial aos artigos

12 e 14, da Lei da Lei nº 10.826/2003, tão somente no que pertine à conduta de possuir ou manter sob sua guarda, munição de uso permitido (artigo 12) e portar, deter., adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar munição, de uso permitido (artigo 14), e, em consequência, diante da atipicidade das respectivas condutas, JULGO IMPROCEDENTE a denúncia de fls. II e verso, para, com o fundamento no artigo 397, inciso III, do Código de Processo Penal, ABSOLVER SUMARIAMENTE os denunciados GUIDO VIEIRA HAMPEL e MIGUEL ALONSO, ambos já devidamente qualificados nos autos, da imputação que lhes foi feita.

Sem custas.

Transitada em julgado, e após procedidas as anotações de praxe, archive-se os autos, com a devida baixa nos registros pertinentes.

Lages (SC), 14 de setembro de 2011.

Geraldo Corrêa Bastos
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 Curitibaanos

Rua Antônio Rossa, 241 — Centro
CEP: 89520-000 — Curitibaanos
Telefone: (49) 3221-0500

Fórum da Comarca de Descanso

Rua Thomaz Koproski, 615 — Centro
CEP: 89910-000 — Descanso
Telefone: (49) 3623-6400

Fórum da Comarca de Dionísio Cerqueira

Av. Washington Luís, 670 — Centro
CEP: 89950-000 — Dionísio Cerqueira
Telefone: (49) 3644-6200

Fórum da Comarca de Forquilha

Rodovia Antônio Valmor Canela, 106 — Santa Izabel

CEP: 88850-000 — Forquilha

Telefone: (48) 3463-8300

Fórum da Comarca de Fraiburgo

Av. Curitibanos, 375 — Centro

CEP: 89580-000 — Fraiburgo

Telefone: (49) 3256-2100

Fórum da Comarca de Garopaba

Rua Santa Rita, 100 — Centro

CEP: 88495-000 — Garopaba

Telefone: (48) 3254-8300

Fórum da Comarca de Garuva

Av. Celso Ramos, 1.226 — Centro

CEP: 89248-000 — Garuva

Telefone: (47) 3445-8000

Fórum da Comarca de Gaspar

Av. Deputado Francisco Mastella, s/n — Sete de Setembro

CEP: 89110-000 — Gaspar

Telefone: (47) 3331-6100

Fórum da Comarca de Guaramirim

Rua 28 de Agosto, 2000 — Centro

CEP: 89270-000 — Guaramirim

Telefone: (47) 3373-9500

Fórum da Comarca de Herval d'Oeste

Rua Nereu Ramos, 388 — Centro

CEP: 89610-000 — Herval d'Oeste

Telefone: (49) 3551-4400

Fórum da Comarca de Ibirama
 Rua Dr. Getúlio Vargas, 800 — Centro
 CEP: 89140-000 — Ibirama
 Telefone: (47) 3357-8000

Fórum da Comarca de Içara
 Rodovia SC 444, km 5, 150, Loteamento Simone/Jaqueline
 CEP: 88820-000 — Içara
 Telefone: (48) 3467-1100

Fórum da Comarca de Imaruí
 Av. Governador Celso Ramos, s/n — Centro
 CEP: 88770-000 — Imaruí
 Telefone: (48) 3643-8000

Fórum da Comarca de Imbituba
 Rua Ernani Contrin, 643 — Centro
 CEP: 88780-000 — Imbituba
 Telefone: (48) 3355-8000

Fórum da Comarca de Indaial
 Rua Tiradentes, 111 — Centro
 CEP: 89130-000 — Indaial
 Telefone: (47) 3281-5400

Fórum da Comarca de Ipumirim
 Rua Bento Gonçalves, 143 — Centro
 CEP: 89790-000 — Ipumirim
 Telefone: (49) 3438-3300

Fórum da Comarca de Itá
 Praça dos Expedicionários, s/n — Pioneiros
 CEP: 89760-000 — Itá
 Telefone: (49) 3458-9600

Fórum da Comarca de Itaiópolis
Rua Alfredo Fernandes Luiz, 130 — Centro
CEP: 89340-000 — Itaiópolis
Telefone: (47) 3652-6000

Fórum da Comarca de Itajaí
Rua Uruguai, 222 — Centro
CEP: 88301-902 — Itajaí
Telefone: (47) 3341-0500

Fórum da Comarca de Itapema
Av. Marginal Oeste da BR 101, 7.980 — Morretes
CEP: 88220-000 — Itapema
Telefone: (47) 3268-8800

Fórum da Comarca de Itapiranga
Rua São José, 10 — Centro
CEP: 89896-000 — Itapiranga
Telefone: (49) 3678-8400

Fórum da Comarca de Itapoá
Rua Mariana Michels Borges, 776 — Itapema do Norte
CEP: 89249-000 — Itapoá
Telefone: (47) 3443-8000

Fórum da Comarca de Ituporanga
Rua Vereador Joaquim Boing, s/n — Centro
CEP: 88400-000 — Ituporanga
Telefone: (47) 3533-8100

Fórum da Comarca de Jaguaruna
Rua Nestor Horácio Luiz, s/n — Cristo Rei
CEP: 88715-000 — Jaguaruna
Telefone: (48) 3624-8000

Fórum da Comarca de Jaraguá do Sul
Rua Guilherme Cristiano Wackerhagen, 87 — Vila Nova
CEP: 89259-300 — Jaraguá do Sul
Telefone: (47) 3275-7200

Fórum da Comarca de Joaçaba
Rua Salgado Filho, 160 — Centro
CEP: 89600-000 — Joaçaba
Telefone: (49) 3551-4100

Fórum da Comarca de Joinville
Rua Hermann August Lepper, 980 — Saguapu
CEP: 89201-900 — Joinville
Telefone: (47) 3461-8500

Fórum da Comarca de Lages
Rua Belisário Ramos, 3.650 — Centro
CEP: 88501-902 — Lages
Telefone: (49) 3221-3500

Fórum da Comarca de Laguna
Rua Arcângelo Bianchini, 69 — Centro
CEP: 88790-000 — Laguna
Telefone: (48) 3644-8300

Fórum da Comarca de Lauro Müller
Travessa 20 de Janeiro, s/n — Centro
CEP: 88880-000 — Lauro Müller
Telefone: (48) 3464-8600

Fórum da Comarca de Lebon Régis
Rua Valdir Ortigari, 45 — Centro
CEP: 89515-000 — Lebon Régis
Telefone: (49) 3247-6000

Fórum da Comarca de Mafra
Av. Cel. José Severiano Maia, 863 — Centro
CEP: 89300-000 — Mafra
Telefone: (47) 3641-4200

Fórum da Comarca de Maravilha
Av. Anita Garibaldi, 1.181 — Centro
CEP: 89874-000 — Maravilha
Telefone: (49) 3664-8800

Fórum da Comarca de Modelo
Rua Presidente Vargas, 20 — Centro
CEP: 89872-000 — Modelo
Telefone: (49) 3365-2500

Fórum da Comarca de Mondaí
Rua Aurora, 65 — Centro
CEP: 89893-000 — Mondaí
Telefone: (49) 3674-3000

Fórum da Comarca de Navegantes
Av. Prefeito José Juvenal Mafra, 498 — Centro
CEP: 88375-000 — Navegantes
Telefone: (47) 3342-9100

Fórum da Comarca de Orleans
Rua Rui Barbosa, 320 — Centro
CEP: 88870-000 — Orleans
Telefone: (48) 3466-6100

Fórum da Comarca de Otacílio Costa
Rua Clementino Zambonato, 119 — Centro
CEP: 88540-000 — Otacílio Costa
Telefone: (49) 3275-8000

Fórum da Comarca de Palhoça
 Rua Cel. Bernardino Machado, 95 — Centro
 CEP: 88130-220 — Palhoça
 Telefone: (48) 3279-3300

Fórum da Comarca de Palmitos
 Rua Padre Manoel da Nóbrega, s/n — Centro
 CEP: 89887-000 — Palmitos
 Telefone: (49) 3647-9400

Fórum da Comarca de Papanduva
 Rua Simeão Alves de Almeida, 411 — Centro
 CEP: 89370-000 — Papanduva
 Telefone: (47) 3653-6000

Fórum da Comarca de Pinhalzinho
 Av. Porto Alegre — Esq. com a Rua São Luiz, 735 — Centro
 CEP: 89870-000 — Pinhalzinho
 Telefone: (49) 3366-6100

Fórum da Comarca de Pomerode
 Rua XV de Novembro, 700 — Centro
 CEP: 89107-000 — Pomerode
 Telefone: (47) 3387-7400

Fórum da Comarca de Piçarras
 Av. Emanuel Pinto, 1.655 — Centro
 CEP: 88380-000 — Piçarras
 Telefone: (47) 3347-4000

Fórum da Comarca de Ponte Serrada
 Rua 3 de Maio, 460 — Centro
 CEP: 89683-000 — Ponte Serrada
 Telefone: (49) 3435-6500

Fórum da Comarca de Porto Belo
Av. Gov. Celso Ramos, 2.890 — Centro
CEP: 88210-000 — Porto Belo
Telefone: (47) 3369-7100

Fórum da Comarca de Porto União
Rua Voluntários da Pátria, 365 — Centro
CEP: 89400-000 — Porto União
Telefone: (42) 3521-3700

Fórum da Comarca de Presidente Getúlio
Rua Kurt Hering, 14 — Centro
CEP: 89150-000 — Presidente Getúlio
Telefone: (47) 3352-5000

Fórum da Comarca de Quilombo
Rua Presidente Juscelino, 703 — Centro
CEP: 89850-000 — Quilombo
Telefone: (49) 3346-2000

Fórum da Comarca de Rio do Campo
Rua 29 de Dezembro, s/n — Centro
CEP: 89198-000 — Rio do Campo
Telefone: (47) 3564-8900

Fórum da Comarca de Rio do Oeste
Rua XV de Novembro, 1.570 — Centro
CEP: 89180-000 — Rio do Oeste
Telefone: (47) 3543-9300

Fórum da Comarca de Rio do Sul
Rua Dom Bosco, 820 — Jardim América
CEP: 89160-000 — Rio do Sul
Telefone: (47) 3531-4700

Fórum da Comarca de Rio Negrinho
 Rua Carlos Hantschel, 425 — Bela Vista
 CEP: 89295-000 — Rio Negrinho
 Telefone: (47) 3641-1700

Fórum da Comarca de Santa Cecília
 Rua XV de Novembro, s/n — Centro
 CEP: 89540-000 — Santa Cecília
 Telefone: (49) 3244-6500

Fórum da Comarca de Santa Rosa do Sul
 Rua Raul José dos Santos, 120 — Centro
 CEP: 89965-000 — Santa Rosa do Sul
 Telefone: (48) 3534-8200

Fórum da Comarca de Santo Amaro da Imperatriz
 Rua Frei Fidêncio Feldmann, 425 — Centro
 CEP: 88140-000 — Santo Amaro da Imperatriz
 Telefone: (48) 3245-4000

Fórum da Comarca de São Bento do Sul
 Av. São Bento, 401 — Colonial
 CEP: 89290-000 — São Bento do Sul
 Telefone: (47) 3631-1900

Fórum da Comarca de São Carlos
 Rua La Salle, 243 — Centro
 CEP: 89885-000 — São Carlos
 Telefone: (49) 3325-1000

Fórum da Comarca de São Domingos
 Rua Major Azambuja, 138 — Centro
 CEP: 89835-000 — São Domingos
 Telefone: (49) 3443-6800

Fórum da Comarca de São Francisco do Sul
Rua Leôncio Pereira, 304 — Rocío Pequeno
CEP: 89240-000 — São Francisco do Sul
Telefone: (47) 3471-1500

Fórum da Comarca de São João Batista
Rua Otaviano Dadam, 201 — Centro
CEP: 88240-000 — São João Batista
Telefone: (48) 3265-6300

Fórum da Comarca de São Joaquim
Rua Domingos Martorano, 302 — Centro
CEP: 88600-000 — São Joaquim
Telefone: (49) 3233-6000

Fórum da Comarca de São José
Rua Domingos André Zannini, 380 — Barreiros
CEP: 88117-200 — São José
Telefone: (48) 3271-9600

Fórum da Comarca de São José do Cedro
Rua Padre Aurélio, 235 — Centro
CEP: 89930-000 — São José do Cedro
Telefone: (49) 3643-6600

Fórum da Comarca de São Lourenço do Oeste
Rua Dom Pedro II, 966 — Centro
CEP: 89990-000 — São Lourenço do Oeste
Telefone: (49) 3344-8200

Fórum da Comarca de São Miguel do Oeste
Rua Marcílio Dias, 2.070 — Sagrado Coração
CEP: 89900-000 — São Miguel do Oeste
Telefone: (49) 3631-1500

Fórum da Comarca de Seara
 Rua do Comércio, 171 — Centro
 CEP: 89770-000 — Seara
 Telefone: (49) 3452-8700

Fórum da Comarca de Sombrio
 Rua Edílio Antônio da Rosa, 974 — Centro
 CEP: 88960-000 — Sombrio
 Telefone: (48) 3533-6700

Fórum da Comarca de Taió
 Rua Expedicionário Rafael Busarello, 484 — Centro
 CEP: 89190-000 — Taió
 Telefone: (47) 3562-8000

Fórum da Comarca de Tangará
 Rua Luís Menoncin, s/n — Centro
 CEP: 89642-000 — Tangará
 Telefone: (49) 3532-7500

Fórum da Comarca de Tijucas
 Rua Florianópolis, 130 — Centro
 CEP: 88200-000 — Tijucas
 Telefone: (48) 3263-8000

Fórum da Comarca de Timbó
 Av. Getúlio Vargas, 736 — Centro
 CEP: 89120-000 — Timbó
 Telefone: (47) 3281-1700

Fórum da Comarca de Trombudo Central
 Rua Emílio Graubner, s/n — Vila Nova
 CEP: 89176-000 — Trombudo Central
 Telefone: (47) 3544-8100

Fórum da Comarca de Tubarão
Rua Wenceslau Brás, 560 — Vila Moema
CEP: 88701-901 — Tubarão
Telefone: (48) 3621-1500

Fórum da Comarca de Turvo
Rua Nereu Ramos, 609 — Centro
CEP: 88930-000 — Turvo
Telefone: (48) 3525-8000

Fórum da Comarca de Urubici
Rua Nereu Ramos, n. 200 — Centro
CEP: 88650-000 — Urubici
Telefone: (49) 3278-6900

Fórum da Comarca de Urussanga
Rua Barão do Rio Branco, 115 — Centro
CEP: 88840-000 — Urussanga
Telefone: (48) 3441-1300

Fórum da Comarca de Videira
Rua Vítor Meirelles, s/n — Ed. Brasil-Austria — Matriz
CEP: 89560-000 — Videira
Telefone: (49) 3551-1700

Fórum da Comarca de Xanxerê
Rua Victor Konder, 898 — Centro
CEP: 89820-000 — Xanxerê
Telefone: (49) 3441-7100

Fórum da Comarca de Xaxim
Rua Rui Barbosa, 385 — Centro
CEP: 89825-000 — Xaxim
Telefone: (49) 3353-9600

ÍNDICE NUMÉRICO

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

3.847 (STF)	– Santa Catarina	51
2007.007998-9	– Quilombo	149
AGRAVOS DE INSTRUMENTO		
2009.073599-7	– Canoinhas	415
2010.032245-7	– Lages	373
2011.022921-9	– Itajaí	380

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA

2010.029176-7	– Blumenau	578
---------------	------------------	-----

APELAÇÕES CÍVEIS

2007.002982-9	– São Carlos	586
2007.025811-4	– Ascurra	386
2007.037217-7	– Blumenau	394
2007.048177-5	– Chapecó	602
2007.052290-9	– São Bento do Sul	500
2008.012233-1	– Gaspar	474
2008.047621-0	– Capital	541
2008.049433-5	– São João Batista	482
2008.071413-4	– Itajaí	549
2008.074841-0	– Itajaí	433
2008.079995-0	– Lages	494
2008.081988-1	– Itajaí	174
2008.082775-4	– Joinville	402
2009.002422-7	– São José do Cedro	279
2009.011649-6	– Capital/Estreito	337
2009.026676-0	– Joinville	557
2010.043320-0	– Anchieta	525

2010.082063-0	– Blumenau	452
2011.005897-1	– São José.....	469
2011.018326-7	– Blumenau	515
2011.019579-8	– Capital.....	314
2011.020805-7	– Gaspar	199
2011.024676-5	– Anchieta	525
2011.028644-6	– Chapecó	618
2011.034720-1	– Rio do Sul.....	351
2011.043951-1	– Capital.....	325
2011.046773-0	– Joaçaba	302
2011.061810-0	– Araranguá.....	411

APELAÇÕES CRIMINAIS

2010.054079-4	– Itajaí	628
2010.063731-0	– Xanxerê.....	660
2010.069009-9	– Chapecó	754
2010.082193-1	– São José.....	680
2011.009498-4	– Blumenau	725
2011.017273-8	– Chapecó	739
2011.021281-2	– Porto União	790
2011.051366-6	– Sombrio.....	747

EMBARGOS INFRINGENTES

2010.042511-7	– Joinville	164
---------------	-------------------	-----

HABEAS CORPUS

105.051 (STF)	– Santa Catarina	73
108.009 (STF)	– Santa Catarina	79
127.904 (STJ)	– Santa Catarina	89

RECURSO CRIMINAL

2011.060143-5 – Capital.....710

RECURSO DE AGRAVO

2011.059484-8 – Campos Novos717

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL

2010.003251-0 – Pinalzinho.....803

RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO
EM APELAÇÃO CÍVEL

2009.014135-8 – Criciúma.....806

RECURSOS ESPECIAIS

953.461 (STJ) – Santa Catarina 118

996.424 (STJ) – Santa Catarina 126

1.213.146 (STJ) – Santa Catarina 140

SENTENÇA

039.10.008775-0 – Lages.....813

ÍNDICE POR ASSUNTO

AÇÃO ANULATÓRIA

— Nulidade de ato jurídico – Simulação de dois contratos distintos. Fatos que evidenciam a necessidade de aplicação de institutos jurídicos diversos em relação aos pactos supostamente maculados. Dolo e simulação. Vício social. Aplicação do novo Código Civil. Nulidade absoluta. Cerceamento de defesa. Julgamento antecipado. Necessidade de produção de provas testemunhais em audiência. Pedido postulado pelas partes. Acolhimento. Precedentes. Recursos providos. 586

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

— Embargo de demolição de residência inserida em comunidade de baixa renda – Inobservância da legislação urbanística. Imóvel vizinhado por inúmeras outras habitações no mesmo estado. Demolição que não traz ganho ao meio ambiente artificial. atentado ao direito à moradia. Prevalência deste no caso concreto. Possibilidade de adoção do contido no Estatuto da Cidade, visando melhorias sociais. Recurso desprovido..... 541

— Fornecimento de medicamento – Falta de interesse de agir. Pedido de fornecimento a todos que estão na mesma situação de determinada doença. Medicamento que se presta ao tratamento no caso apresentado. Necessidade de demonstração da negativa do poder público e de prova da indispensabilidade da droga. Obrigação de atendimento. Fixação de prazo para a contracautela. Necessidade. Carência de ação. Reconhecimento. Recurso parcialmente provido.... 557

AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

— Gerentes de instituição bancária do Estado – Desvio de valores em proveito próprio. Atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito e em prejuízo ao erário. Acolhimento. Irresignação manifestada por um dos requeridos que apregoa menor participação pelas fraudes. Indeferimento, à luz do acervo probatório. Obrigação

solidária de reparar o prejuízo. Redução que se impõe ante a comprovação de seu desligamento do banco antes das últimas operações lesivas. Adequação. Recurso parcialmente provido. 525

AÇÃO COMINATÓRIA

— Marca – Alteração voluntária do nome empresarial antes da citação. Perda do objeto. Confusão entre consumidores. Abalo à imagem. Ausência de prova. Dano incorrente. Prejuízo material indemonstrado. Apuração por arbitramento. Inviabilidade. Sucumbência readequada. Recurso provido. 469

AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO

— Contrato de alienação fiduciária – Indeferimento da exordial. Ausência de cédula de crédito bancário. Condição *sine qua non* para propositura da demanda. Documento sujeito à circulação por endosso. Princípio da cartularidade. Recurso desprovido. 411

AÇÃO DE COBRANÇA

— Contrato de transporte marítimo internacional – *Demurrage*. Cobrança relativa à não devolução de *containers*. Franquia de 10 (dez) dias de estadia no porto. Condenação. Aditamentos sobre o valor da decisão condenatória. Balizamento de ofício de índice de correção monetária e periodicidade de incidência de juros de mora. Recurso desprovido. 433

AÇÃO DE COBRANÇA C/C EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS

— Seguro obrigatório – DPVAT. Invalidez permanente. Valor indenizatório proporcional à extensão do dano. Perícia médica. Instituto médico legal. Avaliação. Imprescindibilidade. Comprovação do grau da invalidez, e se foi decorrente do sinistro. Recurso prejudicado. 302

AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO

— Negativa da seguradora em efetuar o pagamento – Embriaguez do condutor/segurado comprovada. Agravamento do risco verificado. Culpa *in eligendo*. Recurso desprovido. 618

AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR

— Destituição de pais adotivos – Ação proposta pelo Ministério Público. Adoção de casal de irmãos biológicos. Irrenunciabilidade e irrevogabilidade da adoção. Impossibilidade. Renúncia do poder familiar. Admissibilidade, sem prejuízo da incidência de sanções civis. Perda do poder familiar em relação ao casal de irmãos adotados. Desconstituição em face da prática de maus-tratos físicos e morais. Tratamento desigual e discriminatório entre os filhos adotivos e o biológico dos adotantes. Manutenção dos efeitos civis da adoção. Obrigação de compensar pecuniariamente os infantes. Hipoteca judiciária garantidora do cumprimento do julgado. Recurso desprovido..... 199

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

— Representação comercial – Sucessão empresarial não caracterizada. Pessoas jurídicas distintas. Área de atuação. Redução. Exclusividade. Inexistência. Indenização afastada. Redução dos mostuários. Prejuízos. Ausência de prova. Recurso desprovido..... 394

— Demora no conserto de caminhão sinistrado – Transporte de carga. Ilegitimidade passiva da ré fabricante. Ausência de vício. Fornecimento de serviço cuja responsabilidade pelo atraso não resultou configurada em relação à fabricante. Denúnciação da lide à seguradora pela oficina mecânica demandada. Possibilidade. Obrigação indenizatória por lucros cessantes em decorrência da demora da seguradora. Dever de indenizar em relação à oficina. Condenação solidária da denunciante e da denunciada. Recursos desprovidos. 174

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS

- Publicação de fotografia em capa de revista – Autoria do material creditável a terceira pessoa, que não o estúdio acionado. Ilegitimidade passiva decretada. Abordagem conforme as provas. Editora responsável pela publicação. Uso da imagem. Mera exibição como parte do cenário. Recurso desprovido. 314
- Filiação – Abandono material, moral e intelectual do pai em relação ao filho. Tratamento anti-isonômico entre os filhos. Dano moral configurado. Excepcionalidade do caso concreto. Recurso desprovido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO. 325
- Abalo de crédito não demonstrado – Contrato de financiamento de veículo inadimplido. Ajuizamento de ação de busca apreensão. Simples expedição de comunicado pela Serasa, em conformidade ao CDC. Inscrição do nome do devedor que não chegou a se concretizar. Recurso provido. 494

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS

- Erro médico – Implante de prótese de quadril. Complicação cirúrgica em função de corte da artéria femoral seguida de hipotensão arterial e forte hemorragia. Morte por choque hipovolêmico e embolia pulmonar. Procedência. Responsabilidade civil do médico. Dever de indenizar. Agravo retido em que alega ilegitimidade ativa dos herdeiros. Direito personalíssimo e individual dos sucessores. Recursos desprovidos. 279

AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL

- Mudança de prenome e gênero feminino para masculino – Parte autora que possui atributos físicos de pessoa do sexo masculino. Acompanhamento psicológico desde 2008. Cirurgia para retirada das mamas no mesmo ano. Identidade sexual que deve refletir a verdade vivenciada e que se reflete na sociedade. Prevalência do

princípio fundamental da dignidade humana. Questão de interesse existencial. Possibilidade de vida digna que depende da alteração solicitada. Recurso desprovido. 351

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE E ANULAÇÃO DE TÍTULO

— Cheque nominativo – Entrega a instituição financeira em contrato de desconto bancário. Título formalmente perfeito e que, inadimplido, foi encaminhado ao cartório de protesto. Boa-fé do legítimo portador que nunca foi questionada. Providência que não se mostra abusiva. Recurso desprovido. 474

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

— Lei estadual – Serviço público de telefonia fixa e móvel. Vedação da cobrança de tarifa de assinatura básica. Penalidades. Invasão da competência legislativa da união. Violação de artigos da Constituição Federal. Ação julgada procedente. Maioria de votos. VOTO VENCIDO. 51

— Lei Municipal que isenta de IPTU moradores que residam no município há mais de quarenta e cinco anos contados da edição da lei – Manifesta ofensa aos princípios da isonomia, consagrados no art. 125, § 2º, da Constituição Estadual. Critério irrazoável. Vício material. Ação procedente. 149

AÇÃO MONITÓRIA

— Prazo prescricional para a ação fundamentada em cheque prescrito é de cinco anos – Prescrição intercorrente não configurada. Ilegitimidade ativa sob o fundamento de o cheque estar cruzado. Rejeição. Alteração somente da forma de pagamento. Devedor que alega desfazimento do negócio. Inoponibilidade de exceções pessoais a terceiro de boa-fé. Recurso desprovido. 402

AÇÃO ORDINÁRIA COM PRECEITO COMINATÓRIO C/C PERDAS E DANOS

— Contrafação – Inocorrência. Utilização equivocada para fins de designação do tipo do produto. Perdas e danos. Prejuízo. Não comprovação. Recurso adesivo para reconhecer sucumbência recíproca. Acolhimento. Recurso de apelação desprovido e o adesivo provido. ..386

AÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

— Concessão de diárias a servidora de cargo comissionado para participar de curso de pós-graduação – Indeferimento da inicial. Ausência do ato ímprobo. Formalização. Termo de ajustamento de conduta para devolução de valor recebido. Expunção da alegada lesividade. Recurso desprovido. 549

AÇÃO REIVINDICATÓRIA

— Recursos interpostos pelos autores, réus e litisdenunciado – Imóvel adquirido pela demandada distinto daquele ocupado por ela. Erro que não afasta a propriedade dos autores. Procedência. Direito à indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias. Boa-fé afastada após citação. Indenização pelo uso do imóvel. Decisão *ultra petita*. Recurso da ré parcialmente provido e o do litisdenunciado e dos autores desprovidos. 602

AGRAVO DE INSTRUMENTO

— *Vide* Recurso.

CÓDIGO CIVIL

— Art. 20, *caput* (1916) 394
 — Art. 20 314
 — Art. 47 452
 — Art. 99 314

— Art. 157	433
— Art. 167, <i>caput</i>	586
— Art. 168	586
— Art. 169	586
— Art. 171, II	586
— Art. 186	337, 325, 314, 452, 494, 199
— Art. 206, § 3º, VII	402
— Art. 206, § 5º, I	402
— Art. 398	199
— Art. 403	452
— Art. 405	279
— Art. 406	433, 500
— Art. 407	199
— Art. 410	452
— Art. 416, parágrafo único.....	452
— Art. 423	433
— Art. 424	433
— Art. 496	118
— Art. 765	618
— Art. 768	618
— Art. 893	474
— Art. 896	474
— Art. 927, <i>caput</i> e parágrafo único	452
— Art. 927	337, 494
— Art. 942	525
— Art. 944	199
— Art. 962 (1916).....	199
— Art. 1.064 (1916).....	199
— Art. 1.132 (1916).....	118
— Art. 1.220	602
— Art. 1.245	578
— Art. 1.625	199
— Art. 1.626	199
— Art. 1.634	199

— Art. 1.635	199
— Art. 1.637	199
— Art. 1.638, I, II e IV	199
— Art. 1.638, II	325

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

—	380
— Art. 2º	433
— Art. 3º	452
— Art. 6º, VI	494
— Art. 6º, VIII	174
— Art. 14, <i>caput</i> e § 4º	279
— Art. 14	452, 494
— Art. 17	452
— Art. 43, § 2º	494
— Art. 54, § 4º	618
— Art. 88	174

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

— Art. 6º	394
— Art. 20, § 3º	602, 586
— Art. 20, §§ 3º e 4º	452, 469, 279
— Art. 20, § 4º	500
— Art. 21, <i>caput</i>	452, 386
— Art. 21	279
— Art. 21, parágrafo único	500
— Art. 77	557
— Art. 78	557
— Art. 94	380
— Art. 95	380
— Art. 100, IV, <i>a</i> e <i>b</i>	380
— Art. 105	525
— Art. 126	351

— Art. 130	337, 402, 174, 557
— Art. 131	557
— Art. 267, IV e VI	557
— Art. 267, VI.....	452, 126
— Art. 269, I	314, 586
— Art. 273	586
— Art. 282, IV.....	174
— Art. 283	586
— Art. 286, <i>caput</i>	174
— Art. 301	402
— Art. 302	118
— Art. 330, I	337, 402, 586, 557
— Art. 333, I	386
— Art. 333, II.....	174, 433
— Art. 396	586
— Art. 401	586
— Art. 402, I	586
— Art. 404, II.....	586
— Art. 460	602, 199
— Art. 461	415
— Art. 461, § 6º	557
— Art. 463	525
— Art. 515, §§ 1º e 3º	452
— Art. 523, § 1º	279
— Art. 535	126
— Art. 557, § 1º	500
— Art. 616	482
— Art. 694	578
— Art. 703, III.....	578
— Art. 879 e incisos.....	602
— Art. 991, I	279

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 126	739
------------------	-----

— Art. 155	710
— Art. 156, I	628
— Art. 158	680
— Art. 226	660
— Art. 254	628
— Art. 381	725
— Art. 383	680
— Art. 386, III.....	747
— Art. 386, VII	790, 660
— Art. 387, IV.....	790
— Art. 397	813
— Art. 413, <i>caput</i> e § 1º.....	710
— Art. 422	710
— Art. 461	710
— Art. 564, III, <i>b</i>	680
— Art. 589	710

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (Lei n. 9.503/1997)

— Art. 165	618
— Art. 306	618

CÓDIGO FLORESTAL (Lei n. 4.771/1965)

— Art. 1º, § 2º, II	164
— Art. 2º, a, 1, e parágrafo único.....	164

CÓDIGO PENAL

— Art. 2º, parágrafo único	717
— Art. 14, II	680
— Art. 29, <i>caput</i>	710
— Art. 29, § 1º	680
— Art. 33, <i>caput</i> e § 2º, <i>b</i>	680
— Art. 44, I	680
— Art. 44, I e II	790

— Art. 45, § 1º	754
— Art. 49, §§ 1º e 2º	680
— Art. 59	790, 754, 680, 628
— Art. 60, <i>caput</i>	680
— Art. 61, I	725, 680
— Art. 61, II, <i>h</i>	754, 660
— Art. 65, III, <i>d</i>	680, 628
— Art. 67	680
— Art. 69	628
— Art. 70	790, 754
— Art. 77, <i>caput</i>	680
— Art. 77	790
— Art. 107, IV.....	754
— Art. 109, VI.....	754
— Art. 121, § 2º, I e IV.....	710
— Art. 121, §§ 3º e 4º	754
— Art. 129, §§ 6º e 7º	754
— Art. 136	747
— Art. 157, § 2º, I e II.....	790
— Art. 157, § 2º, I, II e IV	73
— Art. 157, § 2º, I, II e V.....	680, 660
— Art. 157, § 3º, segunda parte	680, 628
— Art. 171, <i>caput</i>	628
— Art. 312	525
— Art. 329, <i>caput</i>	680

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (Lei n. 5.172/1966)

— Art. 161, § 1º	433
------------------------	-----

COSNTITUIÇÕES

ESTADUAL-1989

— Art. 16	149
— Art. 32	149

— Art. 125, § 2º	149
— Art. 128, II	149

FEDERAL-1988

— Art. 1º	351
— Art. 5º, V e X	494
— Art. 5º, IX	314
— Art. 5º, XL	717
— Art. 5º, LIV	739
— Art. 5º, LV	790
— Art. 5º, LVI	628
— Art. 5º, § 2º	433
— Art. 21, XI	51
— Art. 22, IV	51
— Art. 49, I	433
— Art. 84, VIII	433
— Art. 93, IX	790, 754, 373
— Art. 105, III, <i>a e c</i>	118
— Art. 127	557
— Art. 156, II	578
— Art. 175, parágrafo único	51
— Art. 192, § 3º	500
— Art. 196	557
— Art. 220, § 1º	314
— Art. 227, <i>caput</i> e § 6º	325
— Art. 227, §§ 6º e 7º	199

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

— Tráfico de entorpecentes – Associação para a prática do narcotráfico. Demonstração inequívoca da existência. Ajuste prévio evidenciado. Materialidade e autoria comprovadas. Interceptação telefônica autorizada judicialmente. Prova emprestada. Possibilidade. Preliminares. Rejeição. Recurso desprovido.....	725
--	-----

DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO
POR DANOS MORAIS

— Abertura de conta-corrente para depósito de proventos – Cobrança de tarifas referentes à manutenção da conta após solicitação de encerramento. Ausência de movimentação. Inscrição nos órgãos de proteção ao crédito. Ilegalidade. Dever de indenizar. Minoração do *quantum* indenizatório. Recurso parcialmente provido. 515

EMBARGOS INFRINGENTES

— *Vide* Recurso.

EMENDA CONSTITUCIONAL

— N. 40/2003 500

ESTATUTO DA CIDADE (Lei n. 10.257/2001)

— Art. 2º 541

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)

— Art. 3º 199

— Art. 5º 199

— Art. 15 199

— Art. 18 199

— Art. 20 199

— Art. 22 199

— Art. 24 325, 199

— Art. 28, § 4º 199

— Art. 39, §§ 1º e 2º 199

— Art. 41 199

— Art. 47 199

— Art. 92, V 199

— Art. 122, I, § 2º 73

— Art. 163, parágrafo único.....	199
— Art. 166	199
— Art. 198, VII	199

EXECUÇÃO

— Exceção de pré-executividade – Extinção do processo por ausência do título executivo. Duplicatas. Protesto realizado a partir da remessa eletrônica. Possibilidade. Exequente que, após a citação e oposição de pré-executividade, pela executada, exibiu os títulos cambiais. Princípio da instrumentalidade. Recurso provido.	482
--	-----

HABEAS CORPUS

— Ato infracional equiparado a roubo circunstanciado – Aplicação de medida de internação. Possibilidade. Decisão validamente fundamentada. Ordem denegada.	73
— Ré condenada por tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico – Ausência de intimação da defesa do ato que determinou a expedição de carta precatória para oitiva de testemunhas da acusação. Nulidade. Inexistência. Prejuízo. Inocorrência. Ordem denegada.	79
— Abuso de autoridade – Alegada ausência de intimação pessoal do causídico dativo para razões de apelação. Indigitada irregularidade de certidão na qual se atestou que o advogado não compareceu ao cartório após contatos telefônicos. Matérias não apreciadas pela corte de origem. Supressão de instância. Ordem denegada.	89

HOMICÍDIO CULPOSO E LESÃO CORPORAL CULPOSA

— Acidente envolvendo <i>jet ski</i> , conduzido por criança não habilitada – Atropelamento de banhistas na margem do rio. Vítimas com lesões corporais e uma morte. Conjunto probatório apto a comprovar a culpa do proprietário da embarcação e do pai do menor. Condena-	
---	--

ções. Alegação defensiva de prescrição em relação ao crime de lesão corporal culposa e afastamento da agravante prevista no art. 61, II, “h”, do Código Penal. Acolhimento. Apelo Ministerial para majoração das penas-base do homicídio culposo, em face da culpabilidade dos réus e da extensão do acidente. Possibilidade. Recursos da defesa e do Ministério Público parcialmente providos.754

HOMICÍDIO QUALIFICADO

— Pronúncia – Decisão fundamentada apenas em elementos colhidos na fase policial. Possibilidade. Pretendida despronúncia. Prova da materialidade e indícios suficientes da coautoria. Recurso desprovido.710

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E AFETIVOS

— Alegação de abandono material e afetivo – Reconhecimento da paternidade do autor aos 15 anos de idade, após exame de DNA. Pagamento de alimentos desde o reconhecimento até o autor completar 27 anos. Autor que não concluiu universidade por culpa do réu e não exerce atividade remunerada. Ato ilícito não configurado. Dano decorrente das circunstâncias da vida e não de ação ou omissão deliberada do pai. Recurso desprovido.337

LATROCÍNIO

— Tentativa – Concurso de agentes. Desclassificação para roubo circunstanciado tentado. Acolhimento em parte. Réus que, perpetrado o assalto a estabelecimento comercial, empreendem fuga, perseguidos por policiais, mediante ameaça com armas de fogo, opõem-se à ordem de rendição. Autoria e materialidade comprovadas pela confissão e pelos depoimentos das vítimas e dos policiais. Condenação. Recurso parcialmente provido.680

LATROCÍNIO E ESTELIONATO

— Concurso material – Agente que, objetivando se apropriar do patrimônio alheio, desfere diversas facadas contra a vítima, causando-lhe a morte. Subtração do veículo e de cartões de crédito da vítima. Apreensão de produtos advindos dos cartões roubados. Confissão detalhada do crime. Condenação. Reconhecimento da confissão espontânea. Recurso provido parcialmente. 628

LEGISLAÇÃO ESTADUAL

LEIS

— N. 10.168/1996 126
 — N. 13.921/2007 51

LEGISLAÇÃO FEDERAL

DECRETOS

— N. 29/1991 500
 — N. 22.626/1933 *Vide* Lei de Usura.

DECRETOS-LEIS

— N. 167/1967 500
 — N. 413/1969 500
 — N. 911/1969 Art. 3º, § 3º 494
 — N. 4.657/1942 *Vide* Lei de Introdução ao Código Civil.

LEIS

— N. 4.717/1965 Art. 18 126
 — N. 4.717/1965 Art. 535, I e II 126
 — N. 4.771/1965 *Vide* Código Florestal.
 — N. 4.886/1965 Art. 27, j 394

— N. 4.886/1965	Art. 31, parágrafo único	394
— N. 4.886/1965	Art. 34.....	394
— N. 4.886/1965	Art. 35.....	394
— N. 4.886/1965	Art. 36.....	394
— N. 4.886/1965	Art. 46.....	394
— N. 5.172/1966	<i>Vide</i> Código Tributário Nacional.	
— N. 5.474/1968	<i>Vide</i> Lei das Duplicatas.	
— N. 6.015/1973	<i>Vide</i> Lei dos Registros Públicos.	
— N. 6.194/1974	Art. 3º, b.....	302
— N. 6.194/1974	Art. 3º, I, II e III	302
— N. 6.194/1974	Art. 3º, § 1º	302
— N. 6.194/1974	Art. 5º, § 5º	302
— N. 6.368/1976	<i>Vide</i> Leis Antitóxicos.	
— N. 6.404/1976	<i>Vide</i> Lei das Sociedades Anônimas.	
— N. 6.766/1979	Art. 3º, parágrafo único, V	164
— N. 6.766/1979	Art. 4º, III	164
— N. 6.766/1979	Art. 11.....	164
— N. 7.210/1984	<i>Vide</i> Lei de Execução Penal.	
— N. 7.347/1985	Art. 5º	557
— N. 7.357/1985	<i>Vide</i> Lei Sobre o Cheque.	
— N. 8.069/1990	<i>Vide</i> Estatuto da Criança e do Adolescente.	
— N. 8.078/1990	<i>Vide</i> Código de Defesa do Consumidor.	
— N. 8.429/1992	Art. 1º	525
— N. 8.429/1992	Art. 3º	525
— N. 8.429/1992	Art. 5º	525
— N. 8.429/1992	Art. 9º	525
— N. 8.429/1992	Art. 10.....	525
— N. 8.429/1992	Art. 12, I.....	525
— N. 8.429/1992	Art. 17, § 8º.....	549
— N. 8.429/1992	Art. 17, §§ 8º e 9º	525
— N. 8.934/1994		469
— N. 9.279/1996		469
— N. 9.279/1996	Art. 210.....	386
— N. 9.296/1996		725

— N. 9.492/1997	Art. 1º	474
— N. 9.492/1997	Art. 8º	482
— N. 9.492/1997	Art. 21, § 3º.....	482
— N. 9.503/1997	<i>Vide</i> Código de Trânsito Brasileiro.	
— N. 9.610/1998	Art. 24, II	314
— N. 9.708/1998		351
— N. 10.257/2001	<i>Vide</i> Estatuto da Cidade.	
— N. 10.826/2003	Art. 12.....	813
— N. 10.826/2003	Art. 14.....	813
— N. 10.931/2004	Art. 26.....	411
— N. 11.101/2005	Art. 94, I.....	474
— N. 11.164/2005		754
— N. 11.340/2006	Art. 7º	747
— N. 11.343/2006	<i>Vide</i> Leis Antitóxicos.	
— N. 11.482/2007		302
— N. 11.690/2008		628
— N. 11.705/2008		618
— N. 11.719/2008		790
— N. 11.945/2009		302
— N. 12.433/2011		717

LEI COMPLEMENTAR

— N. 155/1997 (Estadual)	790
--------------------------------	-----

LEI DAS DUPLICATAS (Lei n. 5.474/1968)

— Art. 13	482
— Art. 15	482

LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS (Lei n. 6.404/1976)

— Art. 115, <i>caput</i> e § 1º	415
— Arts. 118 e seguintes.....	415
— Arts. 140 e seguintes.....	415
— Art. 147, § 3º, II.....	415

LEI DE EXECUÇÃO PENAL (Lei n. 7.210/1984)

— Art. 52	717
— Art. 57	717
— Art. 118, I	717
— Art. 127	717

LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL (Decreto-lei n. 4.657/1942)

— Art. 4º	351
-----------------	-----

LEI DE USURA (Decreto n. 22.626/1933)

— Arts. 1º e 4º	500
-----------------------	-----

LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS (Lei n. 6.015/1973)

— Art. 56	351
— Art. 57	351
— Art. 58	351
— Art. 167, I, item 2.....	199

LEI SOBRE O CHEQUE (Lei n. 7.357/1985)

— Art. 25	402
— Art. 45	402

LEIS ANTITÓXICOS

— N. 6.368/1976	Art. 12, <i>caput</i>	739
— N. 6.368/1976	Art. 12.....	79
— N. 6.368/1976	Art. 14.....	725, 79, 739
— N. 6.368/1976	Art. 18, III.....	739
— N. 6.368/1976	Art. 34, § 13.....	739
— N. 6.368/1976	Art. 60.....	739
— N. 6.368/1976	Art. 63.....	739
— N. 11.343/2006	Art. 33.....	725

— N. 11.343/2006	Art. 35.....	725
— N. 11.343/2006	Art. 55.....	725
— N. 11.343/2006	Art. 63.....	739

MANDADO DE SEGURANÇA

— ITBI – Fato gerador na arrematação. Transmissão da propriedade que se dá com a assinatura do auto de arrematação. Alíquota. Alegada aplicação em valor superior àquele imposto no CTM. Ausência de prova. Rejeição. Recurso desprovido.	578
--	-----

MAUS-TRATOS

— Pai que, a pretexto de corrigir ato indisciplinar da filha de nove anos, desfere-lhe uma cintada – Fato isolado e boa convivência familiar. Delito não caracterizado. Absolvição. Recurso provido.	747
---	-----

MEDIDA CAUTELAR

— Sequestro de bens – Irresignação ministerial da decisão que determinou a restituição de bens sequestrados a réu condenado por tráfico de drogas, ao fundamento de que a sentença condenatória, proferida posteriormente ao deferimento da cautelar, silenciou a respeito da proveniência ilícita destes. Deferimento cautelar para tornar os bens indisponíveis, visando assegurar eficácia de eventual decretação do confisco. Precedentes jurisprudenciais. Recurso desprovido.....	739
---	-----

MEDIDAS PROVISÓRIAS

— N. 451/2008	302
---------------------	-----

MEDIDAS PROVISÓRIAS

— N. 1.963-17/2000	500
--------------------------	-----

NOTICIÁRIO

- Discurso de posse do Dr. Ronei Danielli no Cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.....35
- Discurso de posse do Dr. João Batista Góes Ulysséa no Cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.30
- Discurso proferido pelo Des. Jorge Henrique Schaefer Martins, em nome do Tribunal, em saudação à posse de três novos Desembargadores do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.25
- Discurso de posse do Dr. Luiz Fernando Boller no Cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.38

RECURSO

- Embargos infringentes – Suspensão de dúvida. Desmembramento. Área urbana. Procedimento regulamentado pela lei de parcelamento de solo urbano. Imóvel cortado por águas correntes. Atenção à faixa não edificável. Autorização dos órgãos municipais responsáveis. Possibilidade de desmembramento. Recurso desprovido. 164
- Agravo de instrumento – Exceção de incompetência. Ação de reintegração de posse. Serviço de conserto em veículo. Litígio entre duas empresas. Relação comercial comum. Regra de competência territorial absoluta. Foro da situação da coisa. Recurso provido..... 380
- Agravo de instrumento – Nunciação de obra nova. Ato do juiz que posterga o exame do pedido liminar para após contestação. Prejuízo. Requisitos presentes. Nulidade que se deixa de decretar em razão do estado em que se encontra o processo. Interesse dos agravantes assegurado mediante caução real. Manutenção das coisas no estado em que se encontram. Recurso desprovido..... 373
- Agravo de instrumento – Ação anulatória de acordo de acionistas. Antecipação de tutela que declarou a anulação dos atos praticados pela nova diretoria. Sociedade anônima de capital fechado, cujos

acionistas fazem parte de uma única estrutura familiar. Administração da empresa que deve ficar a cargo do conselho de administração provisório pelo prazo de 60 dias, constituído em audiência de conciliação. Assembleia-geral extraordinária para eleição de novo diretor. Providência baseada no poder geral de cautela do magistrado. Recurso parcialmente provido.415

RECURSO CRIME

— Recurso de agravo – Infração disciplinar. Execução penal. Regressão do regime de resgate da pena e perda dos dias remidos. Provas de cometimento de falta grave. Remissão. Falta cometida antes da Lei n. 12.433/2011. Lei mais benéfica ao apenado. Favorecimento. Competência do Juiz responsável para análise da fração aplicável. Recurso parcialmente provido.717

RECURSO DE AGRAVO

— *Vide* Recurso Crime.

RECURSO ESPECIAL

— Venda de ascendente para descendente sem anuência dos demais – Anulabilidade. Requisitos presentes. Recurso desprovido. 118

— Letras financeiras do tesouro do Estado de Santa Catarina – Extinção do feito sem resolução do mérito. Prejudicialidade. Ação popular. Nulidade dos títulos. Pendência de recurso especial e extraordinário. Dissídio jurisprudencial não comprovado. Violação de lei federal e súmulas do STF. Recurso desprovido. 126

— Exame de ordem – Realização da prova sem conclusão do curso. Mandado de segurança. Liminar deferida. Sentença confirmatória. Aprovação. Colação de grau. Inscrição definitiva nos quadros da OAB. Situação consolidada. Recurso provido. 140

RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PERDAS E DANOS

— Franquia – Reconvenção. Ilegitimidade ativa na demanda principal. Ação movida por pessoa jurídica pleiteando direitos do sócio administrador. Extinção sem resolução do mérito. Entrega de mercadorias em quantia inferior ao previsto no negócio. Falta de assistência técnica. Inadimplemento contratual da franqueadora configurado. Cláusula penal compensatória devida. Perdas e danos. Cumulação inviável. Taxa de franquia englobada na multa contratual. Recurso provido..... 452

RESOLUÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

— N. 59 Art. 10..... 725

REVISIONAL DE CONTRATOS DE CARTÃO DE CRÉDITO

— Juros remuneratórios – Sentença que limitou cobrança de 12% ao ano. Insurgência. Acolhimento. Limitação à taxa média de mercado. Parâmetros das taxas de cheque especial, pessoa física. Ausência de depósito dos valores incontroversos e da prestação de caução. Caracterização da mora. Precedentes. Recurso parcialmente provido..... 500

ROUBO

— Concurso de agentes – Emprego de arma de fogo. Autoria e materialidade comprovadas. Reconhecimento das vítimas. Condenação. Ação única com vítimas diversas. Impossibilidade de distinção do patrimônio. Crime único. Absolvição devida. Reparação dos danos causados pela infração. Afastamento de ofício. Recurso parcialmente provido..... 790

— Roubo triplamente circunstanciado – Uso de arma de fogo. Vítimas com idade superior a 70 anos. Subtração de veículo e jóias da família. Materialidade e autoria devidamente comprovadas. Réu que tranca as vítimas no banheiro, após prática do roubo, para facilitar

sua fuga. Liberdade que foi restringida, ainda que por pouco tempo. Majorante. Reconhecimento. Condenação. Recurso desprovido. 660

SENTENÇA CRIMINAL

— Porte ilegal de arma – Acessórios e munição. Material recebido em cautela. Munição de uso permitido. Agente que porta munição fora de casa em desacordo com determinação legal. Atipicidade. Absolvição. 813

SÚMULAS/STF

— N. 121	500
— N. 155	79
— N. 283	126
— N. 284	126
— N. 596	500
— N. 54	279
— N. 231	680, 628
— N. 269	680
— N. 283	500
— N. 297	515
— N. 306	386

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Arnaldo Esteves Lima	140
Castro Meira	126
Ellen Gracie.....	73
Fernando Carioni.....	302, 164, 333
Francisco Oliveira Neto.....	557, 578
Geraldo Corrêa Bastos.....	813
Gilberto Gomes de Oliveira.....	279, 586
Gilmar Mendes	51
Jaime Luiz Vicari.....	373, 380
Jânio Machado	494, 474, 482
João Batista Góes Ulysséa	30
João Henrique Blasi.....	549, 541
Joel Dias Figueira Júnior.....	174, 199
Jorge Henrique Schaefer Martins.....	25
Jorge Luis Costa Beber	618, 602
Jorge Mussi	89
José Carlos Carstens Köhler.....	433, 415
José Inácio Schaefer	452, 469
Júlio César Knoll.....	411, 402
Luiz Fernando Boller.....	38
Maria do Rocio Luz Santa Ritta	325, 314
Marli Mosimann Vargas	660, 628
Moacyr de Moraes Lima Filho.....	790, 754
Monteiro Rocha	803, 806
Newton Varella Júnior.....	680, 710
Ricardo Lewandowski	79

Rodrigo Antônio	394, 386
Ronei Danielli	35
Saul Steil	337, 351
Sérgio Paladino.....	725, 717
Sidnei Beneti.....	118
Trindade dos Santos	47
Tulio Pinheiro	739, 747
Vanderlei Romer	525, 149
Volnei Celso Tomazini.....	515, 500

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Diretoria de Documentação e Informações

Divisão de Documentação

Adelson André Brüggemann

Seção de Revisão

Patrícia de Oliveira

Índice numérico e legislativo

Jorge Silveira

Índice por assunto

José Leopoldo Abatti

Editores Eletrônica

Gustavo Coelho da Costa

Montagem, impressão e acabamento: Divisão de Artes Gráficas/DIE