JURISPRUDÊNCIA
CATARINENSE

Repositório de jurisprudência autorizado pelos Registros n. 8/1985
do Supremo Tribunal Federal e 18/1991 do Superior Tribunal de Justiça.
Ano XXXIX – 3º e 4º trimestres de 2012 – N. 125– 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

27 Discurso proferido pelo Desembargador Ricardo Roesler em nome do Tribunal de Justiça em saudação ao novo Desembargador Rodrigo Collaço empossado no Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

31 Discurso de posse do Dr. Rodrigo Tolentino de Carvalho Collaço no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

41 Agravo Regimental

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

53 Habeas Corpus

63 Recurso Especial

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

ÓRGÃO ESPECIAL

75 Ação Direta de Inconstitucionalidade

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

85 Apelação Cível em Mandado de Segurança

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

111 Apelação Cível

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

135 Apelações Cíveis

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

232 Apelações Cíveis

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

303 Agravos de Instrumento

323 Apelação Cível

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL
348 Agravo de Instrumento
358 Apelação Cível

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL
373 Apelação Cível

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL
396 Agravo de Instrumento
419 Apelação Cível

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL
435 Agravos de Instrumento
451 Apelações Cíveis

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL
473 Agravo de instrumento
496 Apelação Cível

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
511 Apelações Cíveis

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
532 Apelação Cível

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
538 Agravo de Instrumento
551 Apelação Cível em Mandado de Segurança

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
594 Apelações Cíveis

CÂMARA CIVIL ESPECIAL
648 Agravo em Agravo de Instrumento

CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ
655 Apelações Cíveis

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL
757 Apelações Criminais
808 Inquérito

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL
839 Apelações Criminais
1000 Mandado de Segurança

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
1019 Exceção de Suspeição
1023 Mandado de Segurança

QUARTA CÂMARA CRIMINAL
1047 Apelação Criminal

1063 **RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO SANTA CATARINA**

1081 **ÍNDICE NUMÉRICO**
1087 **ÍNDICE POR ASSUNTO**
1117 **ÍNDICE ONOMÁSTICO**

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(maio de 2013)

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. 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
Des. RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
Des. SÉRGIO ANTÔNIO RIZELO

Juiz de Direito de Segundo Grau DOMINGOS PALUDO
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA
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 ODSON 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
Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ CÉSAR SCHWEITZER

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. 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
Des. RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
Des. SÉRGIO ANTÔNIO RIZELO

ÓRGÃO ESPECIAL

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. FERNANDO CARIONI
Des. MARCUS TULIO SARTORATO
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Des. JAIME RAMOS
Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI
Des. JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR (substituindo o Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS)
Des. JÂNIO de Souza MACHADO
Des. PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA (substituindo o Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE)
Des. RAULINO JACÓ BRÜNING
Des. JAIME LUIZ VICARI
Des. JOSÉ INÁCIO SCHAEFER

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA – Presidente
Des. SÉRGIO Torres PALADINO – 1° Vice-Presidente
Des. VANDERLEI ROMER – Corregedor-Geral da Justiça
Des. SÉRGIO Roberto Baasch LUZ – 2° Vice-Presidente
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES – 3° 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. ELÁDIO TORRET ROCHA

Des. Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. MARCUS TULIO SARTORATO
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL
Des. VICTOR José Sebem FERREIRA
Des. JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR
Des. HENRY Goy PETRY JUNIOR
Des. RAULINO JACÓ BRÜNING
Des. JAIRO FERNANDO GONÇALVES
Des. JAIME LUIZ VICARI
Des. RONEI DANIELLI
Des. LUIZ FERNANDO BOLLER
Juiz de Direito de Segundo Grau GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA (substituindo o Des. JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA)
Juíza de Direito de Segundo Grau DENISE DE SOUZA LUIZ FRANCOSKI (substituindo o Des. 3º Membro da 1ª Câmara de Direito Civil)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES – Presidente
Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER
Desa. REJANE ANDERSEN
Des. RODRIGO ANTÔNIO da Cunha
Des. JÂNIO de Souza MACHADO
Desa. SORAYA NUNES LINS
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. LÉDIO ROSA DE ANDRADE)
Juíza de Direito de Segundo Grau JANICE GOULART GARCIA UBIALLI (substituindo o Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS)
Juiz de Direito de Segundo Grau GUILHERME NUNES BORN (substituindo o Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN)
Juiz de Direito de Segundo Grau GERSON CHEREM II (substituindo o Des. PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Des. José GASPAR RUBICK – Presidente
Des. PEDRO Manoel ABREU
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Des. CID José GOULART Junior
Des. JAIME RAMOS
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI
Des. JORGE LUIZ DE BORBA
Desa. SÔNIA MARIA SCHMITZ
Juiz de Direito de Segundo Grau FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO (substituindo o Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente
Des. RAULINO JACÓ BRÜNING
Juíza de Direito de Segundo Grau DENISE DE SOUZA LUIZ FRANCOSKI (substituindo o Des. 3º Membro da 1ª Câmara de Direito Civil)
Juíza de Direito de Segundo Grau DENISE VOLPATO (Cooperadora)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. José TRINDADE DOS SANTOS – Presidente
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Juiz de Direito de Segundo Grau GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA (substituindo o 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
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Juiz de Direito de Segundo Grau SAUL STEIL (Cooperador)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

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

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL – Presidente
Des. HENRY Goy PETRY JUNIOR
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. JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR
Des. RONEI DANIELLI
Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA (Cooperador)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

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

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desa. REJANE ANDERSEN – Presidente
Des. ROBSON Luz VARELLA
Juiz de Direito de Segundo Grau GUILHERME NUNES BORN
Juiz de Direito de Segundo Grau DINART FRANCISCO MACHADO (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. TULIO José Moura PINHEIRO – Presidente
Des. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA

Juiz de Direito de Segundo Grau GERSON CHEREM II (substituindo o Des. PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA)
Juiz de Direito de Segundo Grau GERSON CHEREM II (Cooperador)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER – Presidente
Des. JOSÉ INÁCIO SCHAEFER
Juiz de Direito de Segundo Grau ALTAMIRO DE OLIVEIRA (substituindo o Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE)
Juiz de Direito de Segundo Grau ALTAMIRO DE OLIVEIRA (Cooperador)

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

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

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

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

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

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

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS – Presidente
Des. PEDRO MANOEL ABREU

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
Desa. 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
Juíza de Direito de Segundo Grau ROSANE PORTELLA WOLFF (Cooperadora)

CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ – CERC

Des. JAIME LUIZ VICARI – Presidente
Juiz de Segundo Grau EDUARDO MATTOS GALLO JÚNIOR
Juiz de Segundo Grau ARTUR JENICHEN FILHO
Juiz de Segundo Grau PAULO RICARDO BRUSCHI
Juiz de Segundo Grau LUIZ CESAR SCHWEITZER

SEÇÃO CRIMINAL

Des. José Antônio TORRES MARQUES – Presidente
Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Des. ROBERTO LUCAS PACHECO
Des. PAULO ROBERTO SARTORATO
Des. CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Des. RICARDO José ROESLER
Des. RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
Des. SÉRGIO ANTÔNIO RIZELO
Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ EVERALDO SILVA (substituindo a Desa. MARLI MOSIMANN VARGAS)

Juiz de Direito de Segundo Grau VOLNEI CELSO TOMAZINI (substituindo a Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA)
Juiz de Direito de Segundo Grau LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMAN (substituindo o Des. ALEXANDRE d'IVANENKO)

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Des. PAULO ROBERTO SARTORATO – Presidente
Des. CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ EVERALDO SILVA (substituindo a Desa. MARLI MOSIMANN VARGAS)
Juiz de Direito de Segundo Grau NEWTON VARELLA JÚNIOR (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Des. RICARDO José ROESLER – Presidente
Des. SÉRGIO ANTÔNIO RIZELO
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. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Juiz de Direito de Segundo Grau LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN (substituindo o Des. ALEXANDRE d'IVANENKO)
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 e Juíza de Direito de Segundo Grau CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER (Cooperadores)

JUÍZES-CORREGEDORES

Juiz-Corregedor VITORALDO BRIDI

Juiz-Corregedor ANTÔNIO ZOLDAN DA VEIGA
Juíza-Corregedora MARIA PAULA KERN
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 RICARDO ROESLER, EM NOME DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, EM SAUDAÇÃO AO NOVO DESEMBARGADOR RODRIGO COLLAÇO, EMPOSSADO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

"Com a aquiescência dos mais antigos, coube a mim, um dos últimos a integrar este Tribunal, saudá-lo em nome do Colegiado. Recebi tão distinta responsabilidade do eminente Desembargador Presidente com satisfação, como uma grande honra, sem olvidar, no entanto, que carrego, neste momento de muita emoção, o peso de uma tradição que contempla a carreira de quase duas centenas de desembargadores que inscreveram (e inscrevem) seus nomes na história desta Corte. Sim, foram exatamente 197 desembargadores que aqui deixaram as suas marcas. O empossado é o centésimo nonagésimo oitavo desembargador a desfilar na Corte catarinense. A tradição construída neste Sodalício é por demais conhecida; traduz não só as marcas do nosso povo como também a qualidade do trabalho que aqui é desempenhado. Nunca é demais lembrar que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina é dotado de prestígio e renome nacionais, compromissado que é na construção de uma sociedade livre, justa, solidária e pluralista, como determina a Constituição. Senhores desembargadores e convidados: o grande Michelangelo (1475-1564), magistral artífice da escultura, deixou cinco peças, aparentemente inacabadas, em que figuras humanas estão emergindo do bloco de mármore ao qual pertencem. Estão lá na galeria da academia de Florença, na Itália, que exibe muitas obras-primas da criação artística universal. Essas obras, todavia, não estão incompletas. Michelangelo deixou-as assim de propósito; ele entendia que o escultor não era o criador da escultura; sua função seria apenas libertá-la do bloco de mármore que a aprisionava. Michelangelo, ao olhar o bloco de mármore,

dizia poder visualizar perfeitamente a obra acabada. Ele entendia que sua missão seria apenas 'revelar aos olhos dos outros aquilo que os meus já veem'. Nesta feliz ocasião, ouso apropriar-me da lição de Michelangelo e, assim, revelar a todos aquilo que vejo do ilustre empossado. Conheci-o logo depois de sua investidura, sobretudo em virtude do esporte, durante os grandes jogos de futebol que disputamos nos campeonatos regionais e nacionais da magistratura. Desde logo demonstrou ser um magistrado de proa e um atleta refinado. Construímos uma história, trabalhando no meio-campo e na criação das jogadas. Literalmente, também foi assim que aconteceu no ambiente associativo. O colega, querido amigo e irmão, que conheci e aprendi a admirar, e que hoje merecidamente alcança o ápice da carreira, tem larga experiência. Ele edificou, com seus próprios méritos, sua brilhante trajetória dentro e fora do Judiciário. No seu tempo, construiu e ocupou seu espaço. O currículo deste eminente magistrado é o seu espelho, mas não diz tudo. Há muito mais de maiúsculo por detrás das minúsculas letras de tal documento. O poeta Fernando Pessoa afirmou que o valor das coisas não está no tempo que elas duram, mas na intensidade com que acontecem. O desembargador Rodrigo foi e é intenso em suas passagens. Já foi incendiário e hoje é bombeiro. Sim, como naturalmente são os jovens e os mais experientes. Na saga de julgar, bem sabemos, o juiz paga um tributo considerável por exercer uma função ontologicamente conflitiva. Nem sempre é singela a resolução de conflitos. Ao contrário; até as lides consideradas simples têm a sua carga de angústia. Mas Rodrigo é um magistrado de escola e, por isso, enfrenta com naturalidade esse drama. É estudioso, conhecedor do direito e das relações humanas que o envolvem. Dos profissionais com os quais atuou, só se colhem elogios. Vislumbra, em qualquer situação, detalhes, nuances, contornos e alternativas antes, e por todos, não percebidas. A solução e o consenso surgem como consequências naturais. Daí decorre que ele conhece, com intimidade, o correto, o justo, o ponderado e o razoável, características estas indispensáveis ao exercício da magistratura. Porém não se conteve nos estreitos limites do gabinete e foi

além. Preocupou-se em dar o melhor de si para afirmar a importância do Poder Judiciário; buscou sempre soluções para aperfeiçoar a sua eficácia e eficiência, melhorando a comunicação com a sociedade e, especialmente, defendendo os direitos e as prerrogativas dos juízes catarinenses e brasileiros. A par de uma atuação forense irrepreensível, Rodrigo foi um gestor inovador e talentoso. Imprimiu práticas contemporâneas e adequadas, inaugurando um novo jeito de administrar, na Associação dos Magistrados Catarinenses e, da mesma forma, na Associação dos Magistrados Brasileiros que, na sua gestão, conheceu os seus melhores momentos. Pela experiência vivida, sabemos que a acomodação é filha da inércia. Mas a inércia é filha do desalento. Nas suas administrações não houve acomodação, inércia ou desalento, e sim muitas ações proativas, que motivaram os juízes brasileiros e fortaleceram o Judiciário. Merecem, por isso, revisitação. Testemunho sob a fé do meu grau: foi um guerreiro incansável. É um homem inteligente e de caráter; e tais atributos, acrescidos a um talento ímpar, notadamente na lida da política institucional e associativa, o fazem diferenciado. É virtuoso na prática da conciliação e dela fez escola. Seu exemplo me ensinou que a independência não se faz apenas pela crítica e pelo enfrentamento. Muitas vezes se situa em atitudes desprendidas e na capacidade de dialogar e compreender que a melhor solução pode surgir exatamente do debate e do diálogo qualificado. Afirmo com convicção: o conhecimento e sua difusão são primordiais para a evolução e o aperfeiçoamento da humanidade; mas, no processo da nossa evolução, precisamos mais dos homens de bem e de caráter do que daqueles de conhecimentos. As nações florescem mais pelas qualidades e diretrizes do que pelas ciências. Nosso primeiro requisito é o alto caráter porque é este o fundamento de todo o êxito. Afinal, do caráter se forja a inteligência. O caráter abrange a confiança em si, a perseverança, a calma, o esforço, a energia, a prudência, a iniciativa, a coragem, a verdade, a honestidade e a abnegação. A inteligência abrange a percepção, a concepção, a experiência, o conhecimento proveniente do estudo, a capacidade de aproveitar as oportunidades e a eficiência. E esses

predicados, todos eles, aliados à ética que preside suas ações, ornam a personalidade do mais novo membro desta Corte. Justamente por isso, o convívio com o Desembargador Rodrigo Collaço é enriquecedor e inestimável. Caríssimo Rodrigo, orgulhosos estão seus colegas e amigos por sua investidura no topo da carreira da magistratura estadual. Orgulhosos estão seus familiares. Orgulhosa está a magistratura catarinense, e a brasileira por extensão. Orgulhoso do filho, onde quer que esteja, está seu saudoso pai, Dr. Márcio Collaço. Seu espírito de luz, cujo exemplo de vida reluz, está a aplaudir e abençoar esse momento. Também orgulhoso deve estar o seu saudoso tio, o juiz Jaimor Collaço. Parabenizamos, por oportuno, aqueles que fazem parte desta conquista: sua mãe, Astrid; sua esposa, Daniela; seus filhos, Bernardo, Marcos e Isabela; seu tio e querido colega Desembargador Nauro Collaço, exemplo de dedicação à causa da justiça, enfim todos aqueles que, de uma forma ou outra, somaram para a realização desta investidura. Senhoras e senhores, penso ter revelado o que vejo. Para conforto dos que não perderam o encanto, sobrevivem os entusiastas, os idealistas, os vocacionados, paradigmas de conduta individual como o empossado Rodrigo Collaço. Dão o sacrifício e o melhor do seu intelecto e talento para realizar o justo, a despeito de todas as adversidades. Esses poderiam ser o fermento na massa que viria a levedar a inércia e produzir transformações. É necessário confiar seja assim. Intérprete categorizado da realidade existencial, seja muito bem-vindo ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que está maior, e não é só no seu número. O momento é todo seu, Desembargador Rodrigo Collaço. Obrigado a todos."

DISCURSO DE POSSE DO DOUTOR RODRIGO TOLENTINO DE CARVALHO COLLAÇO NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

"Minhas palavras iniciais são de agradecimento aos eminentes desembargadores que, com os seus votos de confiança, permitiram que, a partir de hoje, eu passe a integrar, como titular, um assento nesta honrada Corte de Justiça. Para minha alegria, esta sessão de posse ocorre sob a liderança do Desembargador Cláudio Barreto Dutra, nosso Presidente, homem inteligente, objetivo e íntegro, e, por isso mesmo, alvo da minha extremada admiração. Adianto que pretendo dedicar todo o meu esforço para contribuir com o nosso Tribunal de Justiça, integrado por juízes cultos, operosos e honestos, assim reconhecidos em todo o território nacional. Tenho apreço especial por nossa instituição, que foi integrada há tempos mais remotos por meu querido tio Jaymor Guimarães Collaço, aposentado como juiz de São José, já falecido, e em tempos mais recentes por meu amado tio Nauro Luiz Guimarães Collaço, desembargador aposentado, que a partir do seu exemplo pessoal de juiz humanitário e humilde acabou por exercer influência decisiva para que eu prestasse o concurso para o cargo de juiz substituto em 1989. Dirijo também uma palavra aos meus queridos familiares. Meu beijo com carinho à minha mulher Daniela, ao meu enteado Marcos Koerich Elias e aos meus filhos Bernardo e Isabela. Vocês me dão alegria, esperança e tranquilidade e fizeram valer a pena cada segundo do tempo que dediquei à carreira da magistratura. Sinto-me afortunado ainda por ter sido criado pelo Márcio e pela Astrid, meu pai e minha mãe, ao lado das minhas irmãs Giséle e Simone. Este núcleo, agora ampliado pela presença de cunhados e sobrinhos – hoje observo, ao olhar para trás –, formou um ambiente extremamente propí-

cio para o desenvolvimento da curiosidade cultural, para o apreço pelo debate, para o interesse pela política, para a formação da autocrítica, para o desenvolvimento da sensibilidade e da humildade. Se pouco absorvi dessas qualidades, não foi por falta de oportunidade. Lamento apenas que o meu pai, Márcio, não tenha vivido tempo suficiente para participar deste acontecimento. Se aqui estivesse, com certeza estaria lutando para controlar suas emoções e para não externar o seu imenso contentamento. Também manifesto aqui, com toda a sinceridade, o meu amor pelos meus tios e tias, cunhados, sogro e sogra, meus primos e primas, sobrinhos e sobrinhas. Todos os que integram a minha família, cuja convivência é-me tão agradável e rica. Em relação aos amigos, não tenho de que me queixar. Provavelmente por causa do meu gosto pela prática de esportes, consegui formar um mosaico bastante variado de amizades. Tenho amigos das mais diversas classes sociais, das mais diversas profissões e tenho muitos amigos que são juízes. Não consigo imaginar a minha vida sem os meus amigos. Quantos momentos felizes me fizeram desfrutar, quantos debates acalorados ou contidos contribuíram para melhorar a minha compreensão das coisas. Quantas provas de lealdade, de confiança logrei obter. Não devo citar nomes, mas tenham certeza de que todos vocês ocupam um espaço especial no meu coração. Sintam-se todos carinhosamente abraçados. Registro também o meu orgulho por ter participado da vida associativa presidindo a Associação dos Magistrados Catarinenses e a Associação dos Magistrados Brasileiros. Foi uma experiência marcante, que me permitiu conhecer em detalhes a magistratura catarinense e brasileira. Considero que a experiência associativa estadual e nacional foi antes de tudo um processo coletivo. Agradeço a todos aqueles que integraram as diretorias da AMC e da AMB. Procurei representar os nossos ideais, busquei retribuir a confiança com trabalho e dedicação. Se o nosso grupo não fez mais, isso se deveu às minhas limitações pessoais. Não vou citar nomes para não incorrer em injustiças, mas quero deixar claro que sou muito grato a todos os que também deram parte do seu tempo para a causa coletiva da magis-

tratura. Quero mencionar, por uma questão de justiça, de igual modo, meu agradecimento aos dedicados servidores do meu gabinete. Juntos comigo desde fevereiro de 2009, batalhando e lutando para prestar um bom serviço, para estar à altura das expectativas dos cidadãos que batem às portas da Justiça. Em nome do Carlos André Carlini, fica o meu agradecimento a todos os servidores com os quais dividi a responsabilidade da jurisdição. Espero ter deixado claro o quanto sou grato por todos os que participaram direta ou indiretamente da minha caminhada na magistratura. O momento é de alegria e de comemoração, não há dúvidas. Contudo, o honroso cargo no qual hoje tomo posse também reafirma meu compromisso, assim como o de todos os demais magistrados, com o relevante e indelével papel do Judiciário. Permito-me, então, abdicar de uma exposição festiva e pessoal, que certamente reflitiria a minha imensa satisfação na data de hoje. Opto por me concentrar em breves ponderações sobre a atual realidade enfrentada pelo Judiciário. Admito que a imagem da instituição não percorre seu melhor momento, com uma significativa predominância de notícias negativas ocupando quase todo o espaço na mídia. Não vejo, todavia, motivos para aflição ou desespero. Se olharmos o cenário político com tranquilidade e isenção, vamos constatar que, junto com o desgaste pelo qual passamos, também há movimentos de valorização e de reconhecimento do Poder Judiciário. Precisamos, antes de tudo, reconhecer que a consolidação democrática do País mudou o eixo da legitimação dos poderes em geral e do Judiciário em especial. Outrora o papel do Judiciário era desconhecido da população. Os juízes eram simplesmente temidos e o silêncio da sociedade em relação ao papel dos magistrados foi interpretado por muitos como respeito e consideração. Esse equilíbrio, contudo, era frágil e superficial. Após a redemocratização, a Constituição de 1988 prometeu ao cidadão brasileiro um feixe de novos direitos, tais como saúde e educação gratuitas, transporte público de qualidade, meio ambiente preservado, só para ficar em alguns exemplos. A transformação dessas promessas legislativas em realidade, como não po-

deria deixar de ser, deu-se, conquanto paulatinamente, num ambiente de choques entre poderes, em um jogo de avanços e recuos, de pressões e contrapressões, colocando de um lado o cidadão desejoso de ampliar o valor da sua cidadania e, de outro, o poder público, especialmente o Executivo, tentando superar sua limitação orçamentária para responder aos anseios populares. Foi esse o quadro que multiplicou de forma inacreditável o número de processos em juízo. A sociedade trouxe o Poder Judiciário ao centro da arena política e passou a cobrar-lhe resultados que dizem respeito ao seu dia a dia. Vagas em hospitais e escolas, fornecimento gratuito de remédios, aborto de anencéfalos, ficha limpa, energia elétrica, telefonia, causas bancárias e tributárias, demandas de consumo em geral, todos esses temas, fundamentais para uma sociedade livre e democrática, deixaram o campo exclusivo da reivindicação política para ganhar o terreno da efetivação por meio de decisões judiciais. Nesse contexto, parece evidente que a aferição da importância do Judiciário para a cidadania acabasse envolta em valores que são ao mesmo tempo antagônicos e complementares. De um lado há o descrédito, fruto da demora na solução da demanda, e de outro lado existe a valorização, revelada pela crescente busca por decisões judiciais. É nesse terreno ambíguo que devemos trafegar, cada um de nós conscientes de que, para o Judiciário ser prestigiado, precisaremos lutar sem cansaço ou desânimo para retirar do horizonte os obstáculos que mais nos atrapalham. Nesse sentido, já passou a hora de vermos reduzido o número de recursos cabíveis contra as decisões judiciais. É mais do que suficiente submeter uma demanda individual ao crivo de um juiz de primeiro grau e, em caso de inconformismo, a um tribunal de instância ordinária, tal como o é o nosso Tribunal de Justiça. Ao Supremo Tribunal Federal deve caber, eminentemente, a guarda da Constituição, e ao Superior Tribunal de Justiça o resguardo do ordenamento jurídico infraconstitucional. A redução das possibilidades de recursos é imprescindível e inadiável, e seus efeitos benéficos seriam inegáveis. O duplo grau de jurisdição não carece de ir muito além de um lenitivo psicológico tenden-

te a acalmar o espírito daquele que, vencido no processo, repute conveniente submeter o seu direito a uma nova apreciação, via de regra por um grupo de juízes em colegiado, mais experientes que o magistrado que proferiu a primeira decisão. O recurso judicial não deve ser mais do que uma segunda opinião, tal como aquela que busca o paciente confrontado inicialmente com um diagnóstico médico desfavorável. É da natureza humana buscar uma segunda opinião, uma confirmação do diagnóstico negativo, sendo por isso, inclusive, que poucas pessoas, ao se saberem doentes, principiam de pronto o tratamento médico. Entretanto, do mesmo modo que não é recomendável ao paciente enfermo buscar repetidos e infindáveis diagnósticos da moléstia que o aflige, postergando o início do tratamento até que lhe venha a morte, não se concebe como útil socialmente a apresentação da mesma causa, do mesmo litígio ao juiz de primeiro grau, ao Tribunal de Justiça, ao Superior Tribunal de Justiça e muitas vezes ao próprio Supremo Tribunal Federal. No Brasil, lamentável dizer, o processo judicial, por permitir tantas protelações, tornou-se parte da doença em vez de representar o meio para a cura. Convencido dessa causa, reassumo aqui o compromisso de lutar pela efetividade das decisões judiciais e pela redução das hipóteses recursais, objetivos cujo alcance só trará benefícios aos cidadãos. Outro tema ainda merece rápida análise. Refiro-me ao julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Penal n. 470 e seus reflexos para a nação brasileira. É evidente que não cabe aqui qualquer juízo de valor sobre o comportamento dos acusados, dos seus advogados e daí por diante, como também não acerca da solução estritamente jurídica tomada pelos ministros da Suprema Corte. Atenho-me ao que a decisão representa em termos de história ao País. Acredito que nenhum de nós tenha qualquer dúvida sobre a contribuição que o julgamento do Supremo representa para o aperfeiçoamento da democracia brasileira. Vivemos atualmente um momento de absoluta liberdade política, de expressão e ideológica. Há alternância no poder, as eleições se repetem, temos progredido em muitos aspectos que servem de parâmetro à existên-

cia ou não da democracia. Somos, indiscutivelmente, uma sociedade democrática. Contudo, é de se reconhecer que um dos princípios que inspiram o Estado de Direito democrático consiste na igualdade de todos perante a lei, vedada qualquer distinção. Tal princípio, embora fundamental, reconheçamos, era de aplicação tímida no Brasil. A regra histórica sempre foi a impunidade dos segmentos que, embora desprezassem a lei e a ética, achavam-se situados em escalas superiores da pirâmide econômica ou social da nação. A própria aplicação do direito penal em nosso país acabou por incorporar essa lógica de não punir a parte da nossa elite que transgride as leis, ao consagrar teorias que se revelavam muito apropriadas para apenar o cidadão que, por exemplo, pula um muro e arrebata uma peça de roupa de um varal, ao mesmo tempo em que deixava sem sanção os beneficiários de complexos esquemas de corrupção e de lavagem de capitais, desde que não praticassem atos de ofício – em outras palavras, desde que não assinassem expressa confissão do malfeito ou dessem recibo do dinheiro mal-havido. O término do julgamento da Ação Penal n. 470 poderá entrar para a história como o momento em que a justiça penal brasileira deixou de ser cega, deixou de se importar com a cor do colarinho do réu e passou a interpretar em sua dimensão democrática máxima o primado da igualdade de todos perante a lei. De qualquer sorte, foi rompido o pacto silencioso da impunidade, o que poderá transformar a frase tantas vezes pronunciada no seio da nossa sociedade – 'sabe com quem estás falando?' – em peça de museu e de análise histórica da nossa complexa e acidentada formação política. A Suprema Corte nos apontou o caminho da consolidação da democracia, e eu tenho absoluta convicção de que cada um de nós, ao desempenhar individual ou coletivamente a sua função, colocará uma pedra a mais na construção igualitária e justa da sociedade brasileira. Se chegamos à hora da verdade no âmbito penal, parece claro que muito ainda há por percorrer em outras searas. Cedo ou tarde haverá um encontro de contas com os predadores do sistema judicial brasileiro, segmentos que assim nomino por usarem do sistema de justiça

para ampliar indevidamente seus ganhos, para protelar suas dívidas e, principalmente, para não respeitar regras mínimas de proteção aos direitos dos administrados, dos contribuintes e dos consumidores. O sistema judicial brasileiro está com a sua capacidade operacional quase que totalmente ocupada por demandas envolvendo o poder público em seus três níveis, federal, estadual e municipal, e por processos que abrangem corporações prestadoras de serviços de massa, como bancos, financeiras e empresas de telefonia. Esses segmentos têm em comum o desejo de tirar vantagem da ineficiência, do mau funcionamento do sistema de justiça brasileiro. A essas instituições é mais barato pagar tardiamente uma dívida proveniente de decisão judicial a liquidá-la de imediato. Às pessoas jurídicas de direito público também se mostra vantajoso judicializar suas obrigações, de modo a aproveitarem, em detrimento de cidadãos e empresas, o expressivo tempo necessário à discussão das causas e à formação dos inacreditáveis precatórios. Além do mais, pela demora judicial, o governante autor da ilegalidade normalmente não é o mesmo que pagará a conta, o que igualmente incentiva a litigiosidade. As instituições bancárias, as empresas de telefonia e afins, da mesma forma, não respeitam os direitos do consumidor, que aos milhares precisam vir ao Judiciário para ter o mínimo que contrataram ou para não pagarem o que não foi solicitado. Forma-se, assim, o congestionamento da Justiça, do qual aqueles segmentos retiram inegável proveito, com a postergação de dívidas ou ampliação de lucros, ao mesmo tempo que resulta na interdição da capacidade operacional da Justiça aos que dela realmente precisam para dirimir seus conflitos, para ampliar sua cidadania ou para ter êxito em seus empreendimentos. Chegará o dia em que o Judiciário, como poder de Estado, dará ao uso predatório da justiça o seu basta – tomado o modelo do Supremo Tribunal Federal no julgamento da causa do mensalão. A exemplaridade das condenações judiciais, os expressivos encargos da sucumbência, a imposição de pesados ônus aos que atuam de má-fé, a punição aos litigantes contumazes haverão de afastar do nosso meio esses predadores, abrin-

do e devolvendo os espaços do Poder Judiciário ao patrão de todos nós, o povo brasileiro. Não se trata de utopia, mas de focar nos motivos primeiros pelos quais a Justiça existe. Quem sabe num futuro não muito distante tenhamos condições de reverter a perversa lógica que hoje infelizmente impera entre nós. Quem sabe em breve alguns não digam mais 'eu não te respeito, e, se quiseres, vai procurar a Justiça', e passem a bradar, em maioria, 'me respeite, senão eu te levo à Justiça'. Fundamental ressaltar, a propósito, que a frustração disseminada sobre as respostas que a sociedade espera do Poder Judiciário não deve ser encarada com pessimismo, como também não pode, definitivamente, contaminar o mérito do magistrado brasileiro no seu ofício, que diuturnamente tem atuado, munido de garantias constitucionais, com incansável operosidade nas milhares de causas que lhe são apresentadas para dirimir conflitos que envolvam interesses individuais e difusos, públicos e privados, com maior ou menor repercussão. O juiz brasileiro é, sabemos, peça essencial à consolidação e ao aprimoramento da democracia. Como disse meu pai, há muito, quando ingressei na magistratura: o cargo de juiz confere a quem o ocupa o dever de fazer o bem, moldado nos poderes e limites que lhe são dados, em equilíbrio e em respeito às instituições, ao Estado e aos anseios da sociedade. Aqui em Santa Catarina temos, indubitavelmente, uma incontável gama de juízes capazes e dispostos a isso. Confio que, junto com meus colegas de todas as instâncias, haveremos de continuar a lutar para melhorar sempre, e cada vez mais, a Justiça brasileira."

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

AGRAVO REGIMENTAL

Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 768.689, de Santa Catarina

Relatora: Ministra Rosa Weber
Agravante: Márcia Raquel Ritter Kirst
Advogados: Vinícius Marcelo Borges e outro (a/s)
Agravado: Estado de Santa Catarina
Procurador: Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. LITISPENDÊNCIA. EFETIVAÇÃO EM SERVENTIA EXTRAJUDICIAL COM FUNDAMENTO EM NORMA DECLARADA INCONSTITUCIONAL. ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL DO DEBATE. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O MANEJO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

A suposta afronta aos preceitos constitucionais indicados nas razões recursais dependeria da análise de legislação infraconstitucional, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, portanto, de ensejar o conhecimento do recurso extraordinário, considerada a disposição do art. 102, III, "a", da Lei Maior.

Agravo conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 4 de dezembro de 2012.

Ministra Rosa Weber, Relatora.

RELATÓRIO

Contra decisão por mim proferida (fls. 556-62), mediante a qual negado seguimento a seu agravo de instrumento, maneja agravo regimental a parte autora (fls. 567-75).

A agravante insurge-se contra a decisão agravada, ao argumento da ocorrência de violação direta da Constituição da República. Alega a inexistência de litispendência, destacando que, no presente feito, a discussão cinge-se à prescrição para a Administração Pública anular seus atos. Sublinha o provimento do AI 730.957 e do AI 754.266 para exame do recurso extraordinário, asseverando que tratam da mesma matéria.

Acordão do Tribunal de origem publicado em 04.9.2006 (fl. 293).

É o relatório.

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): Preenchidos os pressupostos genéricos, conheço do agravo regimental e passo ao exame do mérito.

Transcrevo o teor da decisão que desafiou o agravo:

> Vistos etc.

Contra o juízo negativo de admissibilidade do recurso extraordinário, exarado pela Presidência do Tribunal *a quo* , maneja agravo de instrumento Márcia Raquel Ritter Kirst. Na minuta, sustenta que o recurso extraordinário reúne todos os requisitos para sua admissão. Aponta violação do art. 5º, *caput* , I, XXXV, XXXVI, XLI e LV, da Lei Maior.

Contraminuta.

Substituição da Relatora (art. 38 do RISTF).

É o relatório.

Decido.

Preenchidos os pressupostos extrínsecos.

Da detida análise dos fundamentos da decisão denegatória de seguimento do recurso extraordinário, bem como à luz das razões de decidir adotadas pelo Tribunal de origem, por ocasião do julgamento do recurso veiculado na instância ordinária, concluo que nada colhe o agravo de instrumento.

O exame de eventual ofensa aos preceitos constitucionais indicados nas razões recursais, consagradores dos princípios da legalidade, da isonomia, da inafastabilidade da prestação jurisdicional, da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, bem como ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º da Lei Maior), demanda, em primeiro plano, a interpretação das normas infraconstitucionais aplicáveis à espécie, de tal modo que, se afronta ocorresse, seria indireta, o que não atende à exigência do art. 102, III, a, da Lei Maior, nos termos da remansosa jurisprudência deste egrégio Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

"Agravo regimental no agravo de instrumento. Princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Ofensa reflexa. Prescrição. Ato administrativo. Ofensa reflexa. Serventuária da Justiça. Oficial de Registro. Concurso público. Necessidade. Precedentes. 1. A afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República. 2. A questão relativa à incidência da prescrição está restrita à interpretação da legislação infraconstitucional pertinente e ao exame das provas dos autos, operações vedadas em sede

de recurso extraordinário. Incidência das Súmulas nºs 279 e 636 desta Corte. 3. Inviabilidade de efetivação em cargo de oficial de registro de serventia notarial, depois da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, sem a realização de concurso público. Agravo regimental não provido. (STF-ARE-AgR 652.638/GO, Relator Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 29.3.2012).

Agravo regimental no agravo de instrumento. Princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Ofensa reflexa. Prescrição. Ato administrativo. Ofensa reflexa. Serventuária da Justiça. Oficial de Registro. Concurso público. Necessidade. Precedentes. 1. A afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República. 2. A questão relativa à incidência da prescrição está restrita à interpretação da legislação infraconstitucional pertinente e ao exame das provas dos autos, operações vedadas em sede de recurso extraordinário.

Incidência das Súmulas nºs 279 e 636 desta Corte. 3. Inviabilidade de efetivação em cargo de oficial de registro de serventia notarial, depois da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, sem a realização de concurso público. Agravo regimental não provido. (STF-ARE-AgR 769.553/SC, Relator Ministro Dias Tóffoli, 1ª Turma, DJe 29.3.2012).

"CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: ALEGAÇÃO DE OFENSA À C.F., art. 5º, II, XXXV, XXXVI, LIV e LV. I. - Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a. Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, inocorrendo o contencioso constitucional. II. - Decisão contrária ao interesse da parte não configura negativa de prestação jurisdicional (C.F., art. 5º, XXXV). III. - A verificação, no caso concreto, da existência, ou não, do direito adquirido, situa-se no campo infraconstitucional. IV. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: C.F., art. 5º, LIV e LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. V. - Agravo não provido" (STF-RE-AgR-154.158/SP, Relator Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 20.9.2002).

Destaco, por oportuno, fundamentado o acórdão recorrido na declaração de inconstitucionalidade da norma que serviu de suporte para o ato declarado nulo nos julgamentos das ADIs 363/DF e 1.573/SC, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, cujas ementas transcrevo:

Direito Constitucional. Serventias judiciais e extrajudiciais. Concurso público: artigos 37, II, e 236, par. 3., da Constituição Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade do art. 14 do A.D.C.T. da Constituição do Estado de Santa Catarina, de 5.10.1989, que diz: "Fica assegurada aos substitutos das serventias, na vacancia, a efetivação no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, estejam em efetivo exercício, pelo prazo de tres anos, na mesma serventia, na data da promulgação da Constituição. 1. E inconstitucional esse dispositivo por violar o princípio que exige concurso público de provas ou de provas e titulos, para a investidura em cargo público, como e o caso do Titular de serventias judiciais (art. 37, II, da C.F.), e também para o ingresso na atividade notarial e de registro (art. 236, par. 3.). 2. Precedentes do S.T.F. 3. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

DIREITO CONSTITUCIONAL. SERVENTIAS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS: EFETIVAÇÃO DE SUBSTITUTOS. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ART. 14 DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. RECLAMAÇÃO. 1. O art. 14 do ADCT da Constituição do Estado de Santa Catarina, em sua redação original, estabelecia:

"Fica assegurado aos substitutos das serventias, na vacância, a efetivação no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, estejam em efetivo exercício, pelo prazo de três anos". 2. Esse dispositivo, por votação unânime do Plenário do Supremo Tribunal Federal, foi declarado inconstitucional na ADI nº 363 (DJ 03.05.96, Ementário n º 1.826-01), "por violar o princípio que exige concurso público de provas ou de provas e títulos, para a investidura em cargo público, como é o caso do Titular de serventias judiciais" (art. 37, II, da Constituição Federal), e também para o ingresso na atividade notarial e de registro (art. 236, § 3º). 3. A pretexto de dar cumprimento a essa decisão do S.T.F. , que, por ser declaratória e com eficácia "erga omnes", independia de execução, a Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina, em data de 18.06.1996, promulgou a Emenda nº 10 à Constituição Estadual, com este "Artigo único": "Artigo único - Respeitadas as situações consolidadas, fica suspensa a execução do artigo 14 do Atos das

Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado de Santa Catarina". 4. Com isso, o que fez a Assembléia Legislativa foi conferir eficácia ao art. 14 do ADCT, em sua redação original, ao menos para amparar as "situações consolidadas" até 18.06.1996, data de sua promulgação. 5. Vale dizer, pretendeu retirar do acórdão do S.T.F., que declarara a inconstitucionalidade do art. 14 do ADCT, em sua redação original, sua eficácia "ex tunc", para só admiti-la a partir de 18.06.1996. 6. E como se valeu de um outro ato normativo, consubstanciado na referida E.C. nº 10/96, podia ela ser impugnada, mediante nova ADI, como foi, não sendo o caso de se examinar o pedido como Reclamação, prevista nos artigos 156 e seguintes do RISTF, como alvitrado na inicial. 7. Assim, a ação foi corretamente distribuída como ADI e como tal é admitida. 8. Ação Direta julgada procedente para a declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 10, de 18.06.1996, do Estado de Santa Catarina. 9. Decisão unânime.

Com efeito, a Suprema Corte, ao julgar o MS 28.279/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 26.12.2010, que versou matéria semelhante à veiculada na questão de fundo, fixou entendimento que desautoriza a pretensão de direito material deduzida pela agravante. Veja-se a ementa do julgado:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO. INGRESSO. CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA. ARTIGO 236, PARÁGRAFO 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NORMA AUTO-APLICÁVEL. DECADÊNCIA PREVISTA NO ARTIGO 54 DA LEI 9.784/1999. INAPLICABILIDADE A SITUAÇÕES INCONSTITUCIONAIS. PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS REPUBLICANOS DA IGUALDADE, DA MORALIDADE E DA IMPESSOALIDADE. SUBSTITUTO EFETIVADO COMO TITULAR DE serventia APÓS A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. O art. 236, § 3º, da Constituição Federal é norma autoaplicável. 2. Nos termos da Constituição Federal, sempre se fez necessária a submissão a concurso público para o devido provimento de serventias extrajudiciais eventualmente vagas ou para fins de remoção. 3. Rejeição da tese de que somente com a edição da Lei 8.935/1994 teria essa norma constitucional se tornado autoaplicável. 4. Existência de jurisprudência antiga e pacífica do Supremo Tribunal Federal no sentido da indispensabilidade de concurso público nesses casos (Ações Diretas de Inconstitucionalidade 126/RO, rel. Min. Octavio Gallotti,

Plenário, DJ 05.6.1992; 363/DF, 552/RJ e 690/GO, rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, DJ 03.5.1996 e 25.8.1995; 417/ES, rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, DJ 05.5.1998; 3.978/SC, rel. Min. Eros Grau, Plenário, DJe 29.10.2009). 5. Situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de serventia extrajudicial sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei 9.784/1999, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal. ... 7. Reafirmada a inexistência de direito adquirido de substituto que preenchera os requisitos do art. 208 da Carta pretérita à investidura na titularidade de Cartório, quando a vaga tenha surgido após a promulgação da Constituição de 1988, pois esta, no seu art. 236, § 3º, exige expressamente a realização de concurso público de provas e títulos para o ingresso na atividade notarial e de registro. 8. Os princípios republicanos da igualdade, da moralidade e da impessoalidade devem nortear a ascensão às funções públicas. 9. Segurança denegada.

Quanto à interposição do apelo extremo pelo permissivo da alínea *c* do art. 102, III, da CF/88, também não se mostra cabível o recurso, deixando o Tribunal de origem de julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal. Colho os seguintes precedentes: o RE 633.421-AgR/MS, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, unânime, DJe 12.4.2011; e o RE 597.003-AgR/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, unânime, DJe 29.5.2009, *verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. PROMOÇÃO. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 53/1990. IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO PELAS ALÍNEAS C E D DO INC. III DO ART. 102 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. A controvérsia foi decidida com fundamento na legislação local. Incidência da Súmula n. 280 do Supremo Tribunal Federal.

2. Acórdão recorrido que não julgou válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição, tampouco julgou válida lei local contestada em face de lei federal. Inviabilidade da admissão do recurso

> extraordinário interposto com fundamento nas alíneas c e d do artigo 102, III, da Constituição.
>
> Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> Não há, portanto, como assegurar trânsito ao extraordinário, consoante também se denota dos fundamentos da decisão que desafiou o recurso, aos quais me reporto e cuja detida análise conduz à conclusão pela ausência de ofensa direta e literal a preceito da Constituição da República.
>
> *Nego seguimento* ao agravo de instrumento (CPC, art. 557, *caput*).

Nada colhe.

Consoante emerge do acórdão regional, a Corte de origem, na linha do Juízo de primeiro grau, concluiu pelo acolhimento da preliminar de litispendência, considerado o mandado de segurança nº 1998.002497-8, impetrado pela ora agravante também contra o Ato nº 161, de 18.2.1998, da Presidência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, mediante o qual declarada a nulidade do ato de sua nomeação para o cargo de Escrevente juramentada da Escrivania de Paz do Município de Ipira da Comarca de Capinzal. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina expressamente consignou:

> 1. Trata-se de ação declaratória de direitos cumulada com pedidos de anulação de ato jurídico e reintegração em cargo, ajuizada por Márcia Raquel Ritter Kirst contra o Estado de Santa Catarina, julg. ext t com suporte no art. 267, inc. V, do Código de Processo Civil, ao fundamento de existir litispendência com outra demanda judicial.
>
> Inconformada, sustenta a autora, de início, inexistir litispendência entre a presente demanda e o mandado de segurança anteriormente impetrado, sobretudo porque aqui busca a anulação do ato que desconstituiu a sua efetivação no cargo em razão de ter havido a prescrição administrativa e por conta da estabilidade prevista no art. 19, do Ato das Disposições Constitucionais Transitória, causa de pedir diversa daquela que foi externada no writ.
>
> Na seqüência, enfatizou que, em face do tempo decorrido desde sua efetivação no cargo de titular da serventia, o Estado já não podia mais desfazer aquela situação jurídica, asseverando, de outra parte, que os

serventuários extrajudiciais, por força do princípio da isonomia, também são acobertados pela estabilidade conferida pelo art. 19, da ADCT.

Em contra-razões, o Estado rebateu os argumentos da parte adversa e rogou pela confirmação da sentença, recebendo, nesta instância, a manifestação de apoio da d. Procuradoria-Geral de Justiça.

É o relatório.

2. Revelam os autos que a apelante, independentemente de concurso público, foi nomeada pelo Ato n.º 0282, de 23-03-81, para exercer o cargo Escrevente Juramentada da Escrivania de Paz do Município de !pira, Comarca de Capinzal (f1.18).

A Constituição Estadual pretendeu garantir aos serventuários extrajudiciais "a efetivação no cargo de titular, desde que, investidos na forma da lei, estejam em efetivo exercício, pelo prazo de três anos, na mesma serventia, na data da promulgação da Constituição" (art. 14, ADCT).

Como a Carta Estadual passou a viger desde 1989, a apelante cumpriu o citado requisito temporal, tanto que foi efetivada pelo Ato n. 404, de 06-06-90 (fl. 22).

Contudo, por força da ADIN n. 363-1, d 15-2-96, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 14 da ADCT da Constituição de 1989 do Estado de Santa Catarina, o então Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Des. João Martins, expediu o Ato n. 161, de 18-2-1998 e declarou a nulidade do ato de nomeação da apelante (fl. 32).

Contra isso, a recorrente impetrou o Mandado de Segurança n. 1998.002497-8, da Capital, cujo acórdão, da lavra do saudoso Des. Eder Graf, não lhe reconheceu, todavia, o direito de desconstituir o aludido ato (fls. 93/102).

Inconformada, interpôs Recurso Ordinário (n. 10.408) perante o Superior Tribunal de Justiça, que confirmou a decisão proferida por esta egrégia Corte (fls. 103/107), sem que, entrementes, tenha se operado o trânsito em julgado (fl. 108).

Malgrado se sustente o contrário, com outra roupagem e tintura jurídicas, fato é que, na espécie, existe a litispendência.

Com os mesmos fundamentos de fato e de direito, já aportaram e foram julgados nesta Corte recursos rigorosamente idênticos.

Eis o teor da ementa do acórdão regional, a qual sintetiza os fundamentos adotados:

> PROCESSUAL CIVIL – EFETIVAÇÃO EM SERVENTIA EXTRAJUDICIAL COM FUNDAMENTO EM NORMA DECLARADA INCONSTITUCIONAL – MATÉRIA DECIDIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA COM DECISÃO AINDA NÃO TRANSITADA EM JULGADO – LITISPENDÊNCIA.
>
> "O fato de se tratar de mandado de segurança não impede o acolhimento da litispendência ou coisa julgada, pois o que importa, além da identidade de partes, pedido e causa de pedir, é que ambas as ações conduzam ao mesmo resultado, pouco importando se os ritos das ações são diversos" (STJ, Min. Luiz Fux).

Nesse contexto, suposta afronta aos preceitos constitucionais indicados nas razões recursais dependeria da análise de legislação infraconstitucional, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, portanto, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário, considerada a disposição do art. 102, III, "a", da Lei Maior.

Agravo regimental conhecido e não provido.

É como voto.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS

Habeas Corpus n. 230.902, de Santa Catarina (2012/0006529-5)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Impetrante: Ana Paula da Silva Pereira
Advogado: Denis Antonio Snichelotto
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
Paciente: Paulo Henrique de Borba

EMENTA

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS* . TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO LEGAL AFASTADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIA SUBSUMIDA NO TIPO. AUSÊNCIA DE CONCRETA FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

I – O Pleno do STF, por maioria, deferiu o pedido formulado no *habeas corpus* n.º 104.339/SP e declarou a inconstitucionalidade da expressão "e liberdade provisória", constante do art. 44, caput, da Lei 11.343/2006, determinando que sejam apreciados os requisitos previstos no art. 312 do CPP para que, se for o caso, seja mantida a segregação cautelar.

II – A prisão cautelar é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais previstos no art. 312 do CPP, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade,

sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação.

III – A existência de indícios de autoria e prova da materialidade, bem como o juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado à paciente, não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculados de qualquer fator concreto ensejador da configuração dos requisitos do art. 312 do CPP.

IV – Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como o decreto prisional, para revogar a prisão preventiva do paciente, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

V – Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de junho de 2012 (Data do Julgamento).

Ministro Gilson Dipp, Relator.

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em benefício de PAULO HENRIQUE DE BORBA contra acórdão da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Extrai-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática dos delitos tipificados nos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/06. Contra decisão que indeferiu pedido de liberdade provisória e converteu a prisão em flagrante, a defesa impetrou a ordem originária, que foi denegada pelo Tribunal *a quo* em acórdão assim ementado (fls. 95/99):

> *HABEAS CORPUS* PREVENTIVO – TRÁFICO ILÍCITO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS – LIBERDADE PROVISÓRIA – MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA EXIGÊNCIA DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PREENCHIDA, CONSISTENTE NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.
>
> POSTULADA A APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.403/11 – PERSISTÊNCIA DOS MOTIVOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA E PENA MÁXIMA QUE SUPLANTA QUATRO ANOS – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO.

No presente *writ*, o impetrante alega que o paciente tem trabalho lícito e emprego certo no distrito da culpa, aponta ausência de fundamentação da segregação, bem como na não aplicação de medida cautelar da Lei nº 12.403/11. Pugna pela expedição de alvará de soltura.

A liminar foi indeferida à fl. 103.

Informações às fls. 109/110.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 135/139, opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em benefício de PAULO HENRIQUE DE BORBA contra acórdão da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Extrai-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática dos delitos tipificados nos arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/06. Contra decisão que indeferiu pedido de liberdade provisória e converteu a prisão em flagrante, a defesa impetrou a ordem originária, que foi denegada pelo Tribunal a *quo* (fls. 95/99).

No presente *writ*, o impetrante alega que o paciente tem trabalho lícito e emprego certo no distrito da culpa, aponta ausência de fundamentação da segregação, bem como na não aplicação de medida cautelar da Lei nº 12.403/11. Pugna pela expedição de alvará de soltura.

Passo à análise da irresignação.

Conforme se verifica dos autos, a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva foi fundamentada do seguinte modo (fls. 70/72):

> Na hipótese, verifico que os indiciados estão sendo investigados pela prática, em tese, de crimes graves (inclusive equiparado a hediondo), tipificado nos arts. 33, caput, e 35, ambos da Lei nº 11343/06, responsáveis pela disseminação de vários outros delitos decorrentes do comércio ilegal de drogas, merecendo redobrada atenção.
>
> Assim, entendo que a manutenção do cárcere é medida que se impõe, uma vez que, caso soltos, os indiciados podem voltar a delinquir, incentivando outras práticas criminosas, tumultuando a ordem pública.
>
> Registre-se que a garantia da ordem pública não se revela apenas em medida preventiva da reprodução de atos criminosos, mas também em

medida que visa acautelar o meio social e garantir a credibilidade da justiça, já tão desacreditada.

Não fosse isso, presentes estão as condições de admissibilidade para a decretação da prisão preventiva (CPP, art. 313), já que o crime é doloso, punido com pena privativa de liberdade superior a quatro anos, e ambos os indiciados são reincidentes, conforme comprovam as certidões de antecedentes anexadas aos autos.

Ademais, verifico que as medidas cautelares alternativas à prisão preventiva não se mostram adequadas e proporcionais (CPP, art. 282) ao crime e suas circunstâncias e às condições pessoais dos indiciados (ambos reincidentes em crime doloso), uma vez que, conforme emana das provas até então produzidas, a prática delituosa ocorria de forma reiterada.

Ante o exposto, INDEFIRO os pedidos de liberdade provisória formulados em favor dos indiciados e, por outro lado, CONVERTO a prisão em flagrante em PRISÃO PREVENTIVA, uma vez que presentes os fundamentos (CPP, art. 312) e as condições de admissibilidade (CPP, art. 313).

O Tribunal *a quo* manteve a segregação nos seguintes termos (fls. 95/99):

No que concerne ao indeferimento da revogação do decreto preventivo e a sua substituição por medidas cautelares, verifica-se que o Magistrado, além da vedação do art. 44 da Lei nº 11.343/06, fez as seguintes considerações:

(...)

Conquanto de maneira concisa, a Magistrada a quo calcou sua decisão nos requisitos autorizadores da prisão preventiva. Portanto, o *decisum* impugnado não carece de fundamentação.

Sobre o tema, já proclamou o Superior Tribunal de Justiça:

(...)

Verifica-se, pois, que as expedidas motivações são idôneas para a manutenção da medida extrema.

2. No que diz respeito à aplicação da Lei nº 12.403/11, registre-se que o art. 313 do Código de Processo Penal, modificado pela Lei n. 12.403/11, assim dispõe:

> "Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:
>
> "I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;
>
> Na hipótese, ao contrário do alegado pela impetrante, o tema foi abordado pelo Juízo *a quo* à fl. 59. O delito imputado ao paciente é o de tráfico ilício e associação para o tráfico de drogas (arts. 33, caput, e 35, caput, da Lei nº 11.343/06), cujas penas máximas são de 15 (quinze) e 10 (dez) anos, respectivamente, que em muito suplantam a pena descrita no dispositivo supramencionado.
>
> Dessa forma, não há constrangimento ilegal a ser sanado.
>
> 3. Por fim, a manutenção da prisão cautelar, por decisão fundamentada, não constitui afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência, ainda que os atributos pessoais do paciente, por si sós, não bastam à concessão da liberdade provisória. Neste sentido, consulte-se: (...)
>
> À vista do exposto, por não ser verificada nenhuma ilegalidade, denega-se o pedido de ordem de *habeas corpus*.

Inicialmente, é conveniente explicitar que o Pleno do STF, por maioria, deferiu o pedido formulado no *habeas corpus* n.º 104.339/SP e declarou a inconstitucionalidade da expressão "e liberdade provisória", constante do art. 44, *caput*, da Lei 11.343/2006, determinando que sejam apreciados os requisitos previstos no art. 312 do CPP para que, se for o caso, seja mantida a segregação cautelar.

Os motivos apresentados pelo Pretório Excelso naquele julgamento devem nortear as demais decisões a respeito da liberdade provisória aos crimes de tráfico de entorpecentes.

Assim constou no Informativo/STF n.º 665, de 07 a 11 de maio de 2012:

> O Plenário, por maioria, deferiu parcialmente habeas corpus – afetado pela 2ª Turma – impetrado em favor de condenado pela prática do crime descrito no art. 33, caput, c/c o art. 40, III, ambos da Lei 11.343/2006,

e determinou que sejam apreciados os requisitos previstos no art. 312 do CPP para que, se for o caso, seja mantida a segregação cautelar do paciente. Incidentalmente, também por votação majoritária, declarou a inconstitucionalidade da expressão "e liberdade provisória", constante do art. 44, caput, da Lei 11.343/2006 ("Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos"). A defesa sustentava, além da inconstitucionalidade da vedação abstrata da concessão de liberdade provisória, o excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal no juízo de origem.

Discorreu-se que ambas as Turmas do STF teriam consolidado, inicialmente, entendimento no sentido de que não seria cabível liberdade provisória aos crimes de tráfico de entorpecentes, em face da expressa previsão legal. Entretanto, ressaltou-se que a 2ª Turma viria afastando a incidência da proibição em abstrato. Reconheceu-se a inafiançabilidade destes crimes, derivada da Constituição (art. 5º, XLIII). Asseverou-se, porém, que essa vedação conflitaria com outros princípios também revestidos de dignidade constitucional, como a presunção de inocência e o devido processo legal. Demonstrou-se que esse empecilho apriorístico de concessão de liberdade provisória seria incompatível com estes postulados. Ocorre que a disposição do art. 44 da Lei 11.343/2006 retiraria do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos de necessidade da custódia cautelar, a incorrer em antecipação de pena. Frisou-se que a inafiançabilidade do delito de tráfico de entorpecentes, estabelecida constitucionalmente, não significaria óbice à liberdade provisória, considerado o conflito do inciso XLIII com o LXVI ("ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança"), ambos do art. 5º da CF. Concluiu-se que a segregação cautelar – mesmo no tráfico ilícito de entorpecentes – deveria ser analisada assim como ocorreria nas demais constrições cautelares, relativas a outros delitos dispostos no ordenamento. Impenderia, portanto, a apreciação dos motivos da decisão que denegara a liberdade provisória ao paciente do presente writ, no intuito de se verificar a presença dos requisitos do art. 312 do CPP. Salientou-se que a idoneidade de decreto de prisão processual exigiria a especificação, de modo fundamentado, dos elementos autorizadores da medida (CF, art. 93, IX). Verificou-se que, na espécie, o juízo de origem, ao indeferir o pedido de liberdade provisória formulado pela

> defesa, não indicara elementos concretos e individualizados, aptos a justificar a necessidade da constrição do paciente, mas somente aludira à indiscriminada vedação legal. Entretanto, no que concerne ao alegado excesso de prazo na formação da culpa, reputou-se que a tese estaria prejudicada, pois prolatada sentença condenatória confirmada em sede de apelação, na qual se determinara a continuidade da medida acauteladora, para a garantia da ordem pública.
>
> O Min. Dias Toffoli acresceu que a inafiançabilidade não constituiria causa impeditiva da liberdade provisória. Afirmou que a fiança, conforme estabelecido no art. 322 do CPP, em certas hipóteses, poderia ser fixada pela autoridade policial, em razão de requisitos objetivos fixados em lei. Quanto à liberdade provisória, caberia ao magistrado aferir sua pertinência, sob o ângulo da subjetividade do agente, nos termos do art. 310 do CPP e do art. 5º, LXVI, da CF. Sublinhou que a vedação constante do art. 5º, XLIII, da CF diria respeito apenas à fiança, e não à liberdade provisória. O Min. Ricardo Lewandowski lembrou que, no julgamento da ADI 3112/DF (DJe de 26.10.2007), a Corte assinalara a vedação constitucional da prisão ex lege, bem assim que os princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação de ordem prisional por parte da autoridade competente mereceriam ponderação maior se comparados à regra da inafiançabilidade. O Min. Ayres Britto, Presidente, consignou que, em direito penal, deveria ser observada a personalização. Evidenciou a existência de regime constitucional da prisão (art. 5º, LXII, LXV e LXVI) e registrou que a privação da liberdade seria excepcional).

Assim, afastada a vedação legal à concessão da liberdade provisória, mesmo em caso de crimes hediondos (ou equiparados), remanesce a necessidade de fundamentação concreta para o indeferimento do pedido, prestigiando-se, assim, a regra constitucional da liberdade em contraposição ao cárcere cautelar, quando não houver demonstrada a necessidade de segregação.

Isso porque, como cediço, a prisão cautelar é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais previstos no art. 312 do CPP, em observância ao princípio consti-

tucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação.

Sendo assim, cabe ao Julgador interpretar restritivamente os pressupostos consignados na Lei Processual Adjetiva, fazendo-se mister a configuração empírica dos referidos requisitos, sendo que razões outras, desprovidas de cunho acautelatório, não podem ser utilizadas para a imposição da medida constritiva.

Com efeito, a existência de indícios de autoria e prova da materialidade, bem como o juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado ao paciente, não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculados de qualquer fator concreto ensejador da configuração dos requisitos do art. 312 do CPP.

De outro lado, a simples menção aos requisitos legais da segregação também não se presta a embasar a custódia cautelar.

Trago à colação o seguinte precedente:

> HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. DECRETO PRISIONAL COM FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO FÁTICA CONCRETA. PRECEDENTES
>
> 1. A prisão preventiva só deverá ser decretada quando devidamente atendidos os requisitos legais das garantias das ordens pública e econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.
>
> *2. A gravidade do crime cometido, seja ele hediondo ou não, com supedâneo em circunstâncias que integram o próprio tipo penal, não constitui, de per si, fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar.*
>
> 3. Ordem concedida para revogar a preventiva, determinando a expedição de alvará de soltura, se por outro motivo não estiverem presos os

> pacientes, sem embargo de novo decreto prisional, com observância dos requisitos legais."
>
> (HC 223.795/SC, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 15/03/2012).

Sobressai, por consectário, a ausência de motivação idônea do decreto prisional, bem como do acórdão mantenedor da segregação cautelar, pois a custódia deve ser fundada em fatos concretos indicadores da sua real necessidade, atendendo aos termos do art. 312 do Código de Processo Penal e da jurisprudência dominante.

Diante do exposto, deve a ordem ser concedida para cassar o acórdão recorrido, bem como o decreto prisional, para revogar a prisão preventiva do paciente, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

Nestes termos, concedo a ordem.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL

Recurso Especial n. 1.247.938, de Santa Catarina (2011/0078206-9)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves
Recorrente: Amélia Maria de Carvalho Rocha e outro
Advogado: Maurílio Schultz Mansur e outro(s)
Recorrido: Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina - Ipesc
Advogado: Renata Benedet e outro(s)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA PARA EVITAR PAGAMENTO DE VALORES REFERENTES À PENSÃO ESTATUTÁRIA A NETAS MAIORES E SOLTEIRAS. REVERSÃO DO PROVIMENTO EM SEDE DE APELO EXTREMO. IMPOSSIBILIDADE. ANÁLISE DOS REQUISITOS DO ARTIGO 273 DO CPC. SÚMULA N. 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por Amélia Maria de Carvalho Rocha e outro, com fundamento no artigo 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina assim ementado (fl. 441):

> PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – CPC, ART. 273, I.

> Presentes os requisitos autorizadores – prova inequívoca da verossimilhança das alegações e o candente perigo de dano irreparável ou de difícil reparação – impõe-se o deferimento do pedido de tutela antecipada.

Alega-se inicialmente a ofensa a dispositivos da legislação federal na seguinte ordem:

a) violação dos artigos 18 da Lei n. 1.533/51 (atual artigo 23 da Lei n. 2.016/2009) e 207 e 210 do Código Civil, pois "[...] incorrente a decadência do mandado de segurança [...]" ante o fato de se tratar de ato omissivo continuado e porque caracterizada a obrigação de trato sucessivo;

b) necessidade da observância do inciso I e não do inciso II do artigo 23 da Lei Estadual n. 369 para fins de constatação da afronta aos artigos 273 e 485, V, do CPC, pois: (i) as recorrentes vinham recebendo a pensão deixada pelo avô desde 1961 ante o fato de serem netas solteiras do instituidor do benefício; (ii) o acórdão recorrido rediscutiu a matéria do acórdão rescindendo, quando não poderia fazê-lo; e (iii) o acórdão rescindendo não teria violado literal dispositivo de lei;

c) ofensa ao artigo 485, IX, do CPC ao argumento de que o acórdão rescindendo não incorreu em erro de fato ao reconhecer que a Administração Pública não poderia ter cessado os pagamentos sem o devido processo legal administrativo, não havendo erro relativo a atos ou documentos da causa; e

d) infringência ao artigo 273, I, do CPC em face da ausência da verossimilhança das alegações, pois seria duvidosa a tese da decadência do mandado de segurança já transitado em julgado; o dano irreparável ou de difícil reparação não teria sido evidenciado, uma vez que o valor a ser levantado está depositado em conta vinculada ao Juízo, que já resguardaria o direito do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina - IPREV.

Ao final, suscita-se dissídio jurisprudencial a respeito da interpretação dos artigos 18 da Lei n. 1.533/51 (REsp 1.145.117/AC) e 485, V, do CPC (AgRg na AR 4.333/CE).

Sem contrarrazões.

O apelo extremo foi admitido pelo Tribunal de origem (fls. 527-528).

É o relatório. Passo a decidir.

Cuida-se originariamente de ação rescisória proposta pelo Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina - IPREV contra acórdão que, nos autos do MS n. 2007.035566-9, havia determinado o restabelecimento/pagamento de pensões anteriormente suspensas ante o reconhecimento da maioridade das impetrantes (netas do instituidor).

Foi deferida antecipação dos efeitos da tutela pelo e. relator "com o fim de determinar a suspensão da execução do acórdão rescindendo e os atos posteriores que dele dependam, principalmente a ordem judicial para pagamento imediato dos valores supostamente devidos desde o cancelamento da pensão".

As impetrantes, ora recorrentes, interpuseram o agravo interno, todavia mantida a decisão. No que interessa, confira-se o seguinte excerto do acórdão recorrido:

> Conforme já exposto, verifica-se a presença da verossimilhança das alegações do autor, uma vez que a decisão rescindenda efetivamente violou literal disposição de lei em relação à impetração do mandado de segurança após o término do prazo decadencial, porquanto o suposto ato coator foi praticado em agosto de 1999 (cessação do pagamento da pensão) e a ação foi ajuizada em maio de 2005.
>
> Colhe-se dos autos que apesar de o IPREV – Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina ter cessado o pagamento da pensão pleiteada pelas agravantes em agosto de 1999, somente em julho de 2004 é que as recorrentes formularam pedido administrativo de informações

e solicitaram cópia integral do processo administrativo que ensejou o cancelamento do benefício.

Em razão da ausência de resposta ao pedido administrativo, as requeridas impetraram mandado de segurança n. 023.04.695541-3, em outubro de 2004, solicitando judicialmente as informações acerca da cessação da benesse.

De posse da documentação, em 6 de maio de 2005, as requeridas impetraram o mandado de segurança n. 023.05.016573-1, no qual postularam "a concessão, a final da segurança, para que, cassado definitivamente o ato coator, seja determinado ao impetrado o restabelecimento do pagamento da pensão integral, ou seja, correspondente à totalidade dos proventos do instituidor do benefício Mário de Carvalho Rocha, repartida igualmente entre as impetrantes (como vinha ocorrendo há quase 40 (quarenta) anos)" (fl. 68).

Como é sabido, em se tratando de prazo decadencial não há suspensão e tampouco interrupção, nos termos do art. 207 do Código Civil. Portanto, não há que se alegar que o pedido administrativo ou mesmo a impetração do *mandamus* com a finalidade de obtenção de informações e documentos teriam obstado o decurso do prazo decadencial.

Inegável, pois a ocorrência da decadência quando da impetração do mandado de segurança n. 023.05.016573-1, ocorrida aproximadamente cinco anos e nove meses após o ato coator, caracterizado na cessação do pagamento do benefício previdenciário.

Não há que se dizer da existência de prestação de trato sucessivo, porquanto o fato atacado é a suspensão do pagamento de pensão previdenciária, o que não se renova mensalmente.

Além dos dispositivos citados, é inegável a violação literal de dispositivos contidos na Lei n. 369/1949, que regulamentava o Montepio dos Servidores, nos seguintes termos:

"Art. 20. Fazem jus à pensão:

I - a viúva que, ao tempo da morte do contribuinte, viver na mesma habitação ou na da família e a que, desquitada, não tiver dado causa á separação e viver honestamente;

II - as filhas solteiras ou viúvas que residirem com o contribuinte;

III - os filhos menores de vinte e um anos se não estiverem emancipados na forma da lei (Cód. Civil, parágrafo único do art. 9º, parte geral);

IV - os filhos maiores que forem inválidos;

V - os pais, avós, netos e irmãos solteiros ou viúvas;

VI - Beneficiário, na forma do art. 16, parágrafo 1º".

"Art. 23. Perdem o direito à pensão:

I - as beneficiárias que se casarem ou deixarem de viver honestamente;

II - os filhos e netos menores que atingirem à maioridade ou se emanciparem;

III - os filhos inválidos, quando depois de maiores ou emancipados ficarem são;

IV - o viúvo, o pai e o avô, inválidos ou miseráveis, que deixarem de o ser".

No caso vertente, com o falecimento de Mário de Carvalho Rocha, foram considerados habilitados à percepção de pecúlio e pensão os seus netos, dentre eles as requeridas, isso após justificação judicial e decisão administrativa de inclusão de beneficiários *post mortem.*

De acordo com o noticiado nos autos, de há muito as rés adquiriram a maioridade e, com isso, perderam as condições de beneficiárias à referida pensão. Presente, portanto, a verossimilhança das alegações.

De outro vértice, não se mostra razoável a interpretação adotada pelas agravantes de que "as mulheres - beneficiárias - somente perderão o direito à pensão previdenciária quando vierem a se casar". Ora, parece evidente que esta regra é aplicável às mulheres que a despeito da maioridade poderiam continuar na condição de beneficiárias e não genericamente aos netos e netas que, a toda evidência, detinham a condição excepcional de beneficiários.

Assim, por exemplo, aplicando-se uma interpretação sistêmica do texto do art. 20 da Lei n. 369/49, as filhas solteiras só perderiam a condição de beneficiárias se viessem a convolar núpcias. O mesmo se diga das irmãs solteiras ou viúvas.

Já os netos menores, independentemente do sexo, perderiam essa condição com o simples fato de atingirem a maioridade.

Em conclusão, as recorrentes não poderiam ser albergadas na redação do inciso I do art. 20 porque com a maioridade automaticamente perderam a condição de beneficiárias.

De igual modo, não há que se alegar a imprescindibilidade da notificação. Para a imposição de termo final à pensão, em casos como tais, basta a verificação da idade em processo administrativo regulamente instaurado. Nesse sentido, destaca-se da doutrina:

"A anulação dos atos administrativos pela própria Administração constitui a forma normal de invalidação de atividade ilegítima do Poder Público. Essa faculdade assenta no poder de autotutela do estado. É uma justiça interna, exercida pelas autoridades administrativas em defesa da instituição e da legalidade de seus atos" (MEIRELLES. Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2004 p. 203/205).

Essa interpretação está em perfeita sintonia com os princípios basilares da Constituição de 1988.

De outro lado, igualmente caracterizado está o receio de dano irreparável ou de difícil reparação. O Magistrado de 1º Grau, nos autos da execução de sentença, determinou o depósito dos valores supostamente devidos desde a data da impetração do mandado de segurança em que foi proferida a decisão que ora se rescinde, no montante de R$ 7.214.649,40 (sete milhões, duzentos e quatorze mil, seiscentos e quarenta e nove reais e quarenta centavos).

Convém ressaltar que desta decisão, as requeridas interpuseram agravo de instrumento (2009.060533-3) almejando o pagamento imediato, sem expedição de precatório, o que restou atendido por meio de decisão que antecipou parcialmente os efeitos da tutela recursal, cuja cópia está acostada às fls. 252-263 dos presentes autos, em que consta na parte dispositiva:

"III - Ante todo o exposto, admito o processamento do presente agravo sob a forma de instrumento e, estando presentes os requisitos legais estabelecidos no artigo 558, do Código de processo Civil, defiro em parte o pedido de antecipação da tutela recursal, ordenando ao Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina - IPESC, que formalize o imediato depósito incidental, nos autos principais, no valor de R$ 5.635.928,08 (cinco milhões, seiscentos e trinta e cinco mil, novecentos e vinte e oito reais e oito centavos), conclamado por AMÉLIA MARIA

> DE CARVALHO ROCHA e MARISA VIDAL DE CARVALHO ROCHA em decorrência do direito reconhecido nos autos do Mandado de Segurança n. 023.05.016573-1, relativo ao pensionamento compreendido no período entre agosto de 1999 e abril de 2005".
>
> Evidente, portanto, o perigo de dano irreparável, caso não concedida a antecipação dos efeitos da tutela.

Com efeito, o recurso especial, quer seja pela alínea "a", quer seja pela alínea "c" do permissivo constitucional, busca anular a tutela antecipada concedida, o que exige novo exame da verossimilhança das alegações e o receio de dano irreparável. A referida observância, entretanto, desborda do âmbito de conhecimento do apelo por demandar o reexame do contexto fático-probatório dos autos, máxime no pertinente ao perigo de dano irreparável ante a possibilidade do pagamento imediato de vultosa quantia em sede de mandado de segurança sem a expedição de precatório.

Nesse sentido, confiram-se:

> OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. (ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO).
>
> 1. Inocorrentes as hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material, não há como prosperar o inconformismo, cujo real objetivo é a pretensão de reformar o decisum, o que é inviável de ser revisado em sede de embargos de declaração, dentro dos estreitos limites previstos no artigo 535 do CPC.
>
> 2. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo decisum revela-se devidamente fundamentado.
>
> Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

3. O exame do preenchimento dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada previstos no artigo 273, deve ser aferido pelo juiz natural, sendo defeso ao STJ o reexame desse pressuposto de admissibilidade, em face do óbice contido na súmula 07/STJ.

(Precedentes jurisprudenciais desta Corte: RESP 610365/RS, desta relatoria, DJ de 27.08.2004; REsp 505729/RS, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 23.06.2003; REsp 190686/PR, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 23.06.2003) 4. Embargos de declaração rejeitados (EDcl no AgRg no MS 11.308/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJ 30/10/2006).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. DEMOLIÇÃO DE BARRACAS EM ÁREA DE PRAIA. ACÓRDÃO QUE DECIDE PELA FALTA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO À COLETIVIDADE. SUSPENSÃO DO EFEITO LIMINAR DEFERIDO NO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. REQUISITOS. REEXAME. SÚMULA 7 DO STJ. APLICAÇÃO. PRECEDENTES.

1. Insurge-se o Ministério Público Federal contra o fundamento da decisão agravada, que entendeu pela aplicação da Súmula 7 do STJ referentemente à alegada violação do art. 273 do CPC.

2. Trata-se, originariamente, de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão interlocutória proferida pelo Juiz Federal da 4ª Vara Federal do Ceará, que deferiu liminar nos autos de Ação Civil Pública cujo objetivo é a demolição de barracas na Praia do Futuro, em Fortaleza/CE.

3. Acórdão do TRF da 5ª Região que manteve a suspensão dos efeitos da tutela antecipada deferida no Primeiro Grau, ao entendimento de que a situação de fato apresentada nos autos poderia esperar a resolução final da controvérsia em debate, forte na interpretação do art. 273 do CPC.

4. Na via especial, o exame dos pressupostos para a concessão de pedido de tutela antecipada esbarra na vedação sumular 7 do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

5. De igual modo, decisões monocráticas em sede de Recurso Especial, já com trânsito em julgado, que enfrentaram situação similar a dos autos, também, no sentido da aplicação da Súmula 7/STJ: Resp 1.027533/

CE, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 25/3/2009, REsp 1.028.561/CE, Rel. Min. José Delgado, DJ de 3/6/2008. No âmbito do colegiado da Primeira Turma: AgRg no REsp 1.032.064/CE, Rel. Min. José Delgado, DJ de 4//6/2008.

6. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1036079/CE, desta relatoria, Primeira Turma, DJe 07/05/2010).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. CONSTATAÇÃO. CORREÇÃO. ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS MODIFICATIVOS. ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL. TUTELA ANTECIPADA. REQUISITOS. AFERIÇÃO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Procedem as argumentações articuladas nos presentes embargos de declaração no sentido de que a "decisão" do Tribunal a quo, na realidade, trata-se de um acórdão proferido por seu órgão colegiado, merecendo, por conseguinte, sofrer modificação o aresto ora embargado e ter continuidade a análise do recurso especial.

2. Na sede do apelo especial almeja-se a reforma de acórdão que confirmou decisão indeferitória de medida antecipatória em autos de ação rescisória.

3. A questão relativa à verificação dos requisitos para a antecipação da tutela não reconhecidos pela Corte a quo, como devidamente demonstrado, constitui matéria de fato e não de direito, sendo, portanto, incompatível com a sede recursal extraordinária.

Incidência da Súmula 7 do STJ.

4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para não conhecer do recurso especial sob diversa fundamentação (EDcl no REsp 786.188/CE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19/12/2008 – grifo nosso).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – REQUISITOS DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – REVOLVIMENTO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO (SÚMULA 7/STJ) – ANÁLISE DE VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – IMPOSSIBILIDADE.

> 1. Em nosso sistema processual, o juiz não está adstrito aos fundamentos legais apontados pelas partes. Exige-se apenas que a decisão seja fundamentada, aplicando o magistrado, ao caso concreto, a legislação por ele considerada pertinente. Inexistência de violação do art. 535 do CPC.
>
> 2. A análise dos requisitos legais autorizadores da concessão de antecipação de tutela conduz ao reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável nesta instância especial, em razão da Súmula 7/STJ.
>
> 3. Nos termos da Súmula 356/STF, a mera oposição dos embargos declaratórios por si só já preenche o requisito do prequestionamento.
>
> 4. Agravo regimental não provido (AgRg no Ag 993171/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 13.06.2008).

Registra-se, por oportuno, que os cotejos analíticos também não foram apresentados nos termos do que dispõem os artigos 541, parágrafo único, do CPC e 255, § 2º, do RI/STJ. Do que foi exposto nas razões do recurso especial, conclui-se que não há identidade ou semelhança entre os acórdãos paradigmas e o caso dos autos.

Ante o exposto, *nego seguimento* ao recurso especial com fundamento no *caput* do artigo 557 do CPC.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 8 de junho de 2012.

Ministro Benedito Gonçalves, Relator.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SANTA CATARINA

ÓRGÃO ESPECIAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2011.010178-4, de Araranguá

Relator: Des. Raulino Jacó Brüning

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL N. 791/2009. ALTERAÇÃO DA AMPLITUDE DAS CATEGORIAS DO QUADRO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS. AFRONTA AO ART. 118, § 1.º, I E II DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. AUSÊNCIA DE PRÉVIA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E DE PREVISÃO NA LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS. LEI FORMALMENTE INCONSTITUCIONAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.
>
> Nos termos do art. 118, § 1.º, incisos I e II, da Constituição do Estado de Santa Catarina, o aumento de despesa relativo aos servidores municipais depende de prévia dotação orçamentária, suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal – e aos acréscimos dela decorrentes –, e autorização específica na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2011.010178-4, da Comarca de Araranguá (1ª Vara Cível), em que é requerente o Prefeito Municipal de Maracajá e requerido o Presidente da Câmara Municipal de Maracajá:

O Órgão Especial decidiu, por votação unânime, declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 791/2009, do Município de Maracajá.

Do julgamento, realizado em 01 de agosto de 2012, presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Cláudio Barreto Dutra, com voto, participaram os Exmos. Srs. Desembargadores Jaime Vicari, José Inácio Schaefer, Carlos Prudêncio, Gaspar Rubick, Trindade dos Santos, Cláudio Barreto Dutra, Newton Trisotto, Sérgio Paladino, Vanderlei Romer, Nelson Schaefer Martins, José Volpato de Souza, Monteiro Rocha, Fernando Carioni, Luiz Carlos Freyesleben, Ricardo Fontes, Salim Schead dos Santos, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Jaime Ramos, Lédio Rosa de Andrade, João Henrique Blasi e Paulo Roberto Camargo Costa.

Florianópolis, 03 de agosto de 2012.

Raulino Jacó Brüning
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo atual Prefeito Municipal de Maracajá/SC, Sr. Wagner da Rosa, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 791/2009, que alterou as amplitudes de referência, ou seja, a variação do vencimento inicial, das categorias do quadro dos servidores daquele Município, majorando, significativamente, as remunerações.

Como demonstração inequívoca de seu argumento, apresentou tabela com a relação de todos os servidores municipais, estabelecendo quadro comparativo entre as duas situações e identificando o critério.

Destaca-se, por oportuno, parte da tabela apresentada (fl. 05):

Cargo	Gratificação	Hora Extra	Vencimento	Remuneração	Antiga	Nova	Novo Salário
Agente Comunitário de Saúde	-	318,61	720,59	1.039,20	1 a 6	10 a 17	1.055,00
Almoxarife	-	553,70	655,08	1.208,78	1 a 12	10 a 17	1.055,00
Auxiliar de Enfermagem	-	1.015,32	1.054,98	2.070,30	7 a 14	13 a 20	1.404,21
Carpinteiro	-	512,57	633,92	1.146,49	4 a 11	10 a 17	1.055,00
Contador	200,00	369,00	2.055,91	2.651,91	17 a 24	19 a 26	2.487,66
Eletricista	-	-	633,92	633,92	4 a 11	7 a 14	792,65
Merendeira	-	-	497,55	497,55	1	5 a 12	655,08
Motorista II	-	690,21	655,08	1.345,29	5	9 a 16	959,09
Operadores de Tratores Agrícola	-	326,37	576,30	902,67	3 a 10	10 a 17	1.055,00
Pedreiro	-	452,51	633,92	1.086,43	4 a 11	9 a 16	959,09
Pintor	-	-	576,30	576,30	3 a 10	7 a 14	792,65
Soldador	-	186,00	720,59	906,59	6 a 13	9 a 16	959,09
Vigia	-	131,35	497,55	628,90	1 a 7	6 a 13	720,59
Vigia	-	131,35	497,55	628,90	1 a 7	6 a 13	720,59

O Sr. Wagner da Rosa afirmou ter sido a norma atacada fruto de manobra política do Chefe do Executivo do Município à época, Sr. Prezalino Ramos Neto, no intuito de se promover à subsequente eleição para a prefeitura, a qual concorreu, não se sagrando, porém, vencedor. Justificou que a Lei Municipal n. 791/2009, ao realizar alterações na Lei Municipal n. 427/1997, aumentou gastos com pessoal em aproximadamente 46,3% (quarenta e seis vírgula três por cento), sem prévio estudo de estimativa do impacto orçamentário, em desacordo ao disposto no Plano Plurianual e na Lei de Diretrizes Orçamentárias, razão pela qual requereu a antecipação dos efeitos da tutela com suspensão da norma impugnada e, ao final, a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 791/2009, apontando ofensa ao artigo 118 da Constituição Estadual de Santa Catarina, *in verbis*:

> Art. 118. A despesa com pessoal ativo e inativo do Estado e de seus Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar federal.
>
> § 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, de empregos e funções, ou a alteração da estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:
>
> I - se houver prévia dotação orçamentária, suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; e
>
> II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

A Relatora que me antecedeu na análise do feito adotou o rito do artigo 12 da Lei Estadual n. 12.069/01 (fl. 125).

O Presidente da Câmara de Vereadores, Sr. Ivo Pedro Farias, ao prestar informações, asseverou que a lei em comento percorreu todos os trâmites legais, tendo sido aprovada por cinco votos a quatro (fls. 128/129).

Considerando que a norma impugnada fora defendida por meio das informações prestadas pelo ilustre Vereador, dispensou-se o pronunciamento da Procuradoria-Geral do Município de Maracajá (fl. 152).

O órgão do Ministério Público manifestou-se pela procedência da ação direta de inconstitucionalidade (fls. 154/164), apontando ofensa aos artigos 118 e 123 da Constituição Estadual de Santa Catarina.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo atual Prefeito Municipal de Maracajá, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 791/2009, que alterou as

amplitudes de referência das categorias do quadro dos servidores daquele Município.

Ab initio, faz-se necessário tecer um breve resgate histórico do cenário político do Município de Maracajá em momento anterior à aprovação da Lei Municipal n. 791/2009.

Segundo consta da inicial, o Prefeito e o Vice-Prefeito eleitos pelos munícipes de Maracajá para a gestão de 01 de janeiro de 2009 a 31 de dezembro de 2012, tiveram seus mandatos cassados por corrupção eleitoral. Afastados dos respectivos cargos, o Presidente da Câmara de Vereadores, Sr. Prezalino Ramos Neto, assumiu interinamente o Poder Executivo do Município.

Permanecendo transitoriamente no cargo de Prefeito, o Sr. Prezalino Ramos Neto enviou ao Poder Legislativo o Projeto de Lei n. 27/2009. Referido projeto restou aprovado em 21 de dezembro de 2009, transformando-se na Lei n. 791/2009, a qual alterou as amplitudes de referência do quadro dos servidores públicos municipais, majorando seus vencimentos em aproximadamente 46,3% (quarenta e seis vírgula três por cento).

Com a determinação do Tribunal Regional Eleitoral de que se realizasse eleição municipal extraordinária – ocorrida 167 (cento e sessenta e sete) dias após a promulgação da lei –, concorreu ao cargo o Sr. Prezalino Ramos Neto, sendo, contudo, vencido nas urnas pelo atual chefe do Executivo do Município, Sr. Wagner da Rosa.

De tudo quanto exposto, é de ser dado credibilidade às alegações de que a iniciativa do Projeto de Lei n. 27/2009 pelo Sr. Prezalino Ramos Neto teve intuito de autopromoção nas eleições de que futuramente participaria.

Tal fato, por si só, não inquina a norma de inconstitucionalidade. Sabe-se, porém, que, nos termos do art. 169, § 1.º, I e II, da Constituição

Federal, a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas, se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes, e autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias.

Em atenção ao princípio da simetria, tais disposições estão insculpidas no art. 118, § 1.º, I e II, da Constituição Estadual, *in verbis*:

> Art. 118. A despesa com pessoal ativo e inativo do Estado e de seus Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar federal.
>
> § 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, de empregos e funções, ou a alteração da estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:
>
> I - se houver prévia dotação orçamentária, suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; e
>
> II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Cumpre esclarecer, embora se constate infringência ao texto da Constituição Federal (art. 169, § 1.º, I e II), repetido pela Constituição Estadual (art. 118, § 1.º, I e II), não compete a este Tribunal de Justiça analisar ofensa a preceitos da lei maior, porquanto essa competência é afeta ao Supremo Tribunal Federal.

De toda sorte, analisando-se a constitucionalidade da Lei Municipal n. 791/2009 adstrita à Constituição Estadual, tem-se que o pedido merece guarida.

Sobre o tema, leciona Uadi Lammêgo Bulos:

> Diz-se que uma lei é formalmente inconstitucional quando é elaborada por um procedimento contrário à constituição, ou quando emana de órgão incompetente, ou, ainda, quando é criada em tempo proibido. (...)
>
> A *inconstitucionalidade formal propriamente dita* é aquela que contamina o procedimento de elaboração das espécies normativas pela inobservância dos pressupostos técnicos, exigidos para a feitura delas. (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 138)

Dos argumentos expostos na inicial pelo autor, de fato, é possível verificar-se afronta a preceito constitucional, haja vista que a razão principal da demanda relaciona-se à formalidade em que fora aprovada a Lei Estadual n. 791/2009, que possui a seguinte redação:

> Art. 1º Altera as amplitudes de referência constantes no Anexo II da Lei nº 427, de 07 de dezembro de 1997, das categorias funcionais abaixo relacionadas, conforme quadro abaixo:
>
> [...]
>
> Art. 2º O enquadramento para as novas amplitudes de referência, será baixado por ato próprio do Poder Executivo e em conformidade com o Estatuto dos Servidores Públicos.
>
> Art. 3º As despesas decorrentes da presente Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias.
>
> Art. 4º Esta Lei entra em vigor em 1º de janeiro de 2010.
>
> Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário.

Da simples leitura do dispositivo submetido a controle, chega-se facilmente à conclusão de que o preceito veicula regra ofensiva ao artigo 118, § 1.º, incisos I e II, da Constituição Estadual.

A norma inquinada de inconstitucional garantiu um aumento de 46,3% (quarenta e seis vírgula três por cento) na remuneração de todos os servidores municipais, sem qualquer previsão na Lei Orçamentária

Anual, por meio da qual o Administrador tem o dever e a responsabilidade de demonstrar aos cidadãos, antecipadamente, o modo com que será distribuída a receita dos cofres públicos.

Atentando-se ao objeto da presente ação, houve inequívoca falha no Processo Legislativo da Lei n. 791/2009, verificando-se a ocorrência de confronto direto, de ordem formal, com o disposto na Constituição Estadual, na medida em que, para a concessão de aumento aos servidores, conforme já assentado, seria necessária prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal – e aos acréscimos dela decorrentes –, e autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias.

A geração de gastos com pessoal sujeita-se a uma série de restrições justamente em razão de seu caráter permanente, dir-se-ia até perpétuo, haja vista a gama de direitos subjetivos oponíveis pelo beneficiário, a saber: remuneração, proventos e pensão. Destarte, tais gastos devem ser planejados cuidadosamente, com análise específica de seus reflexos a curto, médio e longo prazos.

À revelia do senso comum e da legalidade, porém, constata-se, pelas informações prestadas pela Câmara de Vereadores de Maracajá (fls. 128/139), ausência de qualquer estudo ou cálculos que comprovassem a regularidade de empenho suficiente, tampouco compatibilidade com as leis orçamentárias do Município.

Ressalta-se que, mesmo diante do parecer favorável da Comissão de Finanças, Contas e Orçamento (fl. 133), não se verifica ter aportado na Câmara Municipal o estudo de impacto financeiro decorrente da lei objurgada – consoante exigência da Lei de Responsabilidade Fiscal. Tampouco veio aos autos a Lei Orçamentária Anual do ano de 2009.

Porque oportuno, destaca-se trecho da ata da sessão extraordinária na qual se aprovou a Lei n. 791/2009 (fls. 137/138):

> Vereador Senhor Geraldo Leandro: [...] devemos deixar bem claro para a população saber que vai ser um aumento real, [...] então estaremos dando uma(*sic*) aumento real, digamos que irá aumentar R$ 5.000,00 reais, isso é ilusório, porque o pessoal esta recebendo hora extra, gratificação, então eu quero que tenham em mente que terão um aumento bem significativo, agente(*sic*) hora(*sic*) não tem números na mão. Assessor Jurídico Marcos: só para complementar Verador Geraldo, o comprometimento da folha de pagamento vai passar de 44,33% para 45,05% não aumenta nem 1 ponto percentual, o limite seria de 54%, e limite tolerado 52% [...] Assessor Jurídico Marcos: Não sei como está sendo pago, porque esta é uma informação que tem que ser prestado(*sic*) pelo executivo, [...] até porque nós não temos posso(*sic*) desses dados, tipo folha de pagamento, hora extra.

Do exposto, é indubitável que os Vereadores estavam cientes de que o Projeto de Lei acarretaria aumento de despesa, nada obstante, desprovidos de qualquer estudo que comprovasse a compatibilidade dos novos gastos com as leis orçamentárias e a origem dos recursos utilizados para cumprimento da nova lei, esta restou aprovada por maioria de votos.

Sobre o tema, nossa Corte de Justiça, em casos análogos, já reconheceu a inconstitucionalidade de outras normas pelos mesmos fundamentos apresentados, veja-se:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N. 12/2005. PLANO DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA. SERVIDOR MUNICIPAL. *AUMENTO DE DESPESA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA. OFENSA AO ART. 118, PARÁGRAFO ÚNICO, I E II, DA CARTA ESTADUAL.* PRECEDENTES DESTA CORTE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Viola o disposto no parágrafo único do art. 118 da Constituição Estadual, a inobservância da exigência de prévia e suficiente dotação orçamentária para atender às projeções de despesa de pessoal em razão da demissão incentivada. (TJSC, ADIn n. 2006.032270-8, de Ponte Serrada. Relator: Des. Rui Fortes. Data: 01/12/2009) (Grifo acrescido)

E ainda:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. [...] LEI COMPLEMENTAR QUE ESTABELECEU O PLANO DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA DE SERVIDOR MUNICIPAL. *AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. AUMENTO DA DESPESA PÚBLICA CARACTERIZADA. OFENSA AO ART. 118, § 1º, INCISOS I E II DA CESC.* VÍCIO MATERIAL RECONHECIDO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. Nos termos do art. 118, §1º, incisos I e II, da CESC o aumento de despesa relativo aos servidores municipais depende de prévio orçamento, a ser elaborado em conformidade com as normas de regência, culminando em sua previsibilidade na Lei de Diretrizes Orçamentárias do ano em que se pretende incluir esses valores, o que não foi feito, padecendo, a norma analisada, de inconstitucionalidade material, a ser reconhecida por essa Corte de Justiça. (TJSC, ADIn n. 2010.021489-9, de Curitibanos. Relator: Des. José Volpato de Souza. Data: 20/10/2010) (Grifo acrescido)

Assim, indubitável que, nos termos do art. 118, § 1.º, incisos I e II, da Constituição do Estado de Santa Catarina, o aumento de despesa relativo aos servidores municipais dependeria de prévia previsão no orçamento, a ser elaborada em conformidade com as normas de regência e em obediência à Lei de Responsabilidade Fiscal (estudo de impacto financeiro e outros) e, *in casu*, consoante demonstrado, tal comando legal não restou observado, razão pela qual é der ser declarada a inconstitucionalidade formal da Lei n. 791/2009.

À vista do exposto, o voto é no sentido de dar provimento ao pedido, a fim de declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 791/2009, do Município de Maracajá.

Este é o voto.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA

Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2012.023177-4, da Capital

Relator: Des. Jaime Ramos

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO MUNICIPAL DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS POR MEIO DE TAXÍMETRO (TÁXI) – PARTICIPAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DE SERVIDOR OU EMPREGADO PÚBLICO NÃO VINCULADO AO PERMITENTE – POSSIBILIDADE – CUMULAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO PERMITIDO COM CARGO, FUNÇÃO OU EMPREGO PÚBLICO – ADMISSIBILIDADE QUANDO NÃO HOUVER PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL OU LEGAL – INAPLICABILIDADE DA VEDAÇÃO CONTIDA NOS INCISOS XVI E XVII DO ART. 37, DA CF/1988 – DIREITO À PERMISSÃO.

O serviço público municipal de transporte individual de passageiros, por meio de taxímetro (táxi), prestado por particular sob permissão do Poder Público, pessoalmente ou por intermédio de condutor auxiliar indicado pelo permissionário, não se confunde com cargo, função ou emprego público, razão pela qual a acumulação daquela atividade com cargo, função ou emprego público exercido em administração diversa da do permitente, não se insere na vedação prevista no art. 37, incisos XVI e XVII, da

> Constituição da República, até porque o serviço público municipal de táxi não é remunerado pela Administração Pública e sim por tarifa paga pelo usuário.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2012.023177-4, da Comarca da Capital, em que são apelantes o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e outro, e apelado Mauro Luis Paim Martins:

O Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por votação unânime, negar provimento aos recursos e à remessa oficial. Custas na forma da lei.

Do julgamento realizado em 12 de setembro de 2012, presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Pedro Manoel Abreu, participaram os Exmos. Srs. Desembargadores João Henrique Blasi, Jorge Luiz de Borba, Carlos Adilson da Silva, Guilherme Nunes Born, Pedro Manoel Abreu, Newton Trisotto, Nelson Schaefer Martins, José Volpato de Souza e Cid Goulart.

Florianópolis, 12 de setembro de 2012.

Jaime Ramos
RELATOR

RELATÓRIO

Na Comarca da Capital, Mauro Luis Paim Martins impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Secretário de Transportes, Mobilidade e Terminais, aduzindo que participou da Concorrência Pública n. 001/2010-SMTMT, para outorga de permissão de serviço público de transporte individual, por táxi, obtendo a 94ª colocação; que,

no entanto, em 11/02/2011, o impetrado se negou a formalizar o contrato de permissão porque o impetrante é servidor público celetista; que a decisão está sustentada em recomendação da 31ª Promotoria de Justiça, da Comarca da Capital (Inquérito Civil Público n. 06.2010.003319-6); que o edital da licitação exigia declaração de incompatibilidade profissional, mas tal exigência foi posteriormente suprimida, porque não estava prevista na Lei Complementar Municipal n. 085, de 11/9/2001; que não se aplica a incompatibilidade prevista nos incisos XVI e XVII do art. 37, da Constituição Federal de 1988, porque a atividade de táxi não se enquadra nas definições técnico-legais de cargo, emprego ou função pública e, além disso, não é remunerada pelos cofres públicos.

Pleiteou medida liminar, a ser confirmada ao final, para determinar que o impetrado firme o contrato de permissão do ponto de táxi escolhido, com a consequente anulação do ato impugnado.

Deferida a liminar, o impetrado prestou informações dizendo que o Município, por força do disposto no art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição da República, e da manifestação do Ministério Público Estadual, não está autorizado a celebrar contratos com servidores ou empregados públicos para a exploração do serviço público de táxi; que os serviços de táxi caracterizam-se como função pública, daí porque não pode haver acumulação de cargo, emprego ou função pública; que, sendo assim, não há direito líquido e certo a ser amparado pelo mandado de segurança.

Com manifestação do Ministério Público de Primeiro Grau, e comunicação de interposição de agravo de instrumento contra a concessão da liminar, o MM. Juiz sentenciou, decidindo conceder a segurança pleiteada "para determinar que o impetrado "concerte com o impetrante a contratação que faz jus em decorrência da adjudicação do objeto licitado, desde que outra circunstância legal não a impeça".

Diante do julgamento do "mandamus", julgou-se prejudicado Agravo de Instrumento n. 2011.030999-5. (art. 557 do Código de Processo Civil).

Inconformado, o Ministério Público apelou alegando que é vedada a acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas (art. 37, incisos XVI e XVII, da CF/1988) com função pública delegada; que, ainda que o edital tenha suprimido o Anexo III - Declaração de Incompatibilidade Profissional à Condição de Permissionário –, e a Lei Complementar Municipal n. 085/2001 não faça tal exigência, é suficiente o que determina o art. 37, incisos XVI e XVII, da Carta Magna; que, embora tenha ocorrido a supressão do Anexo III, não cessou o impedimento de servidor público participar da licitação, em virtude do disposto no item 10.1, alínea "h", do Edital; que a impossibilidade de cumulação de cargos, empregos e funções públicas com funções delegadas também encontra amparo nos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência, com o intuito de impedir que um mesmo cidadão ocupe vários lugares ou exerça várias funções sem que as possa desempenhar profissionalmente com a necessária eficiência; que, dentre as obrigações ditadas pela LCM n. 085/2001 (art. 26) está a definição de escalas de serviço a fim de que se mantenha o atendimento normal e ininterrupto, inclusive nos períodos noturnos, aos sábados, domingos e feriados, com no mínimo 50% da frota; que, o art. 26, inciso IX, da LCM n. 085/2001, determina, ainda, que não se pode ceder ou transferir, a que título for, a permissão outorgada ou a "licença de tráfego" do veículo, exceto nos casos previstos em lei; que, tendo em vista que o serviço de táxi exige uma carga horária rigorosa e deve ser prestado pessoalmente pelo permissionário, é necessário que ele esteja suficientemente descansado para garantir não só a boa execução do serviço, mas também a segurança dos usuários.

O Município também apelou sustentado que é impossível a acumulação de cargos, empregos e funções públicas; que a concessão da segurança daria ao servidor público a possibilidade de ocupar duas funções públicas

remuneradas fora das exceções previstas pelo inciso XVI do art. 37, da Constituição Federal.

Com as contrarrazões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, perante a qual a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Basílio Elias de Caro, que opinou pelo não provimento dos recursos.

A Quarta Câmara de Direito Público, entendendo haver relevante questão de direito a ser dirimida, houve por bem suspender o julgamento e, nos termos do art. 555, § 1º, do Código de Processo Civil, submeter a matéria a julgamento pelo Grupo de Câmaras de Direito Público, a fim de prevenir divergência jurisprudencial para julgamentos futuros.

VOTO

Trata-se de matéria submetida à apreciação deste Grupo de Câmaras de Direito Público, com fundamento no art. 555, § 1º, do Código de Processo Civil, a fim de prevenir divergência jurisprudencial para os julgamentos futuros, especialmente em relação à possibilidade ou não de a Administração Pública permitir que o ocupante de cargo, função ou emprego público, mediante licitação, explore, por meio de táxi, o serviço público municipal de transporte individual de passageiros.

1. A Constituição da República garante o livre "exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendias as qualificações profissionais que a lei estabelecer" (art. 5º, inciso XIII).

É evidente que, em se tratando de serviço público, o exercício dele depende da qualificação e aprovação do interessado em processo de licitação.

Acerca da prestação de serviços públicos sob o regime de concessão ou permissão, a Carta Magna estabelece o seguinte:

"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".

A Lei Federal n. 8.987, de 13/02/1995, dispondo sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175, da Carta Magna, preconiza:

"Art. 1º - As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

"Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.

"Art. 2º - Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

"I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

"II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

"[...]

"IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

"Art. 3º - As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários.

"[...]

"Art. 5º - O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

"Art. 6º - Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

"§ 1º - Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas [...]".

O Município de Florianópolis, a quem compete, nos termos do art. 30, da Constituição Federal, "legislar sobre assuntos de interesse local" (inciso I), e "suplementar a legislação federal e a estadual no que couber" (inciso II), bem como "organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial" (inciso V), editou a Lei Complementar n. 85, de 11/09/2001, segundo a qual "o serviço de Táxi no Município de Florianópolis reger-se-á pelas disposições desta Lei, de Decretos regulamentares e através de normas complementares expedidas pelo Órgão Gestor de Transportes" (art. 1º); e "será administrado pela

Prefeitura Municipal de Florianópolis, através do seu Órgão Gestor, com a competência de planejar, controlar, fiscalizar e delegar a prestação do serviço mediante permissão" (parágrafo único do art. 1º); considerando-se como permissão o "ato administrativo pelo qual a Prefeitura Municipal através do seu Órgão Gestor, delega a terceiros, por intermédio de licitação, a execução do serviço público de táxi, nas condições estabelecidas nesta Lei" (inciso XV do art. 2º).

HELY LOPES MEIRELLES ensina que "a Constituição Federal dispõe expressamente que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, a prestação de serviços públicos. Dessa forma, a lei disporá sobre o regime de delegação, os direitos dos usuários, a política tarifária, a obrigação de manter serviço adequado e as reclamações relativas à prestação (arts. 175, parágrafo único, e 37, § 3º). A Constituição insere, ainda, o conceito de serviço relevante, como o de saúde (art. 197). Atendendo a essa orientação, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) considera como direito básico do usuário a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral (art. 6º) e, em complemento, obriga o Poder Público ou seus delegados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e contínuos, dispondo sobre os meios para o cumprimento daquelas obrigações e a reparação dos danos (art. 22 e parágrafo único)" (Direito administrativo brasileiro. 37. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 363/364).

Os serviços permitidos, na lição de HELY LOPES MEIRELLES, "são todos aqueles em que a Administração estabelece os requisitos para sua prestação ao público e, por ato unilateral (termo de permissão), comete a execução aos particulares que demonstrem capacidade para seu desempenho [...].

"A *permissão* é, em princípio, discricionária e precária, mas admite condições e prazos para exploração do serviço, a fim de garantir rentabili-

dade e assegurar a recuperação do investimento do permissionário visando a atrair a iniciativa privada.

"[...]

"O serviço permitido é executado em nome do permissionário, por sua conta e risco, mas sempre nas condições e com os requisitos preestabelecidos pela Administração permitente, que o controla em toda sua execução, podendo nele intervir quando prestado inadequadamente aos usuários" (Direito administrativo brasileiro. 37. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 442/443).

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ensina que a "permissão de serviço público, segundo conceito tradicionalmente acolhido na doutrina, é o ato unilateral e precário, *intuitu personae*, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários. Dita outorga se faz por licitação (art. 175 da Constituição Federal) e pode ser gratuita ou onerosa, isto é, exigindo-se do permissionário pagamento(s) como contraprestação.

"Nos termos da Lei 8.987, a permissão assujeita-se às disposições deste diploma (parágrafo único do art. 40)" (Curso de Direito Administrativo. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 767).

A permissão de serviço público, para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "é, tradicionalmente, considerada ato unilateral, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de um serviço público, para que o exerça em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário" (Direito administrativo. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 304).

Portanto, de acordo com a Constituição Federal, a legislação infraconstitucional e a doutrina, os serviços públicos poderão ser prestados, na

forma da lei, diretamente pelo Poder Público ou sob o regime de concessão ou permissão, mediante processo licitatório.

A permissão, como se viu, é caracterizada por ato da Administração Pública que transfere ao particular, vencedor da licitação, a execução de um serviço público que será realizado em nome e por conta e risco do prestador, e remunerado por tarifa paga pelo usuário.

2. A prova dos autos dá conta de que o Município de Florianópolis, no dia 26/03/2010, expediu o Edital de Licitação (Concorrência Pública n. 001/2010 – SMTMT), com o objetivo de selecionar pessoas físicas, às quais, por meio de permissões (200 permissões), seria delegada a execução do serviço público de transporte individual pela modalidade de taxímetro (táxi).

O impetrante/apelado, que é empregado público da Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – INFRAERO –, e exerce suas atividades no Aeroporto Internacional de Florianópolis, conforme demonstra o Contrato de Trabalho firmado em 20/10/2010, participou do processo seletivo e foi classificado na licitação em 81º lugar, e em 94º na ordem de chamada, motivo pelo qual optou pelo ponto de táxi denominado "Ingleses (Angeloni/Praiatur)" (fl. 79).

Não obstante, o contrato administrativo relativo à permissão não foi assinado porque, de acordo com o entendimento do Município de Florianópolis e do Ministério Público Estadual, os incisos XVI e XVII do art. 37, da Constituição da República, vedam a acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas com função/serviço público delegado e, por isso, não se pode outorgar ao ocupante de cargo, função ou emprego público, a permissão para explorar o serviço público municipal de transporte de passageiros pelo sistema de táxi.

O impetrante/apelado, por sua vez, alega que, no caso concreto, não se aplica a incompatibilidade prevista nos incisos XVI e XVII do art. 37,

da Constituição Federal, porque o serviço público de táxi não se enquadra nas definições técnico-legais de cargo, emprego ou função pública e, além disso, não é remunerado pelos cofres públicos.

Razão não assiste aos apelantes.

Registre-se, inicialmente, que a Lei Federal n. 8.666, de 21/06/1993 (Lei das Licitações), considera "servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público" (art. 84, "caput"); e equipara "a servidor público, para fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público" (§ 1º do art. 84).

Impende enfatizar, também, que a Lei Complementar Municipal n. 085, de 11/09/2001, do Município de Florianópolis, que dispõe sobre a prestação do serviço público municipal de táxi, não veda a participação de servidor público, empregado público ou detentor de função pública no processo licitatório, nem a outorga da permissão para a exploração do referido serviço público.

Aliás, acerca da inexistência de impedimento quanto à participação, na licitação, de ocupante de cargo, função ou emprego público, o próprio Ministério Público confessa que "ainda que o Edital tenha suprimido o Anexo III – Declaração de Incompatibilidade Profissional à Condição de Permissionário –, e a Lei Complementar n. 085/2001 não faça tal exigência, basta o que dispõe o artigo 37, incisos XVI e XVII, da Constituição Federal" (fl. 147).

É verdade que o disposto no subitem 10.1, alínea "h", do edital (Concorrência Pública n. 001/2010 – SMTMT), referido pelo Município e pelo Ministério Público, exige que "os licitantes classificados na prova escrita deverão apresentar no Envelope n. 01 (habilitação) os seguintes

documentos: [...] h) Declaração de Inexistência de Superveniência de Fato Impeditivo a sua participação na licitação, conforme anexo VII deste Edital" (fl. 51).

Contudo, o fato superveniente capaz de impedir que o candidato continue participando da licitação, ou que não lhe seja permitida a exploração do serviço público, não tem qualquer relação com a circunstância de o candidato, no curso do processo licitatório, ter assumido o exercício de cargo ou função pública, ou de ter sido admitido para ocupar emprego público, sobretudo porque o subitem 4.1., do edital, determina que "poderão participar da presente licitação todas as pessoas físicas que satisfaçam, integralmente, as condições estabelecidas no presente edital".

De outro lado, o edital expressamente determina que não podem participar da licitação as pessoas indicadas nos subitens 4.2 e 4.3, assim redigidos:

"4.2. É vedada, nesta licitação, a participação de atuais permissionários de transporte de passageiros ou de qualquer Serviço Público ou de interesse Público Federal, Estadual ou Municipal.

"4.3. Não será admitida a participação de licitante ex-permissionário ou ex-condutor auxiliar que teve sua permissão ou registro de condutor cassado, salvo se cumpridas as exigências de reabilitação".

Vê-se, portanto, que o edital de licitação, a exemplo da Lei Complementar Municipal n. 085/2001, não proíbe o ocupante de cargo ou função pública, nem o empregado público de participar da licitação, motivo pelo qual, com fundamento nas normas do edital e da legislação municipal que rege a matéria, o concorrente não pode ser alijado do certame.

De igual modo, as vedações previstas no art. 9º, da Lei Federal n. 8.666, de 21/06/1993, que regulamentou o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e instituiu normas para licitações e contratos da

Administração Pública, não se aplicam ao servidor público, empregado público ou detentor de função pública que não estejam vinculados ou que não pertençam ao quadro de pessoal do licitante.

O dispositivo legal está assim redigido:

"Art. 9º - Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

"I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

"II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

"III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

"§ 1º - É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.

"§ 2º - O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

"§ 3º - Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

"§ 4º - O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação".

Ora, o que a norma legal veda é a participação, direta ou indireta, daquele que exerce cargo, função ou emprego público, ou que seja dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação, o que não é a hipótese dos autos porque o objeto da licitação é o serviço público municipal de transporte de passageiro, por meio de táxi, e o candidato/participante é empregado de empresa pública da União e não do Município de Florianópolis.

MARÇAL JUSTEN FILHO, acerca do impedimento do servidor público, anotou:

"Também não podem participar da licitação o servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. Também se proíbe a participação de empresas cujos sócios, administradores, empregados, controladores etc., sejam servidores ou dirigentes dos órgãos contratantes. Essa vedação reporta-se ao princípio da moralidade, sendo pressuposto necessário da lisura da licitação e contratação administrativas. A caracterização da participação indireta contida no § 3º aplica-se igualmente aos servidores e dirigentes do órgão.

"Há precedente esclarecedor, oriundo do TCU, sobre o tema. No voto do Relator, foi incorporado trecho bastante elucidativo sobre a interpretação adequada do art. 9º. Sustentava-se a ausência de impedimento se o servidor público não dispusesse de condições para interferir sobre o destino da licitação. O raciocínio foi rejeitado mediante a afirmação que o deslinde da questão 'não passa pela avaliação de saber se os servidores ... detinham ou não informações privilegiadas .... basta que o interessado seja servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante para que esteja impedido de participar, direta ou indiretamente, de licitação por ele realizada' (Decisão n. 133/1997, Plenário, rel. Min. Bento José Bulgarin).

"Em outra ocasião, o mesmo TCU firmou entendimento no sentido de que, apesar de o sujeito 'não ocupar cargo público ou função de confiança, ao representar o MinC como dirigente de um programa do Ministério, passou a exercer o múnus público que o obrigava a atuar de acordo com o interesse público e, consequentemente, o impedia de contratar com a Administração pública' (Acórdão n. 601/2003, Plenário, rel. Min Augusto Sherman Cavalcanti).

"Esse impedimento atinge até mesmo o servidor que esteja licenciado.

"*Jurisprudência do STJ*

"'o fato de o servidor citado estar licenciado, à época da licitação, é irrelevante porque não deixou ele de ser funcionário da ...., de ter vínculo com esta. Atenta contra o princípio da moralidade pública admitir a participação de servidor licenciado da administração, em licitação. Com isso, estaria sendo atingido o princípio da igualdade que deve imperar no certame. É verdade que o artigo 84, *caput* da mencionada norma legal [Lei 8.666/93], considera como servidor público aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público, mas isso não quer dizer que o servidor licenciado deixe de ser servidor, porque ele continua vinculado à administração. Seu contrato de trabalho está apenas interrompido ou suspenso, mas em vigor' (Resp n. 254.115/SP, 1ª T., rel. Min. Garcia Vieira, j. em 20.06.2000, DJ de 14.08.2000)" (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14. ed., São Paulo: Dialética, 2010, p. 166/167).

Então, como se viu, a Lei Federal n. 8.666/1993 (Lei das Licitações), em respeito ao princípio constitucional da moralidade administrativa (art. 37, "caput", da Constituição Federal de 1988), veda a participação, direta ou indireta, na licitação ou na execução da obra ou serviço, do dirigente e do ocupante de cargo, emprego ou função pública do órgão ou entidade

contratante ou responsável pela licitação, o que não se aplica ao empregado público da Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – INFRAERO –, vinculada à Secretaria da Aviação Civil, Órgão da União, porque a licitação foi realizada pelo Município de Florianópolis e não pela Empresa Pública empregadora.

Portanto, a Lei Federal n. 8.666/1993, a Lei Municipal n. 085/2001, e as normas editalícias não vedam a participação do empregado de empresa pública federal, no processo de licitação destinado a execução do serviço público municipal de transporte individual, por meio de táxi e, via de consequência, não afastam, no caso de ser selecionado, o direito à permissão.

4. A controvérsia, então, se restringe a saber se a acumulação de cargo, função ou emprego público com a permissão para a exploração do serviço público municipal de transporte individual, por meio de táxi, é vedada pelos incisos XVI e XVII do art. 37, da Carta Magna (art. 24, "caput", e parágrafo único, da CE/1989).

Os incisos XVI e XVII do art. 37, da Constituição da República, que, segundo os apelantes, impediriam a Administração Pública de delegar ao empregado público, mediante permissão, a prestação do serviço público de transporte de passageiro (táxi), têm a seguinte redação, respectivamente:

"Art. 37 - [...]

"XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI.

"a) a de dois cargos de professor;

"b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

"c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

"XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público".

Na lição de HELY LOPES MEIRELLES o "*Cargo público* é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei. *Função* é a atribuição ou conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais, sendo comumente remunerada através de *pro labore*" (Direito administrativo brasileiro. 37. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 459/460).

Os empregos públicos, na ensinança de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes *contratados* para desempenhá-los, sob relação trabalhista, como, aliás, prevê a Lei 9.962, de 22.2.2000. Embora se trate de lei volvida à Administração federal, este conceito, parece-nos, é aplicável a todas as esferas de governo. Quando se trate de empregos permanentes na Administração direta ou em autarquia, só podem ser criados por lei, como resulta do art. 61, § 1º, II, 'a'.

"Sujeitam-se a uma disciplina jurídica que, embora sofra *inevitáveis influências advindas da natureza governamental da contratante*, basicamente, é a que se aplica aos contratos trabalhistas em geral; portanto, a *prevista na Consolidação das Leis do Trabalho*.

"Nas *pessoas de Direito Público* (União, Estados, Municípios, Distrito Federal e em suas Administrações indiretas, as respectivas autarquias e fundações de Direito Público) tanto há servidores titulares de cargos quanto servidores ocupantes de empregos. Nas pessoas de Direito Privado

da Administração indireta, isto é, nas empresas públicas e sociedades de economia mista e fundações governamentais de Direito Privado, só há empregos" (Curso de Direito Administrativo. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 255/256).

DIOGENES GASPARINI diz que "cargo público é o menor centro hierarquizado de competências Administração direta, autárquica e fundacional pública, criado por lei ou resolução, com denominação própria e número certo.

"[...]

"O cargo não se confunde com a *função*, embora todo cargo tenha função. Esta é, apenas, a atribuição ou rol de atribuições cometido a determinado agente público para a execução de serviços eventuais ou transitórios, sob o regime celetista, tais como os que justificam a contratação dos agentes temporários (art. 37, IX, da CF). [...] Também não se confunde com *função de confiança*, que, nos termos do art. 37, V, da Constituição Federal, são centros unitários com atribuições de direção, chefia e assessoramento, criados por lei e titularizáveis por servidores públicos ocupantes de cargos efetivos e da confiança da autoridade com poderes de nomeação [...].

"Tampouco se confunde com *emprego público*. Este é o trabalho, o ofício, exercido por um servidor em caráter permanente, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho. A diferença entre função e emprego público está na duração do desempenho, isto é, naquela é temporário, neste é permanente" (Direito administrativo. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 265/266).

As funções públicas, como leciona CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "são plexos unitários de atribuições, criados por lei, correspondentes a encargos de direção, chefia ou assessoramento, a serem exercidas por *titular de cargo efetivo*, da confiança da autoridade que as preencher (art. 37, V, da Constituição)" (Curso de Direito Administrativo. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 255).

As lições doutrinárias transcritas deixam bastante claro que cargos, empregos e funções públicas são institutos absolutamente distintos.

De sua parte, o serviço público municipal de transporte individual de passageiro por meio de taxímetro (táxi), pode ser inserido no conceito de serviços de utilidade pública que, na ensinança de HELY LOPES MEIRELLES, "são os que a Administração, reconhecendo sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários), nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários. São exemplos dessa modalidade os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, gás, telefone.

"[...] o serviço objetiva *facilitar a vida do indivíduo na coletividade*, pondo à sua disposição utilidades que lhe proporcionarão mais conforto e bem- estar" (Direito administrativo brasileiro. 37. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 366/367).

DIOGENES GASPARINI lembra que "entre os serviços municipais destacam-se os de transporte de passageiros, por meio de ônibus ou táxis, que se realizam no interior do território municipal [...]" (Direito administrativo. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 298).

Então, não há dúvida alguma de que o transporte de passageiros, por meio de táxi, é um serviço público municipal explorado pelo permissionário, por sua conta e risco, pessoalmente ou por meio de motorista por ele indicado, remunerado por tarifa paga pelos usuários (art. 22, da LCM n. 085/2001) e não pelo erário, mas sempre em conformidade com as normas de Direito Público que disciplinam a matéria e sob o controle do Poder Público que o delegou.

Mas o serviço público municipal de táxi, cuja prestação é delegada ao particular com permissão do Poder Público, não se confunde com cargo ou emprego público, nem com função pública, razão pela qual a acumulação

daquela atividade com o exercício de cargo, função ou emprego público não se insere na vedação prevista no art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição da República (art. 24, "caput", e parágrafo único, da CE/1989), mormente porque o serviço público municipal de táxi não é remunerado pela administração Pública e sim por tarifa paga pelo usuário. Logo, não há indevida acumulação de remunerações pagas com recursos públicos.

Aliás, como ensina MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "é importante assinalar que a vedação só existe quando ambos os cargos, empregos ou funções forem remunerados" (Direito administrativo. 24. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 566), o que não ocorre com o exercício de cargo, emprego ou função pública, remunerados pelo Poder Público, e o serviço público municipal de transporte de passageiro, por meio de táxi, que é custeado por tarifa paga pelo usuário.

MARÇAL JUSTEN FILHO, tecendo comentários acerca da acumulação de cargos públicos, anotou:

"A titularidade do cargo público apresenta cunho profissional, na acepção de impor ao indivíduo dedicação e exclusividade. Como regra, aquele que assumir um cargo público não poderá exercitar outra profissão ou atividade formal, pública ou privada.

"No entanto, as circunstâncias são variáveis em vista da natureza da atribuição inerente ao cargo. Em inúmeros casos, é do interesse administrativo que o sujeito não apenas desempenhe as atividades funcionais, mas também mantenha contato com as peculiaridades externas à Administração Pública. Em outras situações, trata-se da possibilidade material de compatibilizar o desempenho das atribuições inerentes a mais de um cargo público.

"Existem regras gerais que se aplicam em conjunto com as específicas para cada cargo público, quando se trata da questão da acumulação de cargos e atividades" (Curso de Direito Administrativo. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 760).

O mesmo administrativista, discorrendo sobre "*A incompatibilidade entre o exercício do cargo e qualquer outra atividade*" registrou:

"É necessário verificar se a natureza das atividades, horários de exercício e outras circunstâncias inerentes ao cargo, impõem, explícita ou implicitamente, a dedicação exclusiva do sujeito.

"Em muitos casos, a dedicação exclusiva não é obrigatória, mas é fundamento para benefícios salariais.

"Em tais hipóteses, é vedado ao servidor dedicar seus préstimos, de modo profissional, a qualquer outra atividade que não se integre nas atribuições do cargo ocupado. Quando existente a imposição de dedicação exclusiva, será proibido o exercício de qualquer outra atividade remunerada. Mas daí não segue que atividades não remuneradas estariam automaticamente admitidas.

"Mesmo atividades não remuneradas serão proibidas quando (a) o tempo necessário ao seu desempenho comprometer o exercício satisfatório das atribuições inerentes ao cargo ou (b) caracterizar-se conflito de interesses.

"Esta última alternativa ocorre quando a atividade estranha ao cargo for apta a produzir interesses incompatíveis com o desempenho imparcial e satisfatório da atividade inerente ao cargo. O conflito de interesses conduziria à frustração do princípio da impessoalidade, dando oportunidade ao exercício indevido das atribuições inerentes ao cargo.

"[...] *A impossibilidade de acumulação do cargo com a atividade privada*

"Se as características do cargo e da atividade privada forem compatíveis entre si, poderá admitir-se a acumulação do seu desempenho. Mas dever-se-á, sempre, dar preferência ao cargo público. Isso significa que o sujeito deverá respeitar as regras pertinentes ao desempenho do cargo, dedicando-se à atividade privada fora das repartições e dos horários próprios da função pública.

"A atividade privada apenas será admitida se não acarretar prejuízo à atividade própria do cargo público" (Curso de Direito Administrativo. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 761).

Portanto, observada a natureza, os horários e outras circunstâncias relativas ao cargo, emprego ou função, é possível a acumulação com outra atividade, sem que isso implique ofensa aos incisos XVI e XVII do art. 37, da Constituição Federal.

Isso porque, como adverte HELY LOPES MEIRELLES, "a proibição de acumular, sendo uma restrição de direito, não pode ser interpretada ampliativamente" (Direito administrativo brasileiro. 37. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 487), ou seja, se o texto constitucional não disse que o ocupante de cargo, emprego ou função pública não pode ser também permissionário de serviço público (acumulando o exercício de um daqueles com as atividades deste), é evidente que o interprete não poderá dar aos incisos XVI e XVII do art. 37, da Carta Magna, o alcance que o constituinte não previu.

É verdade que a Lei Federal n. 8.112, de 11/12/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, no inciso XVIII do art. 117, veda o exercício de "quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho".

No entanto, essa norma não é aplicável ao impetrante/apelado.

Primeiro porque ele não exerce cargo ou função pública, mas ocupa emprego público e, por isso, é submetido às normas da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e não ao regime estatutário.

Em segundo lugar porque, segundo o Estatuto, a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - Infraero, é uma "empresa pública instituída nos termos da Lei n. 5.862, de 12 dezembro de 1972, organizada sob a forma de sociedade anônima, com personalidade jurídica de direito

privado, patrimônio próprio, autonomia administrativa e financeira, vinculada à Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República (SAC-PR), reger-se-á pela legislação federal aplicável e por este Estatuto Social" (art. 1º), e os seus empregados "obedecem ao regime da legislação trabalhista e às normas consignadas no seu Regulamento de Pessoal" (art. 40).

E no Regulamento de Pessoal da Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – INFRAERO –, está bem claro que "o regime jurídico que disciplina as relações entre a Infraero e os seus empregados obedece às disposições da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), legislação complementar específica e práticas de administração de pessoa, bem como este Regulamento e outras normas internas expedidas pela Diretoria da empresa" (www.infraero.gov.br).

A submissão das empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime trabalhista, para regular as relações entre elas e seus empregados, encontra suporte no art. 173, inciso II, da Constituição Federal de 1988, que determina "a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários".

Terceiro porque, ainda que o disposto no art. 117, inciso XVIII, da Lei Federal n. 8.112/1990 se aplicasse ao impetrante/apelado, a Lei Complementar Municipal n. 085/2001 permite que o serviço público municipal de transporte de passageiro, por meio de táxi, seja executado pelo condutor auxiliar indicado pelo permissionário (art. 12, § 2º), ou seja, ele tem a titularidade da permissão, mas o serviço público será realizado pelo condutor auxiliar que ele indicar ao Poder Público permissor e, por isso, a vedação não impede a participação na licitação, nem o direito à permissão.

Como se disse, a Lei Complementar Municipal n. 085/2001, estabelece que "o Cadastro de Condutor será constituído pelas seguintes categorias: I – Condutor Permissionário; II – Conduto Auxiliar" (art. 12), e que "o vencedor do processo de Licitação será denominado Condutor

Permissionário, e será identificado no Contrato de Adesão de que trata o art. 9º, desta Lei" (§ 1º do art. 12), e que "o Condutor Auxiliar será aquele indicado pelo Condutor Permissionário para prestar os serviços relativos à Permissão" (§ 2º do art. 12).

Desse modo, se o condutor permissionário pode indicar condutor auxiliar para prestar os serviços referentes à permissão (exploração do serviço público municipal de transporte de passageiro, por meio de táxi), a circunstância de ser empregado público, em princípio, não causa nenhum prejuízo à eficiência e à continuidade da prestação do serviço de que trata a permissão, o que afasta a alegação de que não seria possível cumprir o que determina o art. 26, incisos VIII e IX, da Lei Complementar Municipal n. 085/2001, que obrigam o permissionário, sem prejuízo das obrigações e responsabilidades previstas na supracitada lei, "a estabelecer, em conjunto com os demais Permissionários, escala de serviço de forma a manter atendimento normal e ininterrupto, inclusive nos períodos noturnos e aos sábados, domingos e feriados, com no mínimo 50% (cinqüenta por cento) da frota" (inciso VIII do art. 26); bem como a "não ceder ou transferir, seja a que título for, a permissão outorgada ou a "Licença de Tráfego" do veículo, exceto nos casos previstos em lei ou casos excepcionais mediante autorização expressa do Órgão Gestor" (inciso IX do art. 26).

Ora, a norma legal transcrita proíbe o permissionário de ceder ou transferir a permissão ou a "licença de tráfego" do veículo, mas permite que o serviço municipal de transporte de passageiro, por meio de táxi, seja executado pelo condutor auxiliar, ou seja, o permissionário poderá "confiar a direção do veículo apenas a quem, como seu preposto, na qualidade de condutor auxiliar, esteja regularmente inscrito no Cadastro de Condutor" (inciso X do art. 26, da LCM n. 085/2001), o que afasta eventual incompatibilidade de horário, e assegura o cumprimento do disposto nos incisos VIII e IX do art. 26, da Lei Complementar Municipal n. 085/2001.

Assim, diante dos fundamentos acima alinhados, conclui-se o seguinte:

1) Os serviços públicos poderão ser prestados, na forma da lei, diretamente pelo Poder Público ou sob o regime de concessão ou permissão, mediante processo licitatório.

2) A permissão é caracterizada por ato da Administração Pública que transfere ao particular, vencedor da licitação, a execução de um serviço público que será realizado em nome e por conta e risco do prestador, e remunerado por tarifa paga pelo usuário.

3) A Lei Federal n. 8.666, de 21/06/1993 (Lei das Licitações), considera servidor público, para fins de licitação, "aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público" (art. 84, "caput").

4) O art. 9º, da Lei Federal n. 8.666/1993, veda a participação, direta ou indireta, daquele que exerce cargo, função ou emprego público, ou que seja dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação, o que não é a hipótese dos autos porque o objeto da licitação é o serviço público municipal de transporte de passageiro, por meio de táxi, e o participante da licitação é empregado de empresa pública federal.

5) A Lei Municipal n. 085/2001 e as normas editalícias não vedam a participação de ocupante de cargo, empregado ou função pública no processo de licitação destinado a execução do serviço público municipal de transporte individual, por meio de táxi e, via de consequência, não afastam o direito à permissão.

6) O serviço público municipal de táxi, prestado por particular com permissão do Poder Público, não se confunde com cargo ou emprego, nem com função pública, razão pela qual a acumulação daquela atividade com o exercício de cargo, função ou emprego público não se insere na vedação prevista no art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição da República (art. 24, "caput", e parágrafo único, da CE/1989), haja vista que o serviço público municipal de táxi não é remunerado pela Administração Pública

e sim por tarifa paga pelo usuário. Logo, não há indevida acumulação de remunerações pagas com recursos públicos.

7) A Constituição Federal não diz que o ocupante de cargo, emprego ou função pública não pode ser também permissionário de serviço público (acumulando o exercício de um daqueles com as atividades deste) e, por isso, é evidente que o interprete não poderá dar aos incisos XVI e XVII do art. 37, da Carta Magna, o alcance que o constituinte não previu, mormente porque, em se tratando de norma restritiva de direito, a interpretação não pode ser ampliativa.

8) A Lei Complementar Municipal n. 085/2001, proíbe o permissionário de ceder ou transferir, seja a que título for, a permissão ou a "licença de tráfego" do veículo, mas permite que o serviço público municipal de transporte de passageiro, por meio de táxi, seja executado pelo condutor auxiliar indicado por ele e regularmente inscrito no Cadastro de Condutor do Poder Público permissor, o que afasta eventual incompatibilidade de horário, e assegura o cumprimento do disposto no art. 26, incisos VIII e IX, da LCM n. 085/2001.

Pelo exposto, nega-se provimento aos recursos voluntários e à remessa oficial, confirmando-se a sentença concessiva da ordem.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÃO CÍVEL

Apelações Cíveis nº 2009.033850-4 e nº 2009.033849-4, de Blumenau

Relator: Des. Gilberto Gomes de Oliveira

INDENIZAÇÃO. ABALO PSÍQUICO. MÉDICO DO TRABALHO QUE, DIANTE DE ÓBITO DE SEU PACIENTE E DOS PROTESTOS REALIZADOS PELA MÃE DA VÍTIMA NO PÁTIO DA SUA EMPREGADORA, DIVULGA, EM NOTA DIRIGIDA AOS DEMAIS FUNCIONÁRIOS, A VERDADEIRA CAUSA DA MORTE - HIV/AIDS. QUEBRA DO SIGILO MÉDICO, INCLUSIVE, APURADA NO ÓRGÃO DE CLASSE. ATO ILEGAL E QUE NÃO SE JUSTIFICA MESMO DIANTE DO MAL CONCOMITANTEMENTE CAUSADO PELA INCONSOLADA MÃE À SUA REPUTAÇÃO. DEVER DE INDENIZAR PRESENTE.

O fundamento do sigilo médico é a proteção dos interesses do paciente; porém, ainda que se saiba que o dever de resguardar a intimidade do assistido, pelo médico, no exercício de sua profissão, não seja absoluto, as exceções previstas no Código de Ética Médica só se justificam se o interesse público, e não pessoal, sobrepõe-se ao dever de sigilo dos dados confidenciais atinentes à vítima.

ILEGITIMIDADE ATIVA DO IRMÃO E DA COMPANHEIRA. AUSÊNCIA DE PROVA DO LAÇO DE CONSANGÜINIDADE E DA CONVIVÊNCIA *MORE UXORIA*.

Ao titular da pretensão cabe comprovar a existência de um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada, a fim de que possa demonstrar que tem capacidade de conduzir o processo.

PAGA PECUNIÁRIA. CRITÉRIOS DO CASO CONCRETO BEM DELINEADOS PELO DECISOR *A QUO*. REFLEXO DO DANO REPROVÁVEL. MAJORAÇÃO EM RELAÇÃO À MÃE DE VÍTIMA E AO FILHO.

A conta, para que se possa fixar a indenização por dano irrogado à moral da pessoa, não é matemática. Deve o juiz, a fim de alcançar o ponto eqüidistante entre a compensação ao lesado e a admoestação ao ofensor, se valer não só das condições financeiras dos envolvidos, como também da gravidade, natureza e repercussão do dano na vida da vítima.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 2009.033850-4, da comarca de Blumenau (4ª Vara Cível), em que são apelantes e apelados Empresa Nossa Senhora da Glória Ltda., Sérgio Vicente Schaeffer, Liselote Niels, Fernando Augusto de Souza, Patrícia Becker e L.B:

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade: (a) conhecer das apelações e dos recursos adesivos interpostos; (b) não conhecer do agravo retido interposto pelos autores; (c) negar provimento às apelações interpostas pela Empresa Nossa Senhora da Glória Ltda. e Sérgio Vicente Schaeffer nos autos da ação de indenização nº 2009.033849-4; (d) de ofício, na ação de indenização nº 2009.033849-4, reconhecer

a ilegitimidade ativa de Fernando Augusto de Souza e, em relação a esse, julgar extinta a ação, sem resolução do mérito, condenando-o ao pagamento de custas e honorários; (e) dar parcial provimento à apelação interposta pela Empresa Nossa Senhora da Glória Ltda. nos autos da ação de indenização nº 2009.033850-4, para reconhecer a ilegitimidade ativa de Patrícia Becker condenando-a ao adimplemento das custas e honorários de advogado; (f) julgar prejudicados os recursos adesivos interpostos por Patrícia Becker e Fernando Augusto de Souza; e, por fim, (g) dar provimento aos recursos adesivos interpostos por L. B. e Liselote Niels para majorar a indenização para R$ 30.000,00 (trinta mil reais) para cada um deles, tudo nos termos do voto do relator. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 08 de novembro de 2012.

Gilberto Gomes de Oliveira
RELATOR

RELATÓRIO

INDENIZAÇÃO Nº 2009.033849-4

Perante o Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Blumenau, Liselote Niels e Fernando Augusto de Souza propuseram ação de indenização contra Sérgio Vicente Shaeffer e a Empresa Nossa Senhora da Glória Ltda., na qual afirmaram, em apertada síntese, que A. A. de S., filho e irmão, respectivamente, era funcionário da segunda demandada - Cobrador de Ônibus -, razão pela qual, desde setembro de 2001, passou a se consultar com o segundo demandado, nas dependências da sua empregadora, em

função de graves e reiterados sintomas - febre e diarréia constantes, enjoos, dores no corpo e na cabeça, etc.

Contudo, foram muitas as consultas face a persistência do mal que lhe acometia, de modo que, ao passo que sempre era medicado e liberado, mas nunca afastado do trabalho, o médico demandado nunca pediu a elaboração de exames aprofundados ou de sangue, pois não se interessava pela sua saúde.

Então, A. A. de S. consultou n'outra unidade hospitalar e, munido de exames mais acurados, retornou ao consultório do suplicado que, ao constatar a gravidade do caso (HIV/AIDS), solicitou para que ele repetisse referidos exames orientando-o para consultar com uma infectologista. Naquela ocasião, o médico Sérgio ainda questionou a primeira autora sobre a conduta social e sexual de seu filho, informando-lhe que este contava com uma grave infecção no cérebro.

Aludida infectologista, após tomar ciência da gravidade da situação, determinou imediatamente a internação de A. A. de S. e, assim, diagnosticou outro problema grave, qual seja, lesões cerebrais causadas por toxoplasmose durante, aproximadamente, um ano e meio; mas, não havia mais tempo para o tratamento, motivo pelo qual A. A. de S. faleceu em 20 de setembro de 2004.

Afirmaram, diante desse cenário, que o médico suplicado foi impru-dente e negligente ao tratar da saúde de A. A. de S. pois, no curso aproximado de 03 (três) anos de consultas, nunca solicitou qualquer exame para diagnosticar o verdadeiro motivo que o levou a se queixar de tais sintomas (HIV/AIDS) e, por consequência, doenças oportunistas (toxoplasmose) agravaram sua saúde.

Não bastasse isso, Sérgio Vicente Shaeffer violou o Código de Ética Profissional, haja vista que emitiu e subscreveu uma nota dando conta que A. A. de S. faleceu em função da AIDS por viver maritalmente com

uma ex-prostituta, nota esta que foi fixada em todos os terminais urbanos da cidade.

Discorreram sobre a responsabilidade do profissional da medicina, enfatizaram que a segunda demandada também é responsável pela reparação e, nestes termos, pediram pela procedência, a fim de que os demandados sejam condenados ao pagamento de indenização por danos morais e pensão mensal, além de custas e honorários de advogado.

Os demandados ofertaram resposta.

Empresa Nossa Senhora da Glória Ltda. (fls. 238/260): Após esmiuçar os atendimentos médicos prestados a A. A. de S., afirmou, acerca do suposto erro médico, que: (a) não há prova de que este tenha se consultado ou realizado exames em outra Casa de Saúde; (b) através de um exame clínico realizado em suas dependências pelo primeiro suplicado ante a ocorrência de monilíase oral (sapinho) em A. A. de S., aquele suspeitou da presença de alguma doença imunosupressora neste, tal qual a AIDS, motivo pelo qual encaminhou aludido paciente para um infectologista; (c) naquela ocasião, a mãe de A. A. de S. ratificou a possibilidade da ocorrência de AIDS, visto que seu filho não usava preservativos em seus relacionamentos; (d) a presença do vírus HIV foi posteriormente confirmado; (e) a doença que culminou no seu falecimento manifestou-se progressivamente somente a partir do mês de agosto de 2004; (f) as patologias apresentadas pelo paciente desde a sua consulta inicial não se relacionavam com a AIDS; (g) naquela época, não havia suspeita de AIDS, pois A. A. de S. não pertencia a qualquer grupo de risco; e, por fim, (h) em decorrência de tudo, e porque todo o cuidado e assistência necessários foram dispensados, não há falar em imperícia, negligência ou imprudência do médico.

Acerca da publicação da nota, enfatizou que esta se fez necessária, porquanto a mãe de A. A. de S., após o óbito, adentrou em suas dependências, terminais de ônibus e vizinhanças em mais de uma

oportunidade para afirmar, de forma descontrolada, que Sérgio Vicente Shaeffer era incompetente e que havia matado seu filho; porém, a nota não se destinou ao público, que apenas tomou conhecimento de tais fatos pelas mãos da própria demandante.

Entende, dessa forma, que o segredo médico não foi violado, até porque, ao passo que a exposição da situação fática aos superiores é permitida, a própria mãe do falecido deu conta do envolvimento deste com uma prostituta.

Impugnou a pretensão indenizatória, colacionou jurisprudência e, assim, pediu pela improcedência.

Sérgio Vicente Schaeffer, às fls. 318/340 dos autos, reiterou, *ipsis litteris*, a defesa apresentada pela primeira demandada.

Impugnação às contestações às fls. 408/418.

Os autos foram remetidos para a Justiça do Trabalho (fl. 434) e, através da decisão de fls. 454/458, suscitou-se conflito negativo de competência. No Superior Tribunal de Justiça (fl. 468) o incidente foi julgado procedente, a fim de estabelecer como competente a Justiça Comum.

Audiência de instrução às 584/589. Os autores postularam pela coleta dos depoimentos pessoais, o que foi indeferido e deu azo ao agravo retido interposto naquela solenidade.

As alegações finais foram exibidas às fls. 596/606, 608 e 610/615.

Parecer Ministerial às fls. 617/625, pela parcial procedência.

No ato compositivo da causa (fls. 633/648), o decisor *a quo* julgou parcialmente procedente a pretensão inicial, assim vertido o seu dispositivo:

> 3- Pelo exposto:

> 3.1- JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados na ação indenizatória ajuizada por Liselote Niels e Fernando Augusto de Souza (autos 008.05.008257-1), para:
>
> a) condenar a ré Empresa Nossa Senhora da Glória Ltda. ao pagamento de indenização por danos morais em favor da autora Liselote Niels de Souza no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigido monetariamente pelo INPC-IBGE e acrescido de juros de mora de 12% (doze por cento) ao ano a partir da data desta sentença até o efetivo pagamento;
>
> b) condenar o réu Sérgio Vicente Schaeffer ao pagamento de indenização por danos morais em favor da autora Liselote Niels de Souza no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigida monetariamente e acrescida de juros de mora na forma estipulada na alínea anterior.
>
> Ante a sucumbência recíproca (art. 21, "caput", do CPC), condeno a autora e os réus ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação (art. 20, § 3, do CPC), arcando cada qual com a metade, suspensa a cobrança em relação a autora em virtude do deferimento dos benefícios da gratuidade judiciária (fls. 227, autos 008.05.008257-1).
>
> Tendo em vista a sucumbência dos pedidos de Fernando Augusto de Souza, condeno este nas custas e honorários, este que fixo em 15% sobre o valor da causa, suspenso em face da gratuidade judiciária.

Insatisfeitas, as partes recorreram.

Empresa Nossa Senhora da Glória Ltda. (fl. 655): Defendeu, às fls. 656/665, que a sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais é indevida, pois apenas emitiu respectiva nota, a título de esclarecimento e no âmbito interno, diante das atrocidades morais que a recorrida Liselote divulgava em seu desfavor - como, por exemplo, que era, como seu médico, a responsável pela morte de A. A. de S. -, e que a publicidade acerca do teor da nota apenas ocorreu em função dos atos de protesto praticados pela própria Liselote.

Disse, por fim, que não redigiu mentiras, apenas esclareceu como A. A. de S. faleceu; que a redação empregada foi respeitosa e equilibrada; que a nota não produziu maior dano à recorrida Liselote do que a própria notícia de que seu filho era portador do vírus HIV; e que, acaso seja mantido o *quantum*, o valor da indenização é excessivo se comparado com a situação econômica das partes e com a participação da própria recorrida.

Postulou, nestes termos, pelo provimento.

Sérgio Vicente Schaeffer disse, às fls. 669/680, que apenas emitiu aludida nota de forma reservada e confidencial à sua empregadora dando conta dos motivos que levaram A. A. de S. ao óbito, porque a recorrida Lisolete, com terrorismo psicológico, imputou-lhe incompetência profissional e realizou ataques à sua vida pessoal, circunstância que o levou a perder clientes, fechar seu consultório e pedir demissão dos quadros da empresa demandada.

Entende, ainda, que seu ato encontra amparo nas disposições do art. 102 do Código de Ética Médica, uma vez que apenas a recorrida, ao se valer da inocência de um preposto da sua empregadora e se apossar indevidamente de uma cópia, levou a público tais informações confidenciais, o que, inclusive, afasta o nexo causal necessário para que se configure o dever de reparar.

Que a informação veiculada na nota, que A. A. de S. convivia com uma ex-prostituta, foi mencionada pela própria recorrida quando indagada acerca do comportamento sexual de seu filho, e que não foi inserida ali para denegrir a imagem deste, apenas para enquadrá-lo no grupo de risco.

Também, que a publicidade da *causa mortis* decorre da própria certidão de óbito, que pode ser solicitada por qualquer um do povo; que o pedido de indenização não deve ser concedido, porquanto, ao passo que o falecido não residia com sua genitora e irmão, e tampouco os sustentava, a reparação também é perseguida pela ex-companheira e o filho do *de cujus*;

que se trata de uma doença incurável e que não pode se responsabilizado tanto pelo contágio do vírus HIV em A. A. de S. como pela sua morte; que, já que o nome da ex-companheira do *de cujus* não foi apontado em referida nota, seu filho não pode valer-se de tal situação para pleitear alguma reparação moral; e, por derradeiro, acaso mantida a sentença acerca da sua responsabilidade, que a indenização deve ser reduzida, pois é aposentado e não tem condições de arcar com a paga pecuniária fixada na decisão de primeiro grau.

Pautou-se pelo provimento do seu apelo.

Contrarrazões às fls. 590/597 e 710/719.

Os autores recorreram adesivamente.

A pretensão de Liselote Niels e Fernando Augusto de Souza (fls. 699/707) é dúplice. Em relação à primeira, de majoração da quantia fixada a título de dano moral. Em relação ao segundo, de procedência desse pedido, haja vista que seu parentesco com o *de cujus*, embora não tenha sido comprovado documentalmente, é fato incontroverso nos autos, e que, na qualidade de irmão, também sofreu abalo, até porque toda a família foi acusada de portar o vírus HIV.

Pediram pelo provimento.

Lisolete Niels, Patrícia Becker, L. B. e Fernando Augusto de Souza (fls. 721/733): Tal qual o recurso adesivo anterior, a pretensão é de majoração da paga pecuniária fixada em benefício dos três primeiros - mãe, companheira e filho -, e de procedência em relação ao último - irmão.

Contrarrazões aos recursos adesivos às fls. 739/742. O demandado e recorrido Sérgio Vicente Schaeffer não se manifestou (fl. 744).

Ascenderam os autos.

Parecer do Ministério Público às fls. 754/765.

INDENIZAÇÃO Nº 2009.033850-4

Igualmente perante o Juízo de Direito da 4ª Vara Cível da comarca de Blumenau, Patrícia e L. B. propuseram ação de indenização por danos morais e materiais contra Sérgio V. Schaeffer e Empresa Nossa Senhora da Glória Ltda.

Afirmaram que são, respectivamente, companheira e filho de A. A. de S. e, após reiterarem os fatos lançados na ação de indenização proposta pela mãe e irmão deste, pediram pela procedência, a fim de que os demandados sejam condenados ao pagamento de indenização por dano moral e pensão.

Os demandados também repetiram suas respostas (fls. 250/271 e 305/326), a réplica foi oportunamente apresentada (fls. 394/404), foi reconhecida a conexão (fl. 421), resolvida a questão da competência no STJ (fls. 452/453), de modo que, após os demais trâmites legais, a pretensão foi julgada parcialmente procedente, assim vertido o desfecho da sentença de fls. 468/483:

> 3.2- JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados na ação indenizatória ajuizada por Patrícia Becker, por si e representando seu filho L. B. (autos 008.05.008258-0), para:
>
> a) condenar a ré Empresa Nossa Senhora da Glória Ltda. ao pagamento de indenização por danos morais em favor da autora Patrícia Becker no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), corrigido monetariamente pelo INPC-IBGE e acrescido de juros de mora de 12% (doze por cento) ao ano a partir da data desta sentença até o efetivo pagamento;
>
> b) condenar o réu Sérgio Vicente Schaeffer ao pagamento de indenização por danos morais em favor da autora Patrícia Becker no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigida monetariamente e acrescida de juros de mora na forma estipulada na alínea anterior;
>
> c) condenar a ré Empresa Nossa Senhora da Glória Ltda. ao pagamento de indenização por danos morais em favor do autor L. B. no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigida monetariamente e acrescida de juros de mora na forma estipulada na alínea "a";

> d) condenar o réu Sérgio Vicente Schaeffer ao pagamento de indenização por danos morais em favor do autor L. B. no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigida monetariamente e acrescida de juros de mora na forma estipulada na alínea "a";
>
> Ante a sucumbência recíproca (art. 21, "caput", do CPC), condeno as partes ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, arcando cada qual com a metade, suspensa a cobrança em relação aos autores em virtude do deferimento dos benefícios da gratuidade judiciária (fls. 240, autos 008.05.008258-0).
>
> P. R. I.

Insatisfeitos, a Empresa Nossa Senhora da Glória Ltda. apelou (fl. 488) e os autores, Patrícia e L. B., interpuseram recurso adesivo (fl. 520).

Sustentou a primeira, em suas razões (fls. 491/503), a ilegitimidade ativa *ad causam* à alegação de que Patrícia não possui vínculo de parentesco com o falecido; que, por ocasião do óbito, A. A. de S. já não convivia mais com ela; que a menção, na nota confeccionada pelo demandado Sérgio, de que o *de cujus* convivia com uma ex-prostituta, não dá margem ao pedido de reparação formulado pela primeira demandante; e, por fim, que não há comprovação que L. B. seja filho de A. A. de S.

Reiterou, no mérito, que a publicação da nota, confeccionada para uso interno, foi gerada a partir das ações da mãe do falecido, Liselote Niels.

Acrescentou, não obstante, que Patrícia Becker não pode se valer da nota para postular a almejada indenização; que os fatos passaram longe da personalidade de L. B., que não poderia absorver eventual menção depreciativa de um ente querido; e que, mantida a condenação, a indenização deve ser arbitrada em patamar mais baixo.

Pugnaram pelo provimento.

Postularam os recorrentes-adesivos, às fls. 521/528, pelo aumento do valor da paga pecuniária.

Igualmente pediram pelo provimento.

As contrarrazões foram exibidas às fls. 510/518 e 532/535. Sérgio Vicente Schaeffer deixou fluir *in albis* o seu prazo (fl. 536).

Ascenderam os autos.

O Ministério Público manifestou-se às fls. 555/563.

Vieram-me os autos conclusos, por redistribuição (fl. 568), haja vista o regime de cooperação.

Esta é a exposição dos principais fatos ocorridos nestas ações.

Passo a decidir.

VOTO

As apelações interpostas pelos demandados e os recursos adesivos interpostos pelos demandantes satisfazem os pressupostos de admissibilidade. Estes, todavia, subordinam-se ao exame daqueles.

O agravo retido interposto por ocasião da realização da audiência de instrução (fl. 584), com efeito, não será examinado, por ausência de interesse das partes, que não cumpriram o contido no § 1º do art. 523 do CPC.

Trata-se de 02 (duas) ações de indenização por danos morais e materiais em que figuram como suplicados Sérgio Vicente Shaeffer e a Empresa Nossa Senhora da Glória Ltda.

O sustentáculo circunstancial primordial é atribuído ao suposto erro de diagnóstico praticado pelo primeiro suplicado que, na qualidade de médico do trabalho, deixou de identificar e determinar ao tempo e modo

devidos a moléstia que acometeu A. A. de S., funcionário da segunda suplicada, o qual, frente ao diagnóstico tardio de HIV/AIDS, suportou doenças oportunistas, não teve oportunidade de se tratar e, por isso, faleceu em 20 de setembro de 2004.

O aspecto secundário reside no fato que, após o óbito, Sérgio Shaeffer emitiu, subscreveu e veiculou nas dependências de sua empregadora uma nota dando conta que A. A. de S. foi vitimado em razão da rápida progressão do vírus causador da AIDS, cujo contágio era atribuído ao relacionamento que seu paciente mantinha com uma ex-prostituta.

Vale transcrever excerto da explicação médica que ampara o pleito:

> (...) o paciente sofreu complicações pela AIDS durante a internação por agentes oportunistas (bactérias e fungos) que estavam em estado de latência no organismo e agiram devido a baixa imunidade. Apesar do esforço dos médicos, o paciente veio a falecer vinte dias após com meningite; por fungos e bactérias.
>
> COMENTÁRIOS FINAIS
>
> *O especialista mencionou que provavelmente André já estava infectado pelo HIV há meses ou anos. Isto corrobora a informação da própria mãe, que ao ser chamada por mim no ambulatório, dias antes da internação que confirmou chorando que o filho vivia há algum tempo com uma ex-prostituta e seguidamente ela, a mãe, lhe chamava a atenção por não usar preservativo.*
>
> A doença AIDS, portanto se instalou bruscamente na data já mencionada e como se pode verificar em nenhum momento deixou-se de ser negligente: agi prontamente, agilizei as consultas com o especialista e vagas no SUS, agilizei os resultados dos exames, e ainda me dispus a acompanhar o paciente quando não estava mais sob meus cuidados ou orientação no ambulatório da empresa.
>
> Dr. Sérgio V. Schaefer (destaquei) (fl. 35 da ação nº 2009.033849-4).

A primeira ação foi proposta por Liselote Niels e Fernando Augusto de Souza, mãe e irmão de A. A. de S., respectivamente. A segunda foi intentada pela sua ex-companheira e pelo seu filho, Patrícia Becker e L. B.

Pois bem. O erro de diagnóstico, por constituir obrigação de meios, em princípio, não gera responsabilidade alguma, haja vista que o profissional da medicina, para estabelecer qual a terapia adequada, deve perscrutar a natureza da enfermidade e sua gravidade e, inclusive, para a obtenção de certeza diagnóstica, depende da coleta de dados do paciente, *v.g.*, a averiguação de sintomas através dos quais se manifeste a doença.

Em função disso, a determinação da responsabilidade civil médica, decorrente de erro de diagnóstico, revela-se extremamente difícil, até porque, não fosse a necessidade de apuração técnica e precisa dos fatos, não se pode admitir, em termos absolutos, a infalibilidade médica.

Não obstante, o estudo que doravante se realizará não envolve tais fatores, haja vista que o capítulo da sentença que discorreu acerca da responsa-bilidade civil do médico Sérgio Shaeffer em razão do suposto erro de diagnóstico não foi devolvido a este Tribunal - *tantum devolutum quantum appellatum* -, mo-tivo pelo qual, nesse aspecto, ocorreu a imutabilidade da decisão singular - coisa julgada. Pode-se dizer, com firmeza, portanto, que não houve comprovação de ato de negligência médica no trato dispensado à vítima (fl. 636).

O presente trabalho se submete, então, à análise da responsabilidade civil de Sérgio Vicente Shaeffer em função da emissão, subscrição e su-posta publicação da nota que, no seu entender, diante dos protestos e do terro-rismo psicológico praticado pela mãe da vítima em seu ambiente de trabalho, a-penas justificava aos funcionários da sua empregadora as razões que efetiva-mente levaram A. A. de S. ao óbito, e que, segundo os familiares da vítima, ma-cularam, de forma irremediável, seus direitos de personalidade.

Facilmente perceptível, frente a isso, que a questão tem vertente constitucional, porquanto está prescrito no inciso X do art. 5º da Lei das Leis que: "são 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". Texto similarmente repetido, pois, na Legislação Civil (art. 186).

É imprescindível para haver a condenação, desse modo, a averiguação da seguinte trilogia: (1º) a ação ou omissão dolosa ou culposa do agente; (2º) o prejuízo; e, (3º) o liame de causalidade entre este e aquele.

Tais elementos fazem-se presentes, mas com ressalvas. Explica-se.

O fundamento do sigilo médico é a proteção dos interesses do paciente; porém, também se sabe, o dever de resguardar a intimidade do assistido, pelo médico, no exercício de sua profissão, não é absoluto, uma vez que, dentro das exceções previstas no art. 102 do Código de Ética Médica vigente à época dos fatos - Resolução nº 1246/88-CFM -, que dispõe que "é vedado ao médico: revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, *salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente*", o interesse público pode sobrepor-se aos sigilo dos dados confidenciais da vítima.

No caso, do conjunto probatório, que abarca os depoimentos testemunhais prestados perante o Conselho Regional de Medicina (fls. 531/550) em função da instauração do Processo Ético Profissional nº 050/05, os depoimentos colhidos durante a instrução do feito (fls. 584/589) e toda a documentação amealhada aos autos destas 02 (duas) ações de indenização, conclui-se, sem sombra de dúvida, que, após o falecimento de A. A. de S., Liselote Niels, bastante abalada e descontrolada emocionalmente, através de vários atos de protestos nas dependências da Empresa Nossa Senhora da Glória Ltda., assim como nos próprios terminais de ônibus de Blumenau (fls. 545/549, 585 e 588), os quais foram dirigidos

tanto aos funcionários como aos usuários do serviço de transporte público, culpava o médico suplicado pela morte de seu filho.

Não foram, pois, simples queixas de uma mãe diante da morte de um ente querido enfermo. O acórdão lavrado no processo ético instaurado pela genitora do *de cujus* dá conta que a imagem profissional do médico suplicado foi seriamente denegrida perante o público (fl. 630-verso) e, em razão de tais fatos, consoante se extrai dos depoimentos suso mencionados, inclusive do relato das testemunhas arroladas pela autora Liselote, os próprios colegas de trabalho da vítima exigiram imediata intervenção de seus superiores, o que culminou na proibição de Liselote ingressar nas dependências da empresa (fls. 531/534). Sérgio, por outro lado, perdeu a credibilidade e os seus clientes - os empregados.

Contudo, apesar desse triste cenário, Sérgio Schaeffer, ainda que com o aval da sua empregadora e com o objetivo de apaziguar o tumulto gerado entre os inúmeros trabalhadores de nível cultural não privilegiado que se submetiam, diariamente, aos seus cuidados médicos, não poderia - ou melhor, não deveria - ter redigido a nota cujo teor foi acima transcrito, haja vista que não havia, na situação, relevante interesse social para justificar a quebra do sigilo médico profissional, de modo que ele tinha o dever moral e a obrigação legal de zelar pela intimidade dos dados do seu paciente, ainda que falecido, mormente diante de uma situação de saúde tão delicada e, infelizmente, ainda muito impregnada de preconceitos e crendices - HIV/AIDS.

Pensar o contrário, diante da situação emblemática causada pela inconsolável mãe da vítima, significa trazer a tona o que há muito a sociedade deixou para traz, isto é, a *Lex Talionis*, cujo código sustentava uma espécie de castigo proporcional ao mal causado - "olho por olho, dente por dente".

Por isso que, no Processo Ético em comento, Sérgio foi condenado, a despeito do quadro público desfavorável que lhe foi implantado. E o fundamento do *decisum* disciplinar, consoante se verifica no voto da relatora (fl. 630-verso), residiu exatamente no fato que "embora tivesse o requerido sua imagem profissional sendo denegrida pela requerente, esse fato não poderia ser considerado como *justa causa* para a quebra do dever de sigilo médico, principalmente na forma com que foi realizado".

Além disso, ficou expressamente consignado que "o requerido poderia ter utilizado as formas legais e éticas para lutar contra o processo difamatório que vinha sofrendo".

Toda razão assiste ao órgão de classe.

Porque assim não agiu o demandado, isto é, já que não se valeu dos meios judiciais apropriados à espécie, mas, ao revés disso, optou por veicular aos funcionários da sua empregadora os motivos confidenciais que levaram seu paciente ao óbito, frise-se, por melhores que fossem suas intenções, violou ele o sigilo profissional que lhe é imposto e, assim, incidiu em grave culpa.

Portanto, tem ele o dever de reparar o dano que causou, já que não se está diante de um caso que alberga interesse de cunho social, tampouco dever legal - notificação compulsória ou determinação judicial, *v.g.* - ou mesmo autorização expressa ou tácita do paciente.

Registro que a ratificação da sentença no que toca à responsabilidade civil do médico e de sua empregadora pela divulgação de dados confidenciais não justifica eventuais atos difamatórios praticados pela mãe da vítima, o que reclamará ação e conjunto probatório distintos.

Bem verdade, por outro lado, que na dita nota não foram inseridas mentiras ou utilizada redação humilhante, até porque, no depoimento que prestou perante o Conselho Regional de Medicina (fl. 535), a própria

Liselote Niels, por ocasião do diagnóstico de HIV do seu filho, após indagada acerca da conduta sexual desse, esclareceu que, de fato, havia falado ao médico demandado que A. A. de S. mantinha envolvimento com garotas de programa. Não bastasse, há prova de que a própria genitora comunicava abertamente em seus protestos que seu descendente havia falecido em decorrência da progressão do vírus HIV, e não de alguma outra doença qualquer - toxoplasmose (fl. 586).

Todavia, a responsabilidade civil do médico se sustenta, porque, de fato, o segredo profissional foi violado, e não tinha ele esse direito.

Também não convencem as proposições no sentido que a nota não produziu maior dano à recorrida Liselote do que a própria notícia que seu filho era portador do vírus HIV ou que a publicidade da *causa mortis* decorre da própria certidão de óbito, que pode ser solicitada por qualquer um do povo.

É evidente que a notícia que um filho faleceu em decorrência de tamanho mal causa profunda consternação e incomensurável dor; entretanto, a propagação do motivo do óbito perante terceiros, dentre os quais encontram-se amigos, vizinhos e conhecidos, gera rebaixamento moral, primeiro, do próprio *de cujus,* e, segundo, dos membros da sua família, que são atingidos em função dos laços de afetividade e consanguíneos.

Mais do que isso, tamanha publicidade dá margem até mesmo para a discriminação, porquanto a sociedade hodierna, em relação a certos temas e aspectos tão usuais, como o HIV, ainda guarda arraigada em sua alma profun-dos e inalcançáveis tabus.

O atestado de óbito, n'outro prisma, tem por finalidade tão somente confirmar a morte, ainda que se trate de um documento público.

Por isso, ainda que qualquer um possa dele ter conhecimento, é evidente que a publicidade é restrita.

Com efeito, ecoa bastante desarrazoada a alegação que a violação do segredo médico, *in casu*, não configurou ato ilícito, porque a causa da morte tornou-se "de domínio público, pois são utilizadas por cartórios, funerárias, serviços públicos, privados..." (fl. 674).

Ora. A assertiva que A. A. de S. faleceu em decorrência da AIDS, cujo vírus foi contraído em função de um envolvimento da vítima com uma ex-prostituta, não se restringiu às repartições públicas que do teor da certidão de óbito têm conhecimento.

Tal situação - ainda que verdadeira, porque ratificada pela mãe - foi exposta no ambiente de trabalho da vítima e perante seus familiares e amigos, que ali igualmente laboravam. Vã e irrefletida a alegação.

Frente a tudo isso, deve o médico demandado e sua empregadora, que compactuou com a emissão e publicação da nota e, inclusive, subsidiou sua veiculação em suas dependências através de seus Controladores de Terminais (fl. 533), reparar o dano que reportaram à personalidade, à honra e à imagem dos parentes de A. A. de S. - *com as ressalvas que se fará abaixo* -, até porque "se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado" (FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 108).

E, no contexto da reparação moral, a despeito das alegações contrárias tecidas pela empregadora da vítima, no sentido que não há prova do vínculo paternal entre a vítima e o menor, L. B., este deve ser incluído.

Não desconsidero que não há nos autos indícios que sua mãe, Patrícia Becker, tenha convivido com o *de cujus*. Questão que, a propósito, será melhor analisada. Também não desconsidero que a paternidade não

foi reconhecida - Certidão de Nascimento à fl. 36 da indenização nº 2009.033850-4.

Contudo, há nos autos um exame de DNA (fls. 37/40) que, apesar de ser produzido a partir do material genético dos pais da vítima, Liselote Niels e Marcelo Carlos de Souza, confirma, com altíssimo grau de probabilidade (99,99% - fl. 40), a paternidade advogada.

Não fosse a vítima o verdadeiro pai da criança, aliás, por certo que os avós maternos, que se sujeitaram ao exame de DNA espontaneamente, não aquiesceriam com tal circunstância. Circunstância, pois, visível.

Neste ínterim, ressoa relevante anotar que o juiz, diante da pretensão de reconhecimento da paternidade, além do exame técnico amealhado aos autos, pode se utilizar do grande valor subjetivo dos demais elementos constantes nos autos, os quais levam à certeza da apontada paternidade.

Portanto, não há falar em ilegitimidade ativa de L.B.

Não obstante isso, tal qual compreendeu o decisor *a quo* à fl. 643, não há nos autos prova, tampouco qualquer indício, que Fernando Augusto de Souza seja, de fato, irmão da vítima. Prova que seria, pois, de fácil constatação.

Não bastasse, também não houve preocupação por parte dele, ônus que lhe competia por força do disposto no art. 333, inciso I, do CPC, em demonstrar que, em função da violação do sigilo médico pelos suplicados, "enfren-tou dificuldades em seu trabalho".

Fernando, a propósito, à época da propositura da ação, era menor de idade, de modo que, à época dos fatos, que remonta um ano antes, à mingua de provas, não desempenhava atividade laborativa e, portanto, não pode alegar que sofreu discriminação no seu local de trabalho.

Por outro lado, ao passo que Patrícia Becker alega que conviveu maritalmente com a vítima no período compreendido entre o mês de junho do ano de 2002 e o mês de março do ano de 2003, por ocasião da contratação da vítima na Empresa Nossa Senhora da Glória Ltda., em 02 de abril de 2001, A. A. de S. declarou que era casado com Andréia Lúcia (fl. 261) que, inclusive, figurou como beneficiária do seguro de vida da vítima recebendo-o por ocasião do seu óbito, em 20 de setembro de 2004, consoante se verifica do recibo de fl. 343. A Certidão de Casamento foi amealhada aos autos, a propósito.

Logo, se algum direito de personalidade foi violado - à mingua de melhor prova em sentido contrário, isto é, prova que Patrícia Becker, de fato, tenha convivido com a vítima -, apenas Andréia Lúcia poderia o reclamar. E, aqui, vale uma menção: o não reconhecimento da união estável não obsta o reconhecimento da paternidade, por se tratar, evidentemente, de situações distintas.

Desse modo, e porque o contexto probatório é, deveras, muito frágil em relação à existência da apontada convivência entre a mãe da criança e a vítima, tenho que a procedência do pedido em relação a Patrícia, para que se possa salvaguardar o direito à verdade real, depende de provas mais confiáveis.

Desse jeito, tenho que, em relação a Fernando Augusto de Souza e Patrícia Becker, a ilegitimidade ativa *ad causam* deve ser reconhecida.

Remanesce a pretensão de majoração e de redução da paga pecuniária em relação à mãe da vítima e ao menor, L..B.

Tenho que tais valores - R$ 15.000.00 (quinze mil reais) para a mãe e R$ 15.000.00 (quinze mil reais) para o filho – comporta majoração, ao revés do que se defende.

É que, ciente que todos os elementos atinentes à mensuração da paga pecuniária foram bem esquadrinhados pelo magistrado *a quo*, é inconteste que o médico suplicado, ao violar o sigilo médico que lhe era imposto moral e legalmente e, então, tornar pública a causa da morte de A. A. de S., reportou à honra e aos sentimentos de Lisolete profunda dor e aflição, mormente, como falado, por se tratar de um caso de incidência do vírus da AIDS.

Já em relação ao filho, é certo que, à época dos fatos, tinha aproximadamente 01 (um) ano (fl. 36), de modo que toda a discussão, que se referiu ao seu genitor, não lhe atingiu diretamente o seu íntimo. Não sofreu ele, tal qual alegado, à época dos fatos, sentimentos de dor e pesar.

Contudo, não se pode olvidar da proteção integral de que goza a criança (art. 1º do ECA) e que ela crescerá, em função da desídia praticada pelos demandados, com uma pecha absolutamente reprovável, isto é, com a imagem que o seu pai faleceu em decorrência da AIDS, o que lhe renderá, no futuro, sentimentos de humilhação e revolta tanto quanto aqueles experimentados pela mãe da vítima à época do ocorrido. Portanto, em relação ao menor, a paga pecuniária deve ser igualmente majorada.

À luz desses elementos, repita-se, e daqueles inseridos na sentença, da proporcionalidade e do bom senso, tenho que R$ 30.000,00 (trinta mil reais) para o filho e R$ 30.000,00 (trinta mil reais) para a mãe da vítima, que será dividida, em relação a cada um deles, na proporção de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) para a empregadora e R$ 15.000,00 (quinze mil reais) para o médico, será suficiente para pacificar os sentimentos nefastos causados pela quebra do sigilo médico e, por outro lado, admoestar os co-responsáveis pelo dano indevida e ilegalmente causado.

Juros de mora nos moldes definidos na decisão de primeiro grau. Correção monetária a partir da data de fixação do valor estabelecido em condena-ção (Súmula nº 362 do STJ).

CONCLUSÃO

Em resumo de tudo, e porque as demais teses ficam, por ilação lógica, prejudicadas face o decidido acima, voto no sentido de

(1º) conhecer das apelações interpostas pelos demandados e dos recursos adesivos interpostos pelos autores em ambas as ações;

(2º) não conhecer do agravo retido interposto pelos autores de ambas as ações por ocasião da realização da audiência una de instrução, pois não foi observado o contido no § 1º do art. 523 do CPC;

(3º) negar provimento às apelações interpostas por Empresa Nossa Senhora da Glória Ltda. e Sérgio V. Schaeffer nos autos da ação de indenização (autos nº 2009.033849-4) proposta por Liselote Niels e Fernando de Souza e, *de ofício*, reconhecer a ilegitimidade ativa desse último para, por via adversa, julgar extinta a sua pretensão, sem resolução do mérito (art. 267, inciso VI, do CPC), condenando-o ao pagamento de custas e despesas processuais, além de honorários de advogado que, à luz do prescrito no § 4º do art. 20 do CPC, fixo em R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), cuja exigibilidade ficará suspensa, ante a concessão, na sentença, dos benefícios da Justiça Gratuita;

(4º) dar parcial provimento à apelação interposta pela Empresa Nossa Senhora da Glória Ltda. nos autos da ação indenizatória (autos nº 2009.033850-4) deflagrada por Patrícia e L.B., a fim de reconhecer a ilegitimidade ativa de Patrícia e, por via adversa, julgar extinta a ação, sem resolução do mérito (art. 267, inciso VI, do CPC), condenando-a ao pagamento de custas e honorários advocatícios que, com amparo no dispositivo legal já anotado, arbitro em R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), cuja exigibilidade igualmente ficará sobrestada, haja vista a concessão do benefício da Justiça Gratuita (fl. 240).

(5º) julgar prejudicados os recursos adesivos interpostos por Patrícia Becker e Fernando Augusto de Souza; e,

(6º) dar provimento aos recursos adesivos interpostos por L. B. e Liselote Niels, a fim de majorar a indenização para R$ 30.000,00 (trinta mil reais) para cada um deles, nos moldes definidos nesse *decisum*.

Este é o voto - acolhido, pois, por unanimidade.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2012.070500-4, de Brusque

Relator: Des. Fernando Carioni

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. EMISSÃO DE CHEQUE SEM PROVISÃO DE FUNDOS. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PORTADOR DO TÍTULO DE CRÉDITO NÃO CORRENTISTA DO BANCO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE. DANO MATERIAL. FORNECIMENTO DE TALÃO DE CHEQUES SEM NENHUM CONTROLE. OMISSÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. NEXO CAUSAL. DEVER DE REPARAÇÃO DO PREJUÍZO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

Às instituições finaceiras são aplicáveis as regras do Código de Defesa do Consumidor, pelo que respondem objetivamente por danos que causarem a clientes ou terceiros.

Comprovado que o banco ou a instituição financeira mantenedora de contas de depósitos a vista, diante de casos incompatíveis com as disciplinas que regulam a Lei de Cheques, não adotou as orientações inseridas na Resolução n. 3.972, de 28 de abril de 2011, é responsável perante terceiro pela emissão de cheques sem fundos por parte do correntista.

São responsáveis civilmente os bancos que fornecem talonários de cheques a clientes sem capacidade econômica ou deixam de adotar medidas para retomada das cártulas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.070500-4, da comarca de Brusque (Vara Cível), em que é apelante Silvio Bernardo, e apelado Banco Bradesco S/A:

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por maioria de votos, dar provimento ao recurso. Vencida a Exma. Sra. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 6 de novembro de 2012 , os Exmos. Srs. Des. Marcus Tulio Sartorato e Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 13 de novembro de 2012.

Fernando Carioni
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Silvio Bernardo propôs ação de indenização por perdas e danos contra Banco Bradesco S.A., na qual alegou que: a) recebeu cheque sem fundos da correntista da instituição financeira ré; b) não consegue receber da emitente o crédito representado na referida cártula de R$ 400,00 (quatrocentos reais); c) o banco é solidariamente responsável com seu cliente pela emissão de cheques sem fundos.

Requereu: a) a condenação do réu ao pagamento de R$ 400,00 (quatrocentos reais) e b) a concessão da justiça gratuita (fls. 2-17).

Deferida a justiça gratuita (fl. 29).

Banco Bradesco S.A., em contestação, arguiu, preliminarmente, a ilegitimidade passiva, sob o argumento de que não firmou o negócio no qual o autor teve prejuízo; e, no mérito, sustentou que: a) não tem responsabilidade pela emissão de cheques sem fundos por seus correntistas; b) a culpa foi exclusivamente da cliente, Francisca Regina Rudolf; c) o autor foi negligente ao não verificar, previamente, se o cheque emitido tinha saldo positivo na conta corrente.

Requereu: a) o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva ou b) a improcedência do pedido inicial (fls. 32-39).

O Juiz Substituto Samuel Andreis julgou antecipadamente a lide, e a parte dispositiva da sentença encerrou o seguinte teor:

> Ante o exposto, julgo improcedente o pedido.
>
> Condeno o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R$ 500,00 (art. 20, § 4º, do CPC), ficando suspensa a exigibilidade, por ser beneficiário da justiça gratuita (fl. 59).

O autor interpôs apelação cível, na qual objetiva, em síntese, a reforma da sentença para condenar o banco apelado ao pagamento de cheque emitido por correntista dele sem provisão de fundos (fls. 62-70).

Contrarrazões às fls. 75-82.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de apelação cível com o desiderato de reformar a sentença que indeferiu o pedido de indenização por danos materiais formulado pelo autor contra a instituição financeira ré.

Pelo que dos autos consta, o autor recebeu a folha de cheque n. 000450, emitido pela correntista do banco réu, a Sra. Francisca Regina Rudolf, no valor de R$ 400,00 (quatrocentos reais), devolvido por insuficiência de fundos (fl. 20).

É cediço que a responsabilidade civil "[...] pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às conseqüências do seu ato (obrigação de reparar)" (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. III, p. 9).

Em outros termos, sintetiza Sílvio de Salvo Venosa, "em princípio, toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. [...]. O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as conseqüências de um ato, fato, ou negócio danoso" (*Direito civil*: responsabilidade civil. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. IV, p. 1).

Carlos Roberto Gonçalves arremata que "toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano" (*Direito civil brasileiro*: responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. IV, p. 1).

A responsabilidade civil, quanto à conduta, pode ser objetiva e/ou subjetiva, pelo que, a depender do sistema adotado, tem variações nos seus elementos, que influem diretamente na sua caracterização.

Assim, diz-se subjetiva a responsabilidade civil que se caracteriza mediante o preenchimento de três elementos, quais sejam, a conduta, o dano e o nexo de causalidade; já a objetiva se configura pela existência de apenas dois: o dano e o nexo de causalidade, pouco importando a conduta do agente.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, a respeito da aplicação da responsabilidade civil no âmbito do Código Civil, explicam, de forma didática, a diferença entre os dois sistemas:

> Dois são os sistemas de responsabilidade civil que foram adotados pelo CC: responsabilidade civil objetiva e responsabilidade civil subjetiva. O sistema geral do CC é o da responsabilidade subjetiva (CC 186), que se funda na teoria da culpa: para que haja o dever de indenizar é necessária a existência: a)do dano; b) do nexo de causalidade entre o fato e o dano; c) da culpa *lato sensu* (culpa – imprudência, negligência ou imperícia – ou dolo) do agente. O sistema subsidiário do CC é o da responsabilidade civil objetiva (927 par.ú), que se funda na teoria do risco: para que haja o dever de indenizar é irrelevante a conduta (dolo ou culpa) do agente, pois basta a existência: a) do dano; b) do nexo de causalidade entre o fato e o dano (*Código civil comentado*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 733).

No presente caso, a responsabilidade civil é a objetiva.

Tal se deve à aplicabilidade das normas do Código de Defesa do Consumidor, que, de acordo com o seu artigo 14, *caput*, determina que "o fornecedor de serviço responde, *independentemente da existência de culpa*, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços" (destaquei).

A responsabilidade civil subjetiva, como bem adverte João Batista de Almeida, *"[...] conquanto aplicada eficazmente no campo das relações civis, mostrou-se inadequada no trato das relações de consumo, quer pela dificuldade intransponível da demonstração da culpa do fornecedor, titular do controle dos meios de produção e do acesso aos elementos da prova, quer pela inviolabilidade de acionar o vendedor ou prestador de serviço, que, só em infindável cadeia de regresso, poderia responsabilizar o fornecedor originário, quer pelo fato de que terceiros, vítimas do mesmo evento, não se beneficiariam de reparação"* (*Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 60).

Deveras, na hipótese dos autos, está caracterizada uma relação de consumo: de um lado, a ré instituição financeira, como fornecedora de serviço de natureza bancária.

A propósito, nenhuma discussão, atualmente, cabe a respeito da aplicação do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras, seja porque o seu artigo 3º, § 2º dispõe expressamente que "serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária [...]"; seja porque o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 297, que diz que "o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras".

Sobre o tema, traz-se a lição de Sílvio de Salvo Venosa:

> Os bancos prestam, atualmente, uma multiplicidade de serviços à população que não mais se restringe a suas origens, ligada ao fornecimento de crédito. A sofisticação dos serviços por meio da informática amplia os problemas e exige soluções jurídicas.
>
> Por outro lado, não somente a lei, mas também os tribunais assumem posição rigorosa no tocante às instituições financeiras, mormente porque suas atividades dizem respeito aos recursos financeiros de toda a população e do país. Ainda, pelo fato de serem os bancos repositórios da confiança de seus depositantes, é justo que deles esperemos o mais elevado serviço e correição.
>
> As atividades bancárias caracterizam-se por contratos de massa, contratos de adesão, na grande maioria. Os bancos praticam, [...], atividades essenciais e específicas do ramo financeiro, como depósitos, empréstimos, descontos etc. e atividades secundárias que modernamente complementam seus serviços, tendo em vista o mercado e a concorrência, como fornecimento de informações, recebimento de contas, serviços de caixa eletrônicos, comunicação por correio eletrônico etc.
>
> Nessa gama de atividades, a responsabilidade dos bancos pode ser contratual ou aquiliana. Sob o manto dos princípios do Código de Defesa do Consumidor, [...], ultrapassa-se essa dicotomia: a responsabilidade decorre tão-só da prestação de serviços ao consumidor. Por outro lado, [...], toda atividade dos bancos e das instituições

financeiras é atingida pelos princípios do Código de Defesa do Consumidor, se mais não fora pelos princípios gerais dessa lei, por disposição expressa (art. 3º, § 2º). Despiciendo se torna analisar as opiniões em contrário, ligadas exclusivamente a pareceres de encomenda. A jurisprudência do país não diverge sobre o tema (*Direito civil*: responsabilidade civil. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. IV, p. 249-250).

Com maior profundidade, comenta Carlos Roberto Gonçalves:

> Em face do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade dos bancos, como prestadores de serviços, é objetiva. Dispõe, com efeito, o art. 14 do aludido diploma que o "fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos".
>
> [...].
>
> O Código de Defesa do Consumidor incluiu expressamente as atividades bancárias, financeiras, de crédito e securitárias no conceito de serviço (art. 3º, § 2º).
>
> Malgrado a resistência das referidas instituições em se sujeitarem às suas normas, sustentando que nem toda atividade que exercem (empréstimos, financiamentos, poupança etc.) encontra-se sob sua égide, o Superior Tribunal de Justiça não vem admitindo qualquer interpretação restritiva ao aludido § 2º do art. 3º, afirmando que a expressão "natureza bancária, financeira, de crédito" nele contida não comporta que se afirme referir-se apenas a determinadas operações de crédito ao consumidor. Os bancos, "como prestadores de serviços especialmente contemplados no mencionado dispositivo, estão submetidos às disposições do Código do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, não o descaracteriza como consumidor dos serviços prestados pelo banco".
>
> O Ministro José Augusto Delgado, do referido Tribunal, também teve a oportunidade de comentar que a expressão "natureza bancária, financeira, de crédito" contida no § 2º do art. 3º não comporta que se afirme referir-se, apenas, a determinadas operações de crédito ao consumidor. Se a vontade do legislador fosse essa – afirmou - "ele

> teria explicitamente feito a restrição, que, se existisse, daria ensejo a se analisar da sua ruptura com os ditamente da Carta Magna sobre o tema".
>
> Tal orientação veio a se consolidar com a edição da Súmula 297 do aludido Superior Tribunal de Justiça, do seguinte teor: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras". Idêntica posição assumiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn 2.591, realizado aos 4 de maio de 2006, proclamando que as instituições financeiras se submetem às regras do Código de Defesa do Consumidor (*Direito civil brasileiro*: responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. IV, p. 236-237).

Outra não é a orientação deste Tribunal de Justiça:

> O Superior Tribunal de Justiça assentou na Súmula 297 que as disposições do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis às instituições financeiras (Ap. Cív. n. 2007.024438-0, da Capital, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. em 6-3-2012).
>
> A Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) é aplicável às instituições financeiras (Súmula 297 do STJ), que se enquadram na definição de fornecedor de produtos e serviços (art. 3º), enquanto a parte contratante, na enunciação de consumidor (art. 2º) (Ap. Cív. n. 2011.090801-6, de Lebon Régis, rel. Des. Subst. Robson Luz Varella, j. em 13-3-2012).
>
> De acordo com o Enunciado n. 297 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.". Assim, na perspectiva da responsabilidade objetiva, própria do microssistema do Código de Defesa do Consumidor, compete à instituição financeira a verificação da idoneidade da documentação apresentada para a abertura de contratos de conta corrente (Ap. Cív. n. 2010.042635-3, de Joinville, rel. Des. Henry Petry Junior, j. em 8-12-2011).

Do outro lado dessa relação jurídica está o autor, como consumidor, não diretamente, porquanto não é cliente do banco réu, mas por equiparação, uma vez que é vítima da falha da prestação do serviço bancário, *ex vi* dos artigos 2º, parágrafo único, 17 e 29, todos do Código de Defesa do Consumidor.

Zelmo Denari comenta:

> Com bastante freqüência, os danos causados por vícios de qualidade dos bens ou dos serviços não afetam somente o consumidor, mas terceiros, estranhos à relação jurídica de consumo.
>
> [...], o Código assegura o ressarcimento dos danos causados a terceiros que, para todos os efeitos legais, se equiparam a consumidores (*Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 175).

Sobre o tema, traz-se à colação excerto doutrinário de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona filho:

> Para encerrar este capítulo, é preciso tecer algumas considerações acerca da responsabilidade civil das instituições financeiras em relação a terceiros.
>
> Compreendidas as lições sobre a reparação de danos causados a seus agentes (empregados ou prestadores de serviço) e a seus clientes, uma pergunta não quer calar: qual é a natureza jurídica da responsabilidade civil de tais instituições, quando a vítima não mantém com eles qualquer relação negocial?
>
> A resposta nos parece óbvia: nesse caso, deve ser aplicada a regra geral de responsabilização civil no nosso ordenamento positivo.
>
> Todavia, é importante lembrar que essa regra foi modificada com o novo Código Civil brasileiro.
>
> De fato, ao lado da regra da responsabilidade civil subjetiva – também aplicável às instituições financeiras – pontifica a regra da responsabilidade civil objetiva, em função do risco da atividade habitualmente exercida.
>
> Assim sendo, a resposta à pergunta formulada não é automática ou imediata.
>
> Para respondê-la, será necessário verificar em função de qual conduta – atribuível à pessoa jurídica da instituição financeira – se perpetrou a lesão ao interesse de terceiro.
>
> Caso seja algo decorrente da atividade habitualmente exercida, e não tem função de um fato isolado no seu amplo campo de relações

> negociais, podermos afirmar que a responsabilidade será objetiva (*Novo curso de direito civil*: responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. , p. 336).

Se assim o é, não há falar em conduta (dolo ou culpa) do agente como elemento aferidor da responsabilidade civil, pois inexistente à espécie. Estando a causa amparada pela legislação consumerista, tem-se que a responsabilidade é objetiva, razão pela qual necessita averiguar somente o dano e o nexo causal.

O dano suportado pelo autor é de ordem material, visto que portador de um cheque emitido pela cliente do banco réu sem provisão de fundos, no valor de R$ 400,00 (quatrocentos reais), como se observa à fl. 20.

Também se faz presente o nexo de causalidade, visto que o autor é beneficiário de cheque sem provisão de fundos emitido por correntista da ré, sendo mais uma das vítimas da voracidade das instituições financeiras, que, no afã de atingir metas e obter lucros cada vez maiores, fornecem talonários a clientes que não detêm nenhuma capacidade econômica para saldá-los, conquanto seja sua responsabilidade prezar pela boa saúde financeira da conta-corrente deles.

Nesse norte, determina o artigo 2º, inciso I, da Resolução n. 2.025, do Banco Central do Brasil, de 24-11-1993, que "altera e consolida as normas relativas à abertura, manutenção e movimentação de contas de depósito", que as instituições financeiras são obrigadas a exigir um saldo médio para a manutenção da conta-corrente de seus clientes, como se vê abaixo:

> Art. 2º A ficha-proposta relativa a conta de depósitos à vista deverá conter, ainda, cláusulas tratando, entre outros, dos seguintes assuntos:
>
> I – saldo médio mínimo exigido para manutenção da conta;

Isso porque a conta-corrente garante a prestação de todos os serviços que o banco põe a disposição de seus clientes, dentre os quais podemos citar o fornecimento de talonários de cheques.

A propósito, dada a importante função econômica que exerce esse título de crédito, a referida Resolução n. 2.025/1993 do Banco Central do Brasil dispensou, em outros dispositivos, inúmeras obrigações do banco para fornecer talonários de cheques aos clientes e autorizou-o, inclusive, "[...] a adotar providências imediatas com vistas a retomar os cheques em poder do depositante", *in verbis*:

> Art. 2º [...].
>
> [...].
>
> II – condições estipuladas para fornecimento de talonário de cheques;
>
> [...].
>
> V – inclusão do nome do depositante no Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos (CCF), nos termos da regulamentação vigente, no caso de emissão de cheque sem fundos, com a devolução dos cheques em poder do depositante à instituição;
>
> Art. 6º É vedado o fornecimento de talonário de cheques ao depositante enquanto não verificadas as informações constantes da ficha-proposta ou quando, a qualquer tempo, forem constatadas irregularidades nos dados de identificação do depositante ou de seu procurador.
>
> Art. 7º O talonário de cheques somente poderá ser entregue mediante recibo datado e assinado pelo depositante ou portador expressamente autorizado, o qual deverá ser identificado no ato da entrega.
>
> Parágrafo único. Caso seja suspenso o fornecimento de talonário de cheques, a instituição financeira deverá adotar providências imediatas com vistas a retomar os cheques em poder do depositante.
>
> Art. 8º Quando, por qualquer motivo, o titular estiver impedido de receber talonário de cheques, a conta de depósitos à vista somente

> poderá ser movimentada por meio de cheque avulso, nominativo ao próprio emitente, por recibo ou por meios eletrônicos de pagamento.
>
> Parágrafo único. A movimentação de conta referida neste artigo será efetuada sem ônus para o depositante.
>
> Art. 10. É facultada à instituição financeira a abertura, manutenção ou encerramento de conta de depósitos à vista cujo titular figure ou tenha figurado no Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos (CCF).
>
> Parágrafo único. É proibido o fornecimento de talonário de cheques ao depositante enquanto figurar no CCF.
>
> Art. 12. Ao encerrar conta de depósitos à vista, a instituição financeira deve:
>
> I – expedir aviso ao titular, solicitando a retirada ou a regularização do saldo e a restituição dos cheques acaso em seu poder; (sublinhei)

Nesse contexto, não há nenhuma dúvida de que a devolução de cheques sem provisão de fundos decorre da falha da prestação do serviço das instituições financeiras, pois os correntistas somente podem fazer uso desse título de crédito após autorizados por seu banco, que, antes, deve fazer cumprir todas as normas regulamentares relativas à conta-corrente.

Note-se que, para que o cheque possa ser emitido, o artigo 4º da Lei n. 7.357, de 2-9-1985, conhecida como "Lei do Cheque", preceitua que "o emitente deve ter fundos disponíveis em poder do sacado e estar autorizado a sobre eles emitir cheque [...]".

Rubens Requião, em tom de desabafo, já chamava a atenção para esse mal que assola atualmente o nosso País, do emitente de cheque sem provisão de fundos:

> Um grave problema envolveu, levando a ponto crítico, o uso de cheque em nosso país. A prática de se emitir, impunemente, cheque sem provisão de fundos, desmoralizou esse título, tornando-o inseguro e insuspeito, como meio de pagamento. Vulgarizou-se o aviso em hotéis e outros estabelecimentos comerciais de que não se admite pagamento por cheque.

> Isso se deve, como bem acentua Waldemar Ferreira, à Lei de 1912, que segundo sua significativa opinião "frouxa se mostrou". Com efeito, a proliferação de cheques sem fundos se deve à frouxidão da lei e à tibieza e complacência de nossos juízes e tribunais (*Curso de direito comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 493).

Sem sombra de dúvida, a omissão dos bancos tem contribuído para o agravamento dos emitentes de cheques sem fundos, já que, hoje, é perfeitamente possível o correntista retirar o talão de cheques por meio do caixa eletrônico, sem nenhum controle prévio do saldo de sua conta-corrente.

Preocupados apenas com os lucros gerados pelos inúmeros serviços que os clientes são obrigados a contratar, muitas vezes, as instituições financeiras não exercem nenhuma fiscalização não só prévia, como repressiva, sobre aqueles que estão em posse de talonários de cheques, o que tem levado à "desmoralização" desse tipo de título de crédito.

A par dessa circunstância, inúmeras já foram as propostas do Legislativo para "resgatar" a credibilidade que gozava esse título de crédito, e vale destacar o rejeitado Projeto de Lei n. 4.780/1998 do Deputado Feu Rosa, do PSDB/ES, que visava à alteração da citada Lei n. 7.357/1985:

> A emissão de cheques sem fundos é um problema bem antigo, mas assumiu dimensões alarmantes nos últimos meses, atingindo principalmente os comerciantes, que são suas grandes vítimas. A correção do problema requer que o sistema bancário tenha maior responsabilidade no processo, através do rigor nas exigências para abertura de contas e, principalmente, na entrega de talonários de cheques.

É bem verdade que o referido projeto e todas as demais propostas a ele apensadas, no total de dez, foram rejeitadas pelo voto do relator, Deputado Mendes Ribeiro Filho. Não obstante, é crescente a preocupação de todos com a emissão de cheques, inclusive do legislador, pois é incontroverso que o aludido título de crédito vem, dia a dia, perdendo prestígio, pelo que não está mais conseguindo, como destacado no voto de Sua Excelência,

o Deputado Mendes Filho, "gerar um ambiente confiável para as relações comerciais".

A falta de maior credibilidade desse título de crédito na atualidade, levou o Banco Central do Brasil a editar a Resolução n. 3.972, de 28-4-2011, com vistas a orientar as instituições financeiras, mantenedoras de contas de depósitos a vista, a aprimorar e explicitar disciplina adotada para o uso de cheque por parte de correntistas, estabelecendo critérios objetivos e transparentes, de natureza operacional, para o fornecimento de folha de cheque.

Deveras, extraem-se dos incisos I a VI e do parágrafo único do artigo 2º da referida resolução que os bancos devem, detidamente, guardar maior acuidade, dentre outros, quando do fornecimento de folhas de cheques aos correntistas.

É mister consignar que a resolução em tela determina, inclusive, que as instituições financeiras são obrigadas não só a orientar os seu clientes sobre "a disciplina estabelecida para o uso do cheque", "as práticas incompatíveis com a disciplina adotada, bem como com as disposições legais e regulamentares sobre a matéria", "as práticas que podem caracterizar abuso do direito de impedir o curso normal dos cheques" e "as cominações legais e regulamentares e as medidas cabíveis, no caso de descumprimento da regulamentação e da disciplina estabelecida" (*ex vi* do § 1º, incisos I a IV, do artigo 1º da resolução em comento), mas também a *monitorar* os casos considerados incompatíveis com a disciplina estabelecida, autorizando-as a adotar as seguintes medidas: "orientação", "notificação formal", "suspensão do fornecimento de folhas de cheques" ou "encerramento de conta", de acordo com o que disciplina o seu artigo 1º, § 2º, inciso II, alíneas *a* a *d*.

A resolução do Banco Central do Brasil acima indicada, bem se vê, só confirma aquilo que se está discutindo nesses autos, uma vez que o cheque,

nos dias de hoje, não está mais cumprindo o seu papel de confiabilidade nas práticas empresariais.

Nesse norte, chega-se ao absurdo de os estabelecimentos, mormente os pequenos e médios empresários, afixarem cartazes com os dizeres de que "não aceitamos cheques"; tudo porque o banco não cumpre, como é público e notório, com os procedimentos para o fornecimento de folhas e/ou talonários de cheques.

Ora, a par disso, demonstra-se um contrassenso, visto que o banco é quem autoriza e verifica as condições financeiras para que o cliente possa emitir cheques, todavia não pode ser responsabilizado pela falta de pagamento.

Não é demais lembrar que o banco réu, em nenhum momento, atendeu a contento o ônus que lhe incumbia o artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil, uma vez que não demonstrou que adotou os procedimentos legais a que está obrigado.

Ademais, se é certo que o banco responde objetivamente pelos danos que causa, também é certo que a ele se aplica a teoria do risco, pois na mesma medida em que aufere vantagens e lucros, igualmente deve suportar as desvantagens pelos riscos no desempenho da sua atividade.

Na teoria do risco, como explica Sérgio Cavalieri Filho, "[...] todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa" (*Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 136).

Veja-se, a propósito, a doutrina de José Batista de Almeida:

> Os produtos e serviços ofertados no mercado destinam-se a satisfazer as necessidades dos consumidores, nos aspectos de indispensabilidade, utilidade e comodidade, sendo conatural a expectativa de que funcionem conveniente e adequadamente ou se prestem à finalidade

que deles legitimamente se esperam. Não fosse assim e não estaria justificada a razão de sua existência.

É certo, por outro lado, que os fornecedores procuram produzir bens e serviços adequados ao consumo, seguros, eficientes e indenes de defeitos, utilizando-se, para tanto, de testes e controles de produção e qualidade, com o objetivo de eliminar ou pelo menos reduzir a colocação no mercado de produtos defeituosos.

Ocorre, porém, que, mesmo com o emprego de diligência na produção ou prestação e de rigoroso controle, ainda assim alguns produtos e serviços acabam entrando no circuito comercial com defeitos que culminam por causar lesão à saúde, à segurança e ao patrimônio dos consumidores e usuários. Tais danos, anônimos e inevitáveis, não são produzidos por pessoas e sim por coisas (produtos ou serviços) e se repetem com relativa freqüência, estatisticamente mensurável.

A propósito, salienta o Prof. LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, com grande acuidade, em excelente monografia sobre o tema, que "a superveniência de alguns fatores, tais como o desenvolvimento dos mecanismos de produção, a multiplicação dos veículos e a intensificação dos sistemas de transporte, a difusão de materiais inflamáveis, e mesmo o enorme crescimento da população conjugado com o fenômeno da urbanização crescente, trouxe notável aumento de riscos e danos. Ademais – complementa o mesmo autor –, grande parte dessas hipóteses de risco não se ajusta ao esquema tradicional de culpa e de ato ilícito. Para atender ao anseio, que sempre existe, de ressarcimento, mister se fazia encontrar meios de alforriar a vítima da prova de culpa, não só porque essa prova via de regra constituía obstáculo intransponível, mas também porque existem hipóteses de dano que não permitem a imputação de culpa a uma pessoa, visto que são conexas a determinadas atividades, aparecendo como estatisticamente inevitáveis".

A inevitabilidade dessas falhas no sistema de produção seriada e a impossibilidade prática de sua completa eliminação conduziram à idéia de criação de mecanismos legais de ressarcimento de danos pelo simples fato de colocação no mercado de produtos e serviços potencialmente danosos, atribuindo ao fornecedor a responsabilidade pelos danos nessa condição causados à vítima e a terceiros, dentro do princípio de que aquele que lucra com uma atividade deve

responder pelo risco ou pelas desvantagens. Daí o surgimento da teoria do risco criado, que tem o sentido de atribuir ao fornecedor o dever de reparar danos causados aos consumidores pelo fato de desenvolver determinada atividade potencialmente danosa. Ou seja, faz com que o agente fornecedor assuma todos os riscos de sua atividade.

Imbuído nesse espírito, o legislador acolheu integralmente a teoria do risco criado como apta e suficiente para garantir o consumidor em relação aos danos que viesse a sofrer pelo fato da colocação no mercado de produtos e serviços.

Subjacente ao tema, cumpre verificar que ao dever geral de não causar prejuízo a outrem (CC de 1916, art. 159) correspondeu o dever especial de não colocar no mercado de produtos e serviços que possam acarretar riscos à saúde e segurança dos consumidores (CDC, art. 8º). Esse último dispositivo, aliás, impõe ao fornecedor, em correspondência simétrica com os direitos básicos dos consumidores, os seguintes deveres: a) não colocar no mercado produtos e serviços que impliquem riscos à saúde e segurança, exceto os havidos normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição; e b) dar ao consumidor informações necessárias e adequadas a respeito do funcionamento e da potencialidade danosa. Em conseqüência da não-observância desses deveres surge a responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto e do serviço (CDC, arts. 12 e 14). Da infringência desses deveres surge a responsabilidade civil do fornecedor, com a conseqüente obrigação de indenizar consumidores e vítimas em face dos defeitos apresentados por produtos e serviços.

Assim, como regra, é o fornecedor o responsável pelo fato do produto ou do serviço (CDC, art. 12), pelo simples fato de que o fabricante, o produtor, o construtor e o importador são os autores da colocação no mercado do produto defeituoso, sendo natural, portanto, que assumam os riscos dessa conduta e arquem com os encargos decorrentes da reparação de danos das atividades que lhe são próprias, como projeto, fabricação, construção, montagem, manipulação ou acondicionamento, além daquelas decorrentes de insuficiência ou inadequação de informações sobre utilização e riscos dos produtos e serviços. Em todos os casos a responsabilidade se mostra clara e evidente, tendo em vista o ele entre o fornecedor e

> o produto ou serviço (*Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 58-60).

Logo, as instituições financeiras, porque respondem objetivamente e porque estão sujeitas às normas do Código de Defesa do Consumidor, devem reparar os danos causados aos consumidores decorrentes de sua atividade.

E, como enfatiza Sérgio Cavalieri Filho, "por mais organizados que sejam os bancos, nessa infinidade de operações que realizam é possível ocorrer falhas no sistema que acarretem prejuízos aos clientes ou terceiros" (*Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 398).

Não fosse isso, é bom que se diga que os bancos, todos eles, lucram com a devolução de cheques sem fundos, de acordo com o que preceitua o artigo 14 da Resolução n. 1.682, de 31-1-1990, do Banco Central do Brasil:

> Art. 14. Será cobrada, pelo executante do serviço de compensação de cheques e outros papéis, taxa de serviço equivalente a 1 (um) BTN, pela devolução de cheque à câmara de compensação:
>
> a) do banco sacado, no caso de ocorrência causada por qualquer dos motivos de 11 a 25, que a poderá transferir ao correntista quando configurados os motivos de 11 a 24;
>
> b) do banco portador, no caso de ocorrência causada por qualquer dos motivos de 31 a 49, que a poderá transferir para o depositante quando configurado o motivo 31.

É incontroverso, portanto, que os bancos não só prestam atividades potencialmente danosas como também tiram proveito com a devolução de cheques, pelo que devem ser responsabilizados pelo pagamento dos cheques emitidos por seus correntistas e devolvidos por ausência de fundos.

Reza o bom-senso que todo aquele que recebe cheque como forma de pagamento acredita que o banco tenha adotado a segurança necessária prevista nas normas regulamentares referentes à conta-corrente e à entrega dos talonários.

A falta de segurança torna o serviço defeituoso, que, na forma do artigo 14, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor ocorre "[...] quando não fornece segurança que o consumidor dele pode esperar [...]".

Zelmo Denari ressalta que "[...] um produto ou serviço é defeituoso quando não corresponde à legítima expectativa do consumidor a respeito de sua utilização ou fruição, vale dizer, quando a desconformidade do produto ou serviço compromete a sua prestabilidade ou servibilidade" (*Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 156).

Justamente é o que ocorre com aquele que recebe cheque sem fundo como forma de pagamento, que não tem nenhuma serventia ao seu portador, não passando de "mera folha de papel", mormente se o devedor, como ocorre na maioria das vezes, não tem liquidez para saldá-lo.

Chama-se a atenção de que a matéria debatida nestes autos já foi enfrentada na sessão do Grupo de Câmaras de Direito Civil, de 10-11-2010, quando do julgamento dos Embargos Infringentes n. 2010.016337-2, da relatoria do Des. Joel Dias Figueira Júnior, nos quais ficou reconhecida a responsabilidade das instituições financeiras pelos emitentes de cheques sem fundos, assim ementado:

> EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CHEQUE EMITIDO SEM PROVISÃO DE FUNDOS. RELAÇÃO DE CONSUMO. DANO MATERIAL CONFIGURADO. FORNECIMENTO DE TALONÁRIO DE CHEQUES A CLIENTES. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. TERCEIRO EXPOSTO À PRÁTICA DE ATO ILÍCITO EQUIPARADO AO CONSUMIDOR, PORQUANTO VÍTIMA DO EVENTO DANOSO - EXEGESE DO ART. 17 C/C ART. 29 DO CDC - PRAZO PRESCRICIONAL - HIPÓTESE DE ILÍCITO CIVIL QUE NÃO SE CONFUNDE COM O VÍCIO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - INCIDÊN-

CIA DO ART. 27 DO CDC, E NÃO DO ART. 26, INCISO I, DO MESMO DIPLOMA LEGAL.

I - O art. 26 do CDC, que dispõe acerca dos prazos decadenciais, regula as hipóteses de perecimento do direito material para as situações em que o consumidor pretende reclamar por vícios aparentes ou de fácil constatação, para fornecimento de serviços e produtos não duráveis.

De outro vértice, o art. 27 do Código Consumerista regula a incidência da prescrição quinquenal para as hipóteses de ilícito civil em que o consumidor articula pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

II - É assente que o CDC regula dois modelos distintos de responsabilidade civil, quais sejam, por vício de qualidade ou quantidade dos produtos ou serviços e por danos causados aos consumidores.

Assim, o fornecedor de produtos ou serviços responde pelos vícios qualitativos, em face de do consumidor direto ou terceiros, vítimas do evento, quando presentes os seguintes pressupostos: a) vício ou defeito do produto ou do serviço; b) dano (eventus damni) e, c) a relação de causalidade verificada entre o vício ou defeito e o evento danoso (art. 12 c/c art. 14, CDC).

III - No caso em exame, o autor, terceiro endossatário beneficiário de cheque sem provisão de fundos, emitido por cliente do banco réu, apresentou a cártula ao estabelecimento sacado em outubro de 2001 e ajuizou a demanda ressarcitória em setembro de 2003, portanto, dentro do prazo legal, sem qualquer possibilidade de incidência de perecimento do direito de ação, pois, tratando-se de ilícito civil, a norma reguladora da prescrição é a do art. 27 do CDC, que estabelece o prazo quinquenal.

IV - Assim, rechaçada a incidência de prescrição ou decadência e presentes os pressupostos ensejadores da responsabilidade civil, mister se faz conhecer dos embargos infringentes para negar-lhes provimento, mantendo-se integralmente o entendimento esposado no voto vencedor objurgado.

V - I - Mediante interpretação lógico-sistemática dos artigos 2º, 17 e 29 do CDC, não resta a menor dúvida de que o terceiro

> beneficiário de cheque emitido sem provisão de fundos figura na cadeia relacional bancária e cambial como consumidor vítima em face do evento danoso por ele sofrido.
>
> Aliás, outra não é a redação insculpida no art. 17 da Lei 8.078/1990, in verbis: "Para efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento".
>
> Na mesma linha, complementa o art. 29 do aludido Diploma: "Para os fins deste capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas".
>
> Por conseguinte, elementar afigura-se a conclusão de que o terceiro lesado em decorrência do não recebimento de um cheque lançado sem suficiência de fundos possa pleitear em face do banco sacado indenização pelos prejuízos materiais sofridos, motivo pelo qual não há falar em ilegitimidade passiva ad causam da instituição financeira, cuja responsabilidade civil é objetiva.

Não se desconhece que a discussão da matéria debatida nesses autos está longe de ser pacífica, até porque os que a defendem exortam princípios de ordem constitucional e infraconstitucional, como forma de diminuir a regra de que os bancos somente devem fornecer talonários de cheques aos clientes que gozam de boa saúde financeira e/ou adotar medidas para retomá-los dos que perderam tal capacidade econômica, como quer a Resolução n. 2.025/1993 do Banco Central do Brasil.

Como já observou o Prof. Marcelo Novelino, "a euforia na aplicação dos princípios e a conseqüente subvalorização das regras precisam ser seriamente repensadas e trabalhadas" (*Direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 66).

Este Tribunal de Justiça, mais de uma vez, já responsabilizou a instituição financeira pelo emitente de cheque sem provisão de fundos, como se vê dos seguintes julgados:

> APELAÇÃO CÍVEL. MODERNIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. GARANTIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE

DIREITO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO NORTE DE TODA A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

"Neste momento histórico de fortes tensões, os autores atribuem ao Poder Judiciário a função de garantir um Estado Democrático de Direito, o que supõe cumprir o Direito Positivo de forma compromissada com os interesses da população brasileira, colocando o respeito à Constituição como o norte de toda a prestação jurisdicional. Daí resultará, então, um Poder direcionado à efetivação de Direitos e não, ao abandono dos cidadãos e cidadãs a sua própria sorte." (Prudêncio, Carlos; Rosa de Andrade, Lédio; Faria, José Eduardo. Modernização do Poder Judiciário, a Justiça do Futuro. Tubarão: Editorial Studium, 2003, p. 31 e 32)

REALIDADE ATUAL. RESPONSABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO EM NÃO PERMITIR ABUSOS CONTRA O INTERESSE COLETIVO.

"No Brasil, vigorou uma ditadura imposta por generais mandatários até a eleição de Tancredo Neves e, de lá para cá, persistem os ranços ditatoriais que estão impregnados na precária cultura brasileira, pois os que mandam continuam entendendo que o povo se mantém em sua prolongada passividade.

Temos que romper com essa letargia e isso só acontecerá se o judiciário cumprir rigorosamente seu papel, que é o de expurgar das leis e dos costumes referidos atos ditatoriais, determinando que as autoridades públicas - infelizmente aí incluídos os banqueiros, pois estes mandam mais que aqueles devido à simbiose que há entre ambos - se acordem para o fato de que a grande transformação social por que passa o mundo não permite que a maioria numérica com direitos democráticos se submeta aos poucos que ainda estão impregnados de conceitos da monarquia absolutista.

Penso estar na hora de enfrentarmos uma realidade atual, qual seja a da supremacia das teses das instituições financeiras em detrimento da interpretação as leis. Acredito que devemos repensar as decisões que interfiram no setor econômico, até mesmo para darmos uma resposta aos empresários e à população em geral no sentido de que o Poder judiciário não permitirá abusos contra quem quer que seja e que somente a lei, aliada ao seu fim social, prevalecerá. Nada mais de obedecermos resoluções, portarias e demais atos administrativos

em detrimento da lei. É de se atender ao mínimo as expectativas e os anseios sociais no que pertine ao asseguramento, dos direitos garantidos na Constituição Federal, notadamente no que diz respeito ao princípio do devido processo legal." (AI n. 1999.017295-3, Relator Des. Carlos Prudêncio, DJ de 25-5-2000)

DIREITO DO CONSUMIDOR. DIREITO FUNDAMENTAL. ART. 5, INC. XXXII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROTEÇÃO PELO ESTADO.

A Constituição Federal estabelece no art. 5, XXXII, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, que o "Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". Erigiu, portanto, essa defesa ao patamar de direito fundamental e, assim o fazendo, impôs também ao Poder Judiciário, quando intérprete e aplicador da legislação infraconstitucional, o dever de considerar e valorar essa hierarquia constitucional quando o consumidor estiver em litígio.

ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIO DA DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 170, INC. V, DA CF. INTERPRETAÇÃO AMPLIADA.

"A par de consubstanciar, a defesa do consumidor, um modismo modernizante do capitalismo - a ideologia do consumo contemporizada (a regra "acumulai, acumulai" impõe o ditame "consumi, consumi", agora porém sob proteção jurídica de quem consome) - afeta todo o exercício da atividade econômica, inclusive tomada a expressão em sentido amplo, como se apura da leitura do parágrafo único, II do art. 175. O caráter constitucional conformador da ordem econômica, deste com os demais princípios que tenho cogitado, é inquestionável." (Grau, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, interpretação e crítica. Editora Malheiros, 9 ed., p. 225)

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SUJEIÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS ÀS CHAMADAS OPERAÇÕES SECUNDÁRIAS. ENTENDIMENTO DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

"1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como

destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência." (STF, ADI 2591, relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJ de 29-09-2006, p. 031)

LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. EXEGESE DOS ARTS. 2, 17 E 29. EXTENSÃO DO CONCEITO DE CONSUMIDOR. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. FORNECEDOR. VÍCIO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. OPERAÇÕES BANCÁRIAS ACESSÓRIAS. COBRANÇA DE TAXA NA DEVOLUÇÃO DE CHEQUE. LIBERAÇÃO SEM QUALQUER CONTROLE DE TALONÁRIO. RISCO DA ATIVIDADE. ALCANÇE DO BANCO PARA RESPONDER. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.

"Se, no sistema do CDC, todos estes "terceiros" hoje se incluem como "consumidores, consumidores stricto sensu do art. 2 (quem "utiliza um serviço"), consumidores equiparados do parágrafo único do art. 2 (coletividade de pessoas ainda que indetermináveis, que haja intervindo na relação de serviço), do art. 17 (todas as vítimas dos fatos do serviço, por exemplo os passantes na rua quando avião cai por defeito do serviço) e do art. 29 (todas as pessoas determináveis ou não expostas às praticas comerciais de oferta, contratos de adesão, publicidade, cobrança de dívidas, bancos de dados, sempre que vulneráveis in concreto), então temos que rever nossos conceitos sobre estipulações em favor de terceiro e, no processo, sobre legitimação destes terceiros para agir individual ou coletivamente". (Marques, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor, o novo regime das relações contratuais. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002)

Revendo o conceito da legitimação, considerando o direito do consumidor como norma fundamental e princípio informador do ordenamento jurídico, é perfeitamente admissível, por meio de interpretação lógico-sistemática, considerar o recebedor de cheque sem fundo como consumidor vítima de serviço mal prestado por

instituição financeira; e, por sua vez, a legitimidade passiva da casa bancária, considerada fornecedora, ao gerir as operações bancárias acessórias que revelam cunho de prestação de serviços secundários, sempre destinados a atrair clientes, principalmente com a cobrança da taxa de devolução de cheque à câmara de compensação o que evidencia, sem qualquer dúvida, a liberalidade e a ânsia desmedida do banco para, ao não impor qualquer limitação ao cliente no tocante a disponibilização de talões de cheques, cobrar mais e mais tarifas a fim de obter lucros estratosféricos.

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. INDENIZAÇÃO. CHEQUE DEVOLVIDO SEM FUNDOS. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE DEVERIA SER DILIGENTE NA LIBERAÇÃO DE CHEQUES A SEUS CLIENTES. PRODUTO DEFEITUOSO. DEFEITO POR SEU MODO DE FORNECIMENTO E OS RISCOS DA FRUIÇÃO (ART. 14, § 1º, I E II, DO CDC). DEVER DE INDENIZAR. RECURSO PROVIDO.

Estabelecida a aplicabilidade da responsabilidade civil objetiva do fornecedor, prevista no Código de Defesa do Consumidor, necessário para a sua incidência no caso concreto comprovar tão-somente a existência do dano e do nexo de causalidade, pois irrelevante a conduta (dolo ou culpa) da instituição financeira.

Ocorre dano ao consumidor, que recebe cheque sem provisão de fundos e fica privado do valor nele constante, e evidente o nexo etiológico entre este e a conduta do fornecedor de serviço, instituição financeira, que presta serviço defeituoso por seu modo de fornecimento e os riscos da fruição, quando o banco sem qualquer cuidado pela atividade que desenvolve, até para que não se eleve o risco do mercado financeiro, admite sem qualquer controle interno a liberação de vários talonários de cheques exigindo para tanto tão-somente documento de identificação (RG e CPF) e comprovante de residência, a teor do art. 14, § 1º, I e II, do Código de Defesa do Consumidor.

Dessarte, verificado o dano e o nexo causal, exsurge a responsabilidade do banco pela reparação do dano ao prestar serviço defeituoso quando libera talões de cheques sem qualquer limitação e estes são devolvidos sem fundos (Ap. Cív. n. 2005.005907-7, de Brusque, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. em 13-11-2007).

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. DEVOLUÇÃO DE CHEQUES EMITIDOS SEM PROVISÃO DE FUNDOS. PREJUÍZO DO BENEFICIÁRIO. AJUIZAMENTO DA DEMANDA EM FACE DO SACADO. SENTENÇA QUE EXTINGUE O FEITO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. INSURGÊNCIA DO VENCIDO. REFORMA DA DECISÃO. APLICAÇÃO DO CDC (ARTS. 2º, 17 E 29). EXEGESE DO CONCEITO DE CONSUMIDOR EQUIPARADO. BANCO, ADEMAIS, QUE SE ENQUADRA NA FIGURA DE FORNECEDOR. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LIBERAÇÃO DE TALONÁRIO SEM QUALQUER ESPÉCIE DE CONTROLE. PERMISSÃO DE QUE AS CÁRTULAS, EMBORA DESTITUÍDAS DE LASTRO FINANCEIRO, PERMANEÇAM EM POSSE DOS CORRENTISTAS. TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE. ART. 927, § ÚNICO, DO CC-2002. LEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA. CAUSA PRONTA PARA JULGAMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 515, § 3º, DO CPC. COMPROVADOS OS ELEMENTOS ENSEJADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. ART 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. RECURSO PROVIDO.

1. As instituições financeiras - fornecedoras de serviços que são - estão irrecusavelmente sujeitas à incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo esta, ademais, a única abordagem capaz de promover a adequada proteção constitucional do consumidor (arts. 5º, XXXII e 170, V, da CF) quando em jogo pretensão indenizatória por devolução de cheques sem suficiente provisão de fundos.

2. O beneficiário de cheque devolvido por falta de provisão de fundos qualifica-se, de sua vez, como consumidor - mediante a conhecida técnica de equiparação conceitual presente no art. 17 da lei 8.078/90 - pois vítima das intercorrências defluentes do fato de produto ou serviço.

3. Assim, exsurge do próprio delineamento de um sistema jurídico calcado na responsabilidade social e na efetiva reparação de danos - sobretudo face ao fenômeno da constitucionalização e repersonalização do direito privado, o qual implica a revisita dos institutos jurídicos, dentre eles, o da responsabilidade civil - a

> possibilidade de os sacados virem a responder, assegurado o manejo da ação de regresso, pela emissão de cheques sem provisão de fundos realizada pelos sacadores dos títulos, especialmente porque a esse fato incide, à toda evidência, o art. 14 do CDC, o qual dispõe acerca do defeito na prestação dos serviços.
>
> 4. Destarte, por intermédio dessa verdadeira cláusula geral de responsabilidade objetiva - reflexo direto dos princípios da eticidade e da socialidade - deve o sacado indenizar o tomador pelos danos sofridos em face da devolução de cheques por ausência de fundos, já que a concessão de talonário a quem não possui capacidade econômica (ou a sua manutenção em posse de quem haja perdido lastro financeiro para honrá-lo), malfere, frontalmente, um dever especial de segurança do serviço, legitimamente esperada.
>
> 5. De mais a mais, tal espécie de responsabilidade objetiva encontra amparo, igualmente, no § único do art. 927 do Código Civil de 2002, consectário da compreensão acerca da disponibilidade sistêmica de cláusulas gerais e conceitos indeterminados - a demandar o devido preenchimento conceitual pelos seus intérpretes - vazadas em termos amplíssimos e aptas a inaugurar uma dinâmica abertura e mobilidade do sistema, também em sede de responsabilidade civil.
>
> 6. A doutrina nacional, outrossim, já se inclinou, de há muito, no sentido da aplicabilidade da teoria da responsabilidade pelo risco profissional ao segmento bancário, consolidando, assim, o entendimento de que firmou-se um princípio geral de acordo com o qual os bancos - por imperativo de justiça distributiva e responsabilidade social - respondem pelo risco assumido pela exploração lucrativa de suas atividades, vez que, recolhendo as vantagens do seu comércio, deve sofrer, também, sua desvantagem, a qual se consubstancia no próprio risco inerente ao seu exercício ("ubi commoda, ibi sunt incommoda") (Ap. Cív. n. 2005.038361-7, de Brusque, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. em 7-8-2008).

Logo, a partir do momento que o banco fornece o talonário de cheques ao correntista sem suficiência de saldo mínimo em conta-corrente, descumpre uma obrigação imposta por lei, que, gerando um prejuízo a outrem, faz nascer a responsabilidade civil para reparar o dano decorrente de sua atividade.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para condenar o banco réu ao pagamento de R$ 400,00 (quatrocentos reais), sobre o qual deve incidir correção monetária, pelo INPC-IBGE, a partir da data da devolução do cheque e juros de mora, de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação.

Outrossim, condena-se o réu ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, os quais se fixam em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, com base no artigo 20, § 3º, do Código de Ritos.

Este é o voto.

Declaração de voto vencido da Exma. Sra. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

> *Ementa Aditiva*
>
> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS AFORADA CONTRA O BANCO SACADO IMPUTANDO-SE-LHE RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DOS CHEQUES EMITIDOS POR SEUS CLIENTES. DESCABIMENTO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.
>
> O sacado de um cheque não tem, em nenhuma hipótese, qualquer obrigação cambiária. O credor do cheque não pode responsabilizar o banco sacado pela inexistência ou insuficiência de fundos disponíveis (Coelho, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 272).

Divergi da douta maioria por entender que *"o sacado de um cheque não tem, em nenhuma hipótese, qualquer obrigação cambiária. O credor do cheque não pode responsabilizar o banco sacado pela inexistência ou insuficiência de fundos disponíveis"* (Coelho, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 272).

Assim, bem andou o magistrado sentenciante ao julgar improcedente a ação.

Essas as razões da divergência.

Florianópolis, 20 de novembro de 2012.

Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Apelação Cível n. 2012.007943-5, de Lages

Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS DE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. PROCEDIMENTO ESPECIAL DE JURISDIÇÃO CONTENCIOSA PROPOSTO PELO GENITOR/ALIMENTANTE CONTRA A GENITORA/GUARDIÃ DO FILHO DO CASAL SOB A ACUSAÇÃO DE NÃO ESTAR SENDO OS ALIMENTOS DIRECIONADOS AO INFANTE E SIM UTILIZADOS EM PROVEITO PRÓPRIO E DE TERCEIROS, COM ARRIMO NOS ARTS. 1.589 E 1.689, CAPUT, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL . SENTENÇA EXTINTIVA DO FEITO (ART. 267, I, DO CPC) ANTE O INDEFERIMENTO DA INICIAL (ART. 295, CAPUT, INCISOS II E III DO MESMO DIPLOMA LEGAL). AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR E IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INICIATIVA INCOMPATÍVEL, ADEMAIS, QUE NÃO SE COADUNA COM AS NORMAS DO DIREITO DE FAMÍLIA ONDE DEVE REINAR A PAZ E HARMONIA ENTRE SEUS INTEGRANTES. TENDÊNCIA CLARA DE AGRAVAMENTO DA SITUAÇÃO FAMILIAR COM CONSEQUENCIAS QUIÇA DESASTROSAS, PRINCIPALMENTE PARA O ALIMENTANDO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

O genitor/alimentante tem o direito e o dever de fiscalizar a manutenção e educação dos filhos e, manejar a ação própria - que não a de prestação de contas -, diante da inobservância dos deveres concernentes ao poder familiar do outro genitor, postular a revisão (modificação) do *quantum* alimentar, na conformidade do art. 15 da Lei n. 5.478/68 e ainda a mudança da guarda ou

a suspensão ou perda do poder familiar, cumulando-a, se for o caso, com pleito de tutela antecipada, desde que preenchidos os requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil, isto evidentemente, com observância da norma tocante ao ônus da prova (art. 333, I do Código de Processo Civil e igualmente dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa insculpidos na Carta Magna (art. 5º, LV).

A Justiça foi concebida, não para alimentar conflitos, mas sim para compor litígios e contribuir através de suas decisões para a Paz Social. Daí a impropriedade da utilização da ação de prestação de contas no âmbito do direito de família, procedimento que somente contribuiria para o agravamento e eternização dos conflitos travados entre ex-cônjuges ou ex-companheiros – genitores -, em nada favorecendo os alimentandos, sobretudo por suas condições de pessoas humanas e sujeito de direito, em processo de desenvolvimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.007943-5, da comarca de Lages (Vara da Família), em que é apelante M. da S. W., e apelado E. dos S. W.:

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Des.ª Maria Do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 26 de junho de 2012.

Marcus Tulio Sartorato
RELATOR

RELATÓRIO

M. da S. W. , qualificado na inicial, ajuizou a presente ação de prestação de contas com fundamento nos arts. 1.589 e 1.689, II do Código Civil em face de C. dos S., requerendo que esta na condição de guardiã, preste contas relativas às prestações alimentícias recebidas em favor do filho do casal E. Dos S. W., sob a alegação de que esta ela "desfrutando sozinha e/ou com terceiros" da verba alimentar destinada ao infante, isto desde 19.11.2007, data da homologação do acordo celebrado nos autos da ação de dissolução de sociedade c.c. Oferta de alimentos.

Conclusos os autos, a MM. Juíza de Direito, Doutora Monica Grisolia de Oliveira, indeferiu de plano a petição inicial por falta de interesse processual do autor (fls. 18/19).

Irresignado, o autor interpôs recurso de apelação (fls. 24/31), sustentando que a possibilidade jurídica do seu pedido encontra-se no seu dever de fiscalizar a manutenção e educação de seus filhos. Ao final, pugnou pelo prequestionamento da matéria.

Os autos ascenderam a esta Côrte.

Com vista, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Procurador de Justiça Tycho Brahe Fernandes, opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 39/43).

VOTO

Trata-se de ação de prestação de contas aforada com arrimo nos arts. 1.589 e 1.689, II, do Código civil por M. da S. W. contra C. dos S., ambos qualificados na inicial, objetivando a prestação de contas de valores pagos a título de alimentos para o filho do casal E. dos S. W.

A relação processual não chegou a se concretizar, porquanto, conclusos os autos, a ilustre magistrada de primeiro grau Doutora Monica

Grisolia de Oliveira, proferiu sentença indeferindo de plano o pleito inicial por falta de interesse processual do autor, com fulcro no art. 295, caput, incisos II e III do CPC, concluindo por extinguir o feito sem julgamento de mérito, fulcrada no art. 267, inciso I, do mesmo diploma legal.

Demonstrando sua irresignação, o autor insistindo na tese delineada na inicial, aduz que o pleito além de ter possibilidade jurídica, está respaldado no seu dever de fiscalizar a manutenção e educação de seus filhos.

Nenhum reparo, *data venia*, merece a suscinta, porém, sensata e jurídica decisão recorrida.

Inicialmente, faz-se necessário tecer algumas considerações no que toca ao fundamento jurídico que fez uso o autor para justificar a pretensão exordial.

Embora tenha denominado a ação de prestação de contas, o que forçosamente nos conduz ao disposto no art. 914 e seus incisos do Código de Processo Civil, dispositivo este, direcionado pelo legislador infraconstitucional as atividades envolvendo bens ou interesses comuns e que foram administrados, em determinada época, por força de lei, contrato ou mandato, por terceira pessoa. Portanto, legitimados estão aqueles que tem o direito de exigí-las e os que detém a obrigação de prestá-las, *verbis*

Dispõe o art. 914 do Código de Processo Civil:

> Art. 914. A ação de prestação de contas competirá a quem tiver:
>
> I – o direito de exigi-las;
>
> II – a obrigação de prestá-las.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, discorrendo sobre referido dispositivo legal, asseveram: "*Entende-se por devedor de contas o que administrou bens ou interesses alheios e credor delas aquele em favor de quem a administração se deu. O interessado na ação de prestação de contas é a parte que não saiba em quanto importa seu crédito ou débito líquido, nascido*

em virtude de vínculo legal ou negocial gerado pela administração de bens ou interesses alheios, levada a efeito por um em favor do outro" (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 9ª ed. São Paulo: RT, 2006. p. 982).

Na hipótese dos autos, pretende o autor exigir de sua ex companheira a prestação de contas referente aos valores pagos a título de pensão alimentícia para seu filho, sob a alegação de "*estar a requerida desfrutando sozinha e/ou 'com terceiros' daquilo que de fato pertence ao menor*" (fl. 3). Fundamenta juridicamente sua pretensão no art. 1.589: "*O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação*" (sem grifo no original).

Como se verifica, está o autor alicerçado na expressão *"fiscalizar sua manutenção e educação"*. É uma indisfarçável estratégia, uma vez que, desta forma procura o autor se legitimar para exigir contas de quem não recebeu qualquer mandato, não se vinculou a ele através de contrato e nem está por lei, expressamente, obrigada a prestar-lhe contas de valores recebidos a título de prestação alimentícia direcionada ao filho do casal.

Deixou antever, todavia, nas entrelinhas de suas colocações elencadas na exordial, a ideia de que a iniciativa tem por objetivo proteger o filho, no entanto, não se tem notícia de que propôs qualquer medida protetiva, valendo-se do artifício da ação de prestação de contas, que além de não encontrar supedâneo, expresso, em qualquer dispositivo legal no campo do Direito de família, cria óbices injustificáveis a criação, educação e manutenção do filho do casal.

E, há que se ter em mente, que somente se submete a medida protetiva, o menor que está em situação de risco ou na iminência de ingressar nesta situação. Estas particularidades, naturalmente, deverão estar respaldadas em provas convincentes e consistentes ou no mínimo em indícios

fortíssimos, mesmo porque, deve o julgador estar atento aos princípios da proteção integral e interesse maior dos menores (crianças ou adolescentes), sujeitos de direitos.

In casu, em verdade, não se verifica nem indícios e muito menos provas nítidas que justificassem qualquer medida protetiva tocante ao filho das partes litigantes.

Aliás, respeitante a ré, é oportuno neste momento, formular os seguintes questionamentos: Qual a relação jurídica existente entre ex companheiro, no caso o autor, e a ex companheira no que diz respeito a pensão alimentícia prestada pelo primeiro ao filho do casal que justifique a pretensão? Qual o vínculo que remanesce entre os mesmos? A resposta que sobrevêm, sem qualquer dificuldade, é simples, nenhuma na hipótese dos autos.

Não destoa desse entendimento a decisão proferida neste Sodalício acerca destes aspectos, em caso similar:

> "Ação de prestação de contas. Inexistência de relação jurídica entre autor e réu, de modo a justificar a pretensão do primeiro contra o segundo. Na constância da sociedade conjugal, a administração dos bens comuns pertence ao marido, perante quem deve responder a mulher, quando sem autorização dele, confia a locação de um imóvel a terceiro. Esta, entretanto, não está obrigada a prestar contas ao cônjuge-varão, porque não recebeu dele qualquer mandato nem entre ambos existe vínculo ou relação jurídica. Processo extinto sem julgamento do mérito por carência de ação. Sentença confirmada." (Apelação Cível n. 23.455, de Balneário Camboriú. Relator o Des. Norberto Ungaretti)

A utilização deste procedimento, ao que parece, tem como desiderato, não a obtenção de uma simples prestação de contas, mas sim, de uma ou mais das seguintes situações: a) mudança da guarda; b) modificação ou revisão da pensão alimentícia; e c) suspensão ou destituição do poder

familiar, com a conseqüente modificação da guarda. Por sinal, sem muito esforço, porquanto, estaria ele autor, com este instrumental, transferindo a ex companheira o ônus da prova, qual seja, de prestar contas e contestar a pretensão, isto num prazo exíguo de cinco (5) dias (art. 915 do CPC), o que era, na verdade, de sua incumbência, se buscasse diretamente, pela via apropriada, as situações acima enumeradas, a teor do art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil.

Não fossem estes aspectos, não se pode perder de vista, que a sentença em tais ações (prestação de contas) é de natureza constitutiva, com função predominantemente executiva. Logo, não é de se duvidar, que o autor pela via escolhida, na verdade pretendia atingir uma das situações declinadas, diminuindo, dentre outros particulares, consideravelmente o prazo de defesa e bem ainda o tempo de tramitação, que normalmente ocorre com os processos de maneira geral, até chegar ao seu fim.

É vem verdade que "*A condição de pai não lhe atribui apenas responsabilidade patrimonial, mas também, de assegurar ao filho o direito à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, tal qual o conteúdo do art. 227 da Constituição Federal*." (O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial - Rose Melo Vencelau, págs. 130/131, Renovar 2004). Todavia, o exercício do poder familiar para a defesa de tais nuances há que se balizar em procedimentos que são colocados à sua disposição pela legislação pátria e que dentre os quais, segundo a minha concepção, não está a denominada ação de prestação de contas e muito menos escudada no art. 1.589 do Código Civil. Só para argumentar, o que o dispositivo concede ao alimentante é tão somente o direito de fiscalizar e não, simplesmente e sem qualquer justificativa ou resquício de prova, propor ação de prestação de contas. Outro, estou convicto,

deve ser o caminho a ser percorrido pelo autor, não só para fiscalizar a manutenção e educação do filho, mas principalmente para denunciar, se for o caso, o descumprimento por parte da genitora/guardiã dos deveres tocantes ao poder familiar.

Penso, com a *devida venia*, que não se pode dar uma interpretação extensiva ao referido dispositivo legal a ponto de, com base nele, permitir-se a utilização, pelo alimentante, da presente ação. De outro lado, é perfeitamente compreensível que se conclua, que se quizesse o legislador infraconstitucional permitir a utilização da ação de prestação de contas pelo alimentante, no que diz respeito a verba alimentar, portanto no âmbito do Direito de Família, teria previsto expressamente na legislação de regência, o que não aconteceu.

Logo, se várias são as iniciativas na atualidade, quer de ordem legal, doutrinária ou jurisprudencial, no sentido de se restringir a utilização de recursos, estes responsáveis pelo inchaço do Poder Judiciário e outras, sobretudo no campo do Direito de Família, como por exemplo as conciliações, inexplicável seria, via precedentes jurisprudenciais, permitir-se a utilização de instrumentos, como no caso, esta ação de prestação de contas, que somente iria contribuir, segundo meu juízo, para o acirramento dos ânimos com questionamentos vis, agravando os conflitos familiares, o que em nada serviria aos alimentandos, especialmente por suas condições de pessoas humanas e sujeitos de direito, em processo de desenvolvimento.

Na verdade, este é o tipo de "*ferramenta*" processual por certo, se aceita, acabaria por estimular a disputa entre os genitores pela guarda dos filhos, permitiria o levantamento de suspeitas sobre a honestidade daquele que na condição de guardião administra a pensão alimentícia, enfim, contribuiria para pedidos de revisão dos alimentos, de suspensão ou perda do poder familiar, iniciativas absolutamente desastrosas no âmbito familiar.

Por isso, além da falta de interesse de agir do autor verificada na hipótese em exame, resto-me convencido, de que seria desaconselhável em todos os aspectos, permitir-se a utilização de tão nefasto procedimento (ação de prestação de contas), repita-se, sem previsão legal expressa no direito de família, para que seja avaliada a utilização da verba alimentar dirigida ao alimentando mas, administrada pela genitora/guardiã.

Sobre o tema, o colendo Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra da eminente Ministra Nancy Andrigh assim decidiu : "*A situação jurídica posta em discussão pelo alimentante por meio de ação de prestação de contas não permite que o Poder Judiciário oferte qualquer tutela à sua pretensão, porquanto da alegação de que a pensão por ele paga não está sendo utilizada pela mãe em verdadeiro proveito à alimentada, não subjaz qualquer vantagem para o pleiteante, porque: (i) a já referenciada irrepetibilidade dos alimentos não permite o surgimento, em favor do alimentante, de eventual crédito; (ii) não há como eximir-se, o alimentante, do pagamento dos alimentos assim como definidos em provimento jurisdicional, que somente pode ser modificado mediante outros meios processuais, próprios para tal finalidade*" (REsp n. 985061/DF , Terceira Turma, julgado em 20/05/2008)

Colhe-se da ementa do aresto:

> Direito civil e processual civil. Família. Recurso especial. Ação de prestação de contas. Alimentos. Ausência de interesse de agir.
>
> - No procedimento especial de jurisdição contenciosa, previsto nos arts. 914 a 919 do CPC, de ação de prestação de contas, se entende por legitimamente interessado aquele que não tenha como aferir, por ele mesmo, em quanto importa seu crédito ou débito, oriundo de vínculo legal ou negocial, nascido em razão da administração de bens ou interesses alheios, realizada por uma das partes em favor da outra.
>
> - O objetivo da ação de prestação de contas é o de fixar, com exatidão, no tocante ao aspecto econômico de relacionamento jurídico havido entre as partes, a existência ou não de um saldo, para estabe-

> lecer, desde logo, o seu valor, com a respectiva condenação judicial da parte considerada devedora.

- Aquele que presta alimentos não detém interesse processual para ajuizar ação de prestação de contas em face da mãe da alimentada, porquanto ausente a utilidade do provimento jurisdicional invocado, notadamente porque quaisquer valores que sejam porventura apurados em favor do alimentante, estarão cobertos pelo manto do princípio da irrepetibilidade dos alimentos já pagos.

> (...)
>
> Recurso especial não conhecido.

Tratamento igual foi dado recentemente, na mesma Côrte Superior de Justiça, no acórdão da lavra do não menos ilustre Ministro Massami Uyeda, por ocasião do julgamento do AgRg no Ag 1269320/PR, cuja ementa merece transcrição:

"Agravo Regimental em Agravo de Instrumento – Ação de Prestação de Contas - Obrigação Alimentar - Interesse de Agir - Ausência - Precedente - Agravo Improvido." (Terceira Turma, julgado em 22/03/2011).

Não fosse a ausência de interesse de agir do autor no caso em exame, vislumbro também a impossibilidade jurídica do pedido, no fato de ter ele utilizado de um procedimento (ação de prestação de contas) que se cabível, *ad argumentandum*, seria imprestável por sua absoluta generalidade.

Com efeito, se extrai da exordial, que o pedido se resumiu na prestação de contas da quantia depositada a titulo de alimentos em favor do filho menor desde a data da homologação 19/11/2007. Em suma, não discriminou dentre os itens que constituem a verba alimentar (alimentos, saúde, educação, lazer etc.) aqueles que merecem o devido esclarecimento através da dita prestação de contas.

Esta generalidade, de sã consciência, implicaria numa dificuldade de compreensão de seu alcance e inclusive pois na ampla defesa, este, requisito constitucional a ser rigorosamente observado. Ademais, a futura sentença não teria comando certo e determinado em decorrência de tal anomalia, possibilitando a interposição de recursos indesejáveis.

De outro vértice, nenhuma prova o autor carreou para os autos, noticiando a sua tentativa de obter esclarecimentos da ré via interpelação, o que poderia em tese, possibilitar a verificação do suposto dissenso instalado entre as partes ou dúvidas acerca de determinado item, que justificasse o aforamento da mencionada ação.

Reproduzo, por oportuno, alguns julgados desta Côrte de Justiça acerca de tais temas:

> "AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS PROPOSTA CONTRA ESTABELECIMENTO BANCÁRIO – PEDIDO GENÉRICO – AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO DA TRANSAÇÃO ENSEJADORA DAS DÚVIDAS SUSCITADAS – CIRCUNSTÂNCIA QUE DIFICULTA A DEFESA DO RÉU – ANOMALIA NÃO SUPRIDA NO PRAZO DO ART. 284, DO CPC – INDEFERIMENTO DA INICIAL. O pedido não pode ser genérico ao ponto de inviabilizar a correta compreensão de seu alcance e a ampla defesa." (Apelação Cível n. 97.000997-6, de Tangará. Relator o Des. Eder Graf).
>
> "PRESTAÇÃO DE CONTAS. CONTRATO BANCÁRIO. CORRENTISTA. INTERESSE DE AGIR. FORMULAÇÃO DE PEDIDO GENÉRICO, COM OFENSA AO PRECEITO DO ART. 286 DO CPC. EXTINÇÃO DO PROCESSO. RECURSO DESPROVIDO." (Apelação Cível n. 88.089259-9 de Anita Garibaldi. Relator o Des. Pedro Manoel Abreu).
>
> "PRESTAÇÃO DE CONTAS. CONTA CORRENTE BANCÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS EXTRAJUDICIAIS. FALTA, OUTROSSIM, DE DISCRIMINAÇÃO DOS VALORES INCORRETAMENTE LANÇADOS. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. CARÊNCIA DE AÇÃO DECRETADA. SENTENÇA

> CONFIRMADA. APELO DESACOLHIDO. Desta forma, carece da ação de prestação de contas, pela ausência de interesse processual, aquele que, precedentemente ao pleito judicial, não aciona o estabelecimento bancário administrativamente, não vislumbrando-se instalada, assim qualquer dissensão acerca do dever de prestar contas ou sobre a efetiva correteza dos lançamentos efetuados, acentuada essa carência pelo de o postulante não apontar, de modo concreto, sobre que lançamentos teria incidido incorreção." (Apelação Cível n. 51.427, de Anita Garibaldi. Relator o Des. Trindade dos Santos).

Portanto, reestudando o tema, acabei por me convencer, acerca do descabimento da ação de prestação de contas, tocante as verbas alimentícias, razão indelével para rever o meu posicionamento anteriormente firmado sobre a matéria em julgados desta Câmara.

Ante o exposto, vota-se pelo desprovimento do recurso.

Apelação Cível n. 2012.027650-3, de São José

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. IMPOSSIBILIDADE. COMERCIANTE. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. MÉRITO. PROCEDIMENTO MÉDICO. CIRURGIA DE ARTRODESE. INSERÇÃO DE PARAFUSO DE TITÂNIO. DEFEITO DO PRODUTO. INEXISTÊNCIA.

"A vedação à denunciação da lide prevista no art. 88 do CDC não se restringe à responsabilidade de comerciante por fato do produto (art. 13 do CDC), sendo aplicável também nas demais hipóteses de responsabilidade civil por acidentes de consumo (arts. 12 e 14 do CDC)" (STJ - REsp 1165279, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino).

Nos termos do artigo 13, I, II, III, do CDC, em se tratando de responsabilidade por fato do produto, a responsabilidade do comerciante só aparece quando (I) "o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados", (II) "o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador" ou ainda quando (III) o comerciante não conservar adequadamente os produtos perecíveis, situações não ocorrentes nos autos.

Embora o magistrado não esteja adstrito ao laudo pericial, não lhe é permitido desconsiderar as conclusões do perito e decidir, sem elementos outros, de modo contrário ao que está posto no estudo técnico.

Em se tratando de responsabilidade pelo fato do produto, prevista no artigo 12, *caput*, do CDC, a fabricante elide o dever

de indenizar se, como no caso, demonstrar que o produto inserido no mercado não possui defeito capaz de causar dano ao consumidor (art. 12, § 3º, II, do CDC).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.027650-3, da comarca de São José (2ª Vara Cível), em que são apelantes EBS Indústria de Equipamentos Médicos Ltda e outro, e apelada Nazir Terezinha Machado:

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, (I) negar o benefício da justiça gratuita à apelante EBS Indústria de Equipamentos Médicos Ltda; (II) extinguir o processo, sem resolução de mérito, por ilegitimidade passiva *ad causam*, em relação à Irmandade do Senhor Jesus dos Passos e Imperial Hospital de Caridade; (III) declarar prejudicado o agravo por ela interposto; (IV) prover o recurso de EBS Indústria de Equipamentos Médicos Ltda. para reformar a sentença e julgar improcedente o pleito indenizatório e (V) inverter o ônus da sucumbência, nos termos da fundamentação. 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, 24 de julho de 2012.

Maria do Rocio Luz Santa Ritta
RELATORA

RELATÓRIO

Nazir Terezinha Machado ajuizou ação de indenização por danos morais e materiais contra EBS Indústria de Equipamentos Médicos Ltda. e Irmandade do Senhor Jesus dos Passos e Imperial Hospital de Caridade.

Em fevereiro de 2003, sentindo dores na coluna, a autora consultou-se com um especialista e se submeteu a procedimentos cirúrgicos ("artrodese da coluna vertebral", "osteotomia da coluna vertebral", "pseudo artrose da coluna", "retida de enxerto ósseo") destinados à correção "de alguns problemas articulares em suas vértebras" (fl. 2).

Por meio desses procedimentos foram inseridos em seu organismo "seis parafusos, duas hastes, um conjunto DTT, quatro cilindros e dois dose (sic) de osso", materiais esses fabricados pela primeira ré e fornecidos pela segunda ré, em cujo ambiente hospitalar se realizou a cirurgia.

Decorrido pouco mais de um ano do ato cirúrgico, que qualificou como um "sucesso", e sentindo dores em sua coluna, a autora submeteu-se a novos exames e descobriu que um dos seis parafusos havia se quebrado, situação que a obrigou a se submeter a uma segunda (cara e dolorosa) intervenção médica.

Assentando que o parafuso quebrado continha defeito de fabricação e narrando que o episódio lhe trouxe dissabores anímicos e prejuízos materiais, promoveu ação condenatória contra ambas as rés, uma por ter fabricado o produto, a outra por tê-lo comercializado.

Processado o feito, com a realização de perícia médica, a sentença acostada às folhas 603/615 - e complementada às folhas 660 e 661 - condenou as rés, solidariamente, ao pagamento de danos materiais (R$ 5.503,82) e danos morais (R$ 80.000,00).

Contra essa decisão as rés interpõem recurso de apelação.

Como preliminar, suscitam a nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, em decorrência da não realização de perícia no parafuso que se quebrou, exame esse que havia sido ordenado de ofício pelo magistrado, inclusive com a elaboração de quesitos por parte deste, mas deixado de lado sem qualquer explicação, situação que causou surpresa e perplexidade.

Também a título de cerceamento de defesa, alegam que o médico que realizou as duas cirurgias deveria ter sido ouvido, como amplamente postulado e deferido pelo juízo, a fim de que prestasse esclarecimentos quanto ao sucesso da cirurgia e sobre as possíveis intercorrências do ato médico, levando em conta que a paciente é tabagista e que essa circunstância, de acordo com a literatura médica, pode ser causa do insucesso da cirurgia.

No mérito, dizem que o produto não possui defeito e que a perícia médica atestou que a primeira cirurgia não foi bem sucedida, situação que, em casos análogos, dando azo à sobrecarga no material, é causa razoável da quebra dos parafusos de sustentação inseridos no organismo da autora.

Argumentam, no ponto, que o magistrado ignorou a perícia valendo-se de fundamento de índole subjetiva e dissociado da prova técnica.

Como tese alternativa, defendem a inexistência de danos morais e materiais.

Caso outro seja o posicionamento, entendem que o valor dos danos morais deve ser diminuído.

Alegando ruína patrimonial superveniente, a ré EBS Indústria de Equipamentos Médicos Ltda. postula o benefício da justiça gratuita.

A Irmandade do Senhor Jesus dos Passos e Imperial Hospital de Caridade pugna pelo conhecimento de agravo de instrumento convertido em retido no curso do processo.

Com as contrarrazões, vieram os autos.

VOTO

1. Pronuncio, de ofício, a ilegitimidade do Hospital de Caridade para, na qualidade de comerciante, responder solidariamente com a fabricante pelos fatos narrados na inicial.

No ambiente do CDC, a responsabilidade pela qualidade dos produtos e serviços pode ser analisada sob o prismas da adequação e da segurança, ambos balizados por aquilo que o consumidor pode razoavelmente esperar dos produtos que adquire.

Dessa forma, há a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), que diz com vício de segurança, e a responsabilidade por vício do produto ou do serviço (arts. 18 e 20 do CDC), que se relaciona com a inadequação.

Um produto ou serviço contém vício de inadequação quando não funciona ou funciona mal, ou seja, quando não corresponda à legitima expectativa do consumidor quanto à sua utilização ou fruição. A título de exemplo, cita-se um aparelho celular que não funciona.

Por seu turno, há vício de segurança quando o produto, por defeitos de projeto, fabricação ou montagem, possui periculosidade superior a que deles normalmente se espera, ocasionando acidentes de consumo que, transcendendo o simples mal funcionamento, atinjam o consumidor em atributos diversos de sua integridade patrimonial ou moral, como explosões, ausência de freio de automóveis etc. (art. 12, §1°, CDC).

A espécie retrata responsabilidade civil por "fato do produto" (art. 12 do CDC) imputada à fabricante e à comerciante de parafuso cirúrgico que se quebrou no interior da coluna vertebral da autora, causando a esta prejuízos de ordem moral e material.

Não se trata, pois, de fato do serviço, porque, segundo a inicial, o ato cirúrgico foi bem desempenhado, de sorte que o dano adveio da

comercialização, pelo Hospital, de um parafuso defeituoso, não em função dos serviços médicos prestados por médico relacionado com o nosocômio.

Nos termos do artigo 13, I, II, III, do CDC, em se tratando de responsabilidade por fato do produto, a responsabilidade do comerciante só aparece quando (I) "o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados", (II) "o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador" ou ainda quando (III) o comerciante não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Na linha de sadia doutrina, fora desses casos a responsabilidade é imputada unicamente ao fabricante, ao produtor, ao construtor ou ao importador (cf: DENARI, Zelmo. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, 7ª ed., p. 172; NETTO, Felipe Peixoto Braga Netto. Manual de direito do consumidor à luz da jurisprudência do STJ. Salvador: Editora Jus Podium, 2009, 3º ed, p. 105/106; ANDRADE, Adriano, MASSON, Cleber, ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos esquematizado. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 466/467).

Levando-se em conta que a causa de pedir - aferida *in statu assertionis* - não narra nenhuma das três hipóteses mencionadas nos incisos do citado artigo 13 do CDC, é de rigor a pronúncia da ilegitimidade passiva *ad causam* da Irmandade do Senhor Jesus dos Passos e Imperial Hospital de Caridade, ficando sem objeto o apelo por ela interposto.

Pelo mesmo motivo fica sem objeto o agravo retido, interposto pelo referido hospital com o objetivo de denunciar a lide à Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA e ao plano de saúde de que a autora é titular.

A latere, vale mencionar que, ainda que conhecido, esse agravo não poderia ser provido, pois o CDC, no seu artigo 88, em atenção aos princípios da celeridade e da economia processual, em ordem à facilitar a

defesa do consumidor, veda a denunciação da lide em qualquer causa de consumo, tanto na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, quanto em caso de vício do produto ou do serviço (STJ - REsp 1165279, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; STJ - REsp 801691, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva; TJSC - AI 2011.090936-2, Rel. Desa. Relatora: Desa. Soraya Nunes Lins; TJSC - ACv 2012.026650-2, Rel. Des. Monteiro Rocha; TJSC - AI 2011.064575-0, Rel. Des. Rodrigo Collaço).

2. Rejeito a preliminar de cerceamento de defesa, porque a prova produzida nos autos, em especial a perícia médica, permite o regular julgamento do feito sem prejuízo para as faculdades probatórias de qualquer das partes.

3. Quanto ao mérito do recurso interposto por EBS Indústria de Equipamentos Médicos Ltda., a espécie revela pedido de indenização por insucesso em cirurgia causado pela inserção de um parafuso que, por defeituoso, se quebrou no interior da coluna da autora, obrigando-a a se submeter a uma nova intervenção médica, sofrendo dores, abalo psicológico e diversas despesas.

Pede-se, aqui, a condenação da fabricante pela inserção no mercado consumidor de produto defeituoso que, por esse motivo, causou danos morais e patrimoniais a quem dele fez uso no ambiente de ato cirúrgico.

Na linha da argumentação da sentença, o pedido inicial foi acolhido porque é incontroverso que o parafuso em questão está quebrado e porque, sendo ele forjado em liga de titânio, material sabidamente resistente, não quebraria se não possuísse vício de fabricação.

Porém, essa argumentação não é a melhor e não encontra amparo na prova pericial produzida nos autos.

Tal raciocínio tem como premissa inafastável a demonstração prévia de que a cirurgia ocorreu sem nenhuma intercorrência e que os parafusos

foram implantados no organismo da paciente e lá permaneceram em condições de normalidade.

Ora, se um elevador com capacidade para dez pessoas despencar durante o uso, e se ficar comprovado que no interior da cabine se encontravam não dez, mas vinte pessoas, não será possível assentar que a causa do acidente é a má qualidade dos cabos de sustentação, a partir do argumento franciscano de que estes sabidamente são produzidos com materiais resistentes e, por isso, não romperiam se não estivessem com defeito.

No exemplo figurado, a superlotação configura concausa absolutamente preponderante que pode ser apontada como mola propulsora do evento e, tal como aqui, falta a prova de que o evento se desenrolou em ambiente de normalidade.

No caso, penso, o vício lógico é insuperável, havendo verdadeira petição de princípio, por faltar ao silogismo estampado na sentença justamente a demonstração de que a cirurgia evoluiu positivamente e que em tais condições um parafuso de titânio não se quebraria sem grave defeito congênito.

E, no ponto, a perícia médica – curiosamente não mencionada na sentença - foi categórica ao afirmar que a cirurgia não foi bem sucedida e que em tais casos a quebra do parafuso de titânio, ainda que sem defeito de fabricação, retrata acontecimento normal, previsível e provável.

Nesses termos, em resposta ao questionário proposto pela fabricante do parafuso, o perito explana a natureza da cirurgia realizada pela autora:

> A autora foi submetida à cirurgia de artrodese de coluna lombar, nos níveis entre as vértebras lombares de L4 – L5 e L5 – S1.
>
> Verificou-se que fora realizada a colocação de parafusos pediculares, nos pedículos das vértebras lombares n. 4 e n. 5 e na primeira vértebra do osso sacro.

> Esta cirurgia, conforme os autos, foi complementada por colocação de enxerto ósseo para que houvesse a fusão (consolidação) biológica entre as vértebras escolhidas para artrodese.
>
> Artrodese: - (procedimento cirúrgico que fixa as vértebras da coluna, reduz a dor e devolve a capacidade de movimentação. A artrodese consiste em submeter duas ou mais vértebras a uma anquilose, ou seja, uma restrição do movimento da articulação utilizando algum método de fixação, com parafusos de titâneo ou espaçadores. A artrodese é um procedimento cirúrgico que limita a mobilidade de uma parte da coluna. É uma fusão de vértebras decorrente de alguns motivos como dor, deformidade, fratura ou tumores que acometem a coluna vertebral).
>
> *Somente quando ocorre a fusão (consolidação) biológica das vértebras a artrodese pode ser considerada realizada* (fls. 518/519 – sem destaque no original).

Na sequência, esmiuçou o raciocínio:

> O objetivo de uma cirurgia de artrodese de coluna é realizar a fusão de dois ou mais espaços entre as vértebras (realizar o bloqueio do movimento entre as vértebras). Nestes procedimentos os implantes metálicos são utilizados com o objetivo de bloquear o movimento entre as vértebras até que ocorra a consolidação (fusão das vértebras) através do enxerto ósseo utilizado (fl. 524).

O perito explicou, também, que os implantes não servem indefinidamente como suporte da coluna, pois devem permanecer no organismo até que ocorra a propalada " fusão biológica, ou seja, a consolidação, fusão das vértebras as quais foram escolhidas para a artrodese" (quesito 4, fls. 524/525).

Disse, também, que o parafuso está sujeito à fissura por excesso de carga ou fadiga (quesito 5, fl. 525) e que, no caso da autora, não ocorreu a fusão biológica que se esperava com a cirurgia (quesito 6, fl. 526)

Na sequência, o perito relatou a razão da segunda cirurgia:

> Conforme os autos a autora, após um ano, apresentou dor na coluna lombar e foi diagnosticada fratura (quebra) em um dos parafusos

> e pseudo-artrose ao nível da artrodese, ou seja, *não houve fusão biológica entre as vértebras.* Tendo em vista este problema houve necessidade de realizar nova cirurgia com a troca dos implantes metálicos e nova enxertia óssea (fl. 519 – sem destaque no original).

E, falando sobre as prováveis causas da quebra do material utilizado, anotou:

> Tendo em vista a história da doença da paciente e os documentos examinados na perícia, *verifica-se que causa provável da quebra do material de implante foi a não fusão biológica dos corpos vertebrais (não consolidação óssea) o que levou à pseudo-artrose (não consolidação da artrodese).*
>
> *Essa não consolidação óssea pode ter ocasionado uma sobrecarga sobre o parafuso, ultrapassando seu limite de resistência, ou seja, a fadiga do material de implante, o que pode ter ocasionado a quebra do mesmo.*
>
> *Conforme bibliografia, a fadiga é o principal motivo de falha dos implantes metálicos disponíveis atualmente em cirurgias ortopédicas* (fl. 519/520 – sem destaque no original).

Indagado sobre se a qualidade do material pode ter contribuído para o ocorrido (quesito 6), afirmou que:

> Baseado em literatura quanto ao material de titânio, verifica-se que este tem sido o metal preferido para o uso de implantes de coluna, ou seja, por este motivo a qualidade do material utilizado pode não ter contribuído para o ocorrido.
>
> [...] (fl. 520).

Fácil é ver, pois, que a cirurgia não foi bem sucedida, pois a artrodese não foi alcançada, e que esse quadro fez com que o parafuso metálico não atuasse em condição de normalidade no organismo da autora, ficando sobrecarregado em função do insucesso da intervenção cirúrgica (devendo-se frisar que a causa da falta de êxito na cirurgia não está sendo debatida nestes autos, ficando registrado apenas o dado objetivo de que o propósito da intervenção não foi alcançado), sendo isso causa de sua fissura.

Vale assinalar, também, que embora o perito tenha atestado que a fusão biológica (objetivo esperado com a cirurgia e após o qual os parafusos são retirados, pois não servem ao suporte indefinido da coluna – fl. 525) demore de quatro a seis meses, a própria inicial informa que entre a primeira cirurgia e os exames que precederam à segunda se passou mais de um ano.

Quer dizer, a autora ficou mais de um ano sem se consultar com um especialista e sem investigar se, afinal, o objetivo da cirurgia havia sido alcançado, para então proceder à retirada dos parafusos.

Permaneceu sem a propalada fusão biológica por mais de um ano, sobrecarregando o artefato alojado em seu organismo, sobrecarga essa que, segundo o perito, como dito, subleva-se em causa adequada e razoável de sua fratura.

Como se vê, a partir da prova técnica realizada - mas solenemente ignorada - não é possível concluir que a eclosão dos danos sofridos pela autora decorre de defeito do parafuso cirúrgico fabricado pela ré, havendo demonstração, antes pelo contrário, de que tal equipamento servia ao fim a que se propunha, nos termos da eximente posta no artigo 12, § 3º, II, do CDC.

Vale repetir, a sentença ignorou a prova técnica e se valeu de argumento frágil, de índole intimista, subjetiva e dissociado do acervo probatório produzido nos autos, sobretudo da prova técnica.

É certo que o magistrado não está adstrito ao laudo, mas também é verdade que não lhe é dado desconsiderar as conclusões do perito e decidir, sem elementos outros, de modo contrário ao que está posto no estudo técnico, a partir de mera opinião pessoal sobre ramo do conhecimento no qual não é especialista (STJ - REsp 681660, Rel. Min. José Delgado).

Nesses termos, o voto, no ponto, é pelo provimento do recurso da ré EBS Indústria de Equipamentos Médicos Ltda.

Nego, porém, o benefício da justiça gratuita por ela postulada, já que os documentos trazidos aos autos para demonstrar a sua miserabilidade jurídica, para além de unilateralmente produzidos, não estão assinados pelo respectivo representante legal ou por contador.

Veja-se, ademais, que o documento alusivo à sua paralisação, igualmente despido de qualquer assinatura ou firma reconhecida, não se revela idôneo, por si só, à concessão da benesse, já que, na linha da jurisprudência do STJ, que acompanho, nem mesmo a falência da sociedade empresária serve, só em si, ao propósito colimado pela apelante (cf: STJ - AgRg no Ag n. 1292537/MG, rel. Min. Luiz Fux).

Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. MASSA FALIDA. PRESUNÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. INEXISTÊNCIA.
>
> Embargos de divergência que têm por escopo dirimir dissenso pretoriano entre as Turmas de Direito Público no que tange à existência, ou não, de presunção de hipossuficiência econômica em favor da massa falida para fins de concessão de assistência judiciária gratuita.
>
> A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que "o benefício da gratuidade pode ser concedido às pessoas jurídicas apenas se comprovarem que dele necessitam, independentemente de terem ou não fins lucrativos" (EREsp 1.015.372/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 1º/7/2009). Assim, se até as pessoas jurídicas sem fins lucrativos (entidades filantrópicas e beneficentes), cujo objetivo social é de reconhecido interesse público, necessitam comprovar a insuficiência econômica para gozar da benesse, não existe razão para tratar pessoa jurídica falida, que tem seus objetivos sociais encerrados com a decretação da quebra, de maneira diversa.
>
> Não há como presumir miserabilidade na falência, porquanto, a despeito da preferência legal de determinados créditos, subsistem, apenas, interesses de credores na preservação do montante

> patrimonial a ser rateado. Frise-se que a massa falida, quando demandante ou demanda, se sujeita aos ônus sucumbenciais: Precedentes: REsp 1.075.767/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 18/12/2008; REsp 833.353/MG, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 2/06/2007).
>
> Embargos de divergência providos (STJ - EREsp 855020, Rel. Min. Benedito Gonçalves).

4. Isso posto, (I) nego o benefício da justiça gratuita à apelante EBS Indústria de Equipamentos Médicos Ltda; (II) extingo o processo, sem resolução de mérito, por ilegitimidade passiva *ad causam*, em relação à Irmandade do Senhor Jesus dos Passos e Imperial Hospital de Caridade; (III) declaro prejudicado o agravo por ela interposto; (IV) provejo o recurso de EBS Indústria de Equipamentos Médicos Ltda. para reformar a sentença e julgar improcedente o pleito indenizatório.

Custas e honorários advocatícios (R$ 6.000,00 - de que são credoras, *pro rata*, ambas as rés) por conta da autora, observada a suspensão decorrente do benefício da justiça gratuita que lhe foi concedido na origem.

Apelação Cível n. 2012.016605-1, de Joinville

Relator: Juiz Saul Steil

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. NULIDADE DA SENTENÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. ELEMENTOS DE PROVA QUE PERMITEM UM JULGAMENTO JUSTO E SEGURO DA LIDE. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.

ILEGITIMIDADE ATIVA. ALEGAÇÃO DE QUE A PARTE AUTORA NÃO COMPROVOU SUA CONDIÇÃO DE PESCADOR. CARTEIRA DE PESCADOR PROFISSIONAL ARTESANAL VÁLIDA AO TEMPO DE SINISTRO. TERMO DE TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL NO PROCESSO N. 72.01.000920-0/SC. APRESENTAÇÃO DE NOVA RELAÇÃO DE PESCADORES PELA APELANTE, NA QUAL INCLUIU O NOME DO AUTORA. PAGAMENTO DA QUANTIA DE R$ 2.700,00 (DOIS MIL E SETECENTOS REAIS) POR OCASIÃO DO TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA N. 2008.72.01.000630-2, A TÍTULO DE VERBA ALIMENTAR AO AUTOR. PRELIMINAR REJEITADA.

ILEGITIMIDADE PASSIVA DA RÉ ARCELORMITTAL BRASIL S/A. EMPRESA PROPRIETÁRIA DA CARGA TRANSPORTADA PELO NAVIO QUE NAUFRAGOU. RESPONSABILIDADE DECORRENTE DO RISCO DA ATIVIDADE. PRELIMINAR AFASTADA.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS A PESCADORES CAUSADOS POR POLUIÇÃO AMBIENTAL. VAZAMENTO DE ÓLEO COMBUSTÍVEL NA BAÍA DA BABITONGA. NAUFRÁGIO DO COMBOIO OCEÂNICO (BARCAÇA "NORSUL 12") E EMPURRADOR ("VITÓRIA"). ACIDENTE OCORRIDO EM 30-1-2008. DERRAMAMENTO

DE GRANDE QUANTIDADE DE ÓLEO – 107M3 (CENTO E SETE METROS CÚBICOS). DEGRADAÇÃO AMBIENTAL EM EXTENSA REGIÃO. CERCANIAS DA BAÍA DA BABITONGA SEVERAMENTE ATINGIDA. LOCAL EM QUE A AUTORA EXERCIA SUAS ATIVIDADES PESQUEIRAS. DANOS MATERIAIS CONFIGURADOS. LUCROS CESSANTES FIXADOS EM VALOR CORRESPONDENTE A 12 (DOZE) SALÁRIOS MÍNIMOS VIGENTES À ÉPOCA DO SINISTRO. DIMINUIÇÃO DA PESCA. PREJUÍZO PARCIAL. VERBA MANTIDA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. EVIDENTE ABALO PSÍQUICO DECORRENTE DA IMPOSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE SUBSISTÊNCIA. VERBA FIXADA EM R$ 6.540,00 (SEIS MIL QUINHENTOS E QUARENTA REAIS). VALOR ADEQUADO E COMPATÍVEL COM A EXTENSÃO DOS DANOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA DESDE A DATA DO SINISTRO. RETIFICAÇÃO DE OFÍCIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROMOVIDA NA VARA FEDERAL DE JOINVILLE PARA APURAÇÃO DO FATO. TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA. RECEBIMENTO PELA PARTE AUTORA DA QUANTIA DE R$ 2.700,00 (DOIS MIL E SETECENTOS REAIS) A TÍTULO DE VERBA ALIMENTAR. DEDUÇÃO DESSA QUANTIA CORRIGIDA. POSSIBILIDADE. RECURSO DO AUTOR E DA RÉ ARCELORMITTAL BRASIL S/A CONHECIDOS E DESPROVIDOS. RECURSO DA COMPANHIA DE NAVEGAÇÃO NORSUL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

O Juiz, na condição de destinatário da prova, deve indeferir a produção de provas desnecessárias, inúteis ou protelatória, que se constituam em atraso na prestação jurisdicional, se os elementos constantes dos autos forem suficientes ao seguro julgamento do processo.

A comprovação, pela parte autora, de que exercia ao tempo dos fatos, atividade de pescador artesanal na região em que ocorreu o naufrágio, é o que basta para configurar a sua legitimidade ativa em ação que visa a reparação de danos materiais e morais decorrentes do sinistro. Além disso, no termo de transação extrajudicial ocorrida nos autos nº 72.01.000920-0/SC, a recorrente apresentou nova relação de pescadores e nela incluiu o nome da parte autora e pagou a quantia de R$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais) por ocasião do Termo de Ajuste de Conduta nos autos da ação Civil Pública n. 2008.72.01.000630-2 que tramita na Vara Federal de Joinville, a título de verba alimentar.

Inviável a exclusão do polo passivo da empresa proprietária da carga transportada quando ocorreu o vazamento de óleo no mar, porquanto deve responder por eventuais prejuízos causados ao autor.

Comprovado que os danos decorrentes do sinistro fizeram cessar parcialmente os lucros da parte autora, o qual exercia atividade pesqueira na região do sinistro, impõe-se a obrigação de indenizar, devendo ser mantida a indenização por lucros cessantes fixada no valor correspondente a 12 (doze) salários mínimos vigentes à época do acidente.

É patente o intenso sofrimento de pescador profissional, causado pela privação das atividades profissionais de subsistência em consequência do dano ambiental, configurando danos morais passíveis de indenização. A verba fixada em R$ 6.540,00 (seis mil, quinhentos e quarenta reais), mostra-se razoável, adequada e compatível com a extensão dos danos. Contudo, impõe-se retificar, de ofício, o termo inicial dos juros de mora que em relação a essa verba devem incidir desde o evento danoso.

> Do montante da indenização deve ser deduzida a quantia corrigida pelo INPC, de R$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais) recebida pela autora nos autos da ação Civil Pública n. 2008.72.01.000630-2, a título de alimentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.016605-1, da comarca de Joinville (1ª Vara Cível), em que é apte/apdo Daniel Pereira, e apdos/aptes Companhia de Navegação Norsul Ltda e outro:

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos do autor e da ré Arcelormittal Brasil S/A e negar-lhes provimento. Conhecer do recurso da ré Companhia de Navegação Norsul Ltda e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Fernando Carioni, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Marcus Tulio Sartorato.

Florianópolis, 02 de outubro de 2012.

Saul Steil
RELATOR

RELATÓRIO

Daniel Pereira promoveu Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais contra Companhia de Navegação Norsul e Arcelormittal Brasil S/A, alegando que no dia 30 de janeiro de 2008, por volta das 22h45min, o comboio oceânico, formado pela barcaça "Norsul 12" e pelo empurrador "Vitória", de propriedade da Companhia de Navegação Norsul, carregando

340 bobinas de aço, pesando em média 26 toneladas cada, totalizando mais de 9.010 toneladas, produzidas pela siderúrgica Arcelomirttal Tubarão - Aços Planos, oriundas de Vitória/ES, com destino à empresa Vega do Sul S/A, em São Francisco do Sul/SC (ambas pertencentes ao mesmo conglomerado econômico internacional, representado no Brasil, pela empresa (holding) Arcelormittal Brasil S/A), naufragou nas águas do mar de São Francisco do Sul, SC, mais especificamente na Baía da Babitonga, SC.

Aduz que no naufrágio, aproximadamente 107 (cento e sete) toneladas de óleo de diversas características, inclusive poluidores, vazaram nas águas marinhas.

Relata que tal incidente acarretou enorme poluição, tanto nas águas internas, quanto nas externas da Baía da Babitonga, primeiro, no estuário desta (região conhecida como "Boca da Barra"), local de migração de diversas espécies marinhas, e, ainda, culminou em prejuízo individual à parte Autora, cuja profissão é vinculada à pesca artesanal, seja por causa da depreciação das condições dos preços, da quantidade de pescados e pela própria poluição em si.

Sustenta que somente seis dias após o fato, as rés anunciaram a contratação de empresas especializadas em contenção de poluentes e, mesmo assim, foram utilizados instrumentos e embarcações impróprias,devido a falta de treinamento e instrumentos para resposta à situação de emergência.

Pugna pela condenação das Rés ao pagamento de danos morais e materiais, estes consistente em danos emergentes e de lucros cessantes por período não inferior a 5 (cinco) anos, tempo necessário à recuperação integral do meio ambiente, a ser apurado em liquidação de sentença, além de outros decorrentes da sucumbência.

Fez os demais requerimentos de praxe, valorou a causa e juntou documentos.

Regularmente citadas, as Rés apresentaram Contestação.

Arcelormittal Brasil S/A, Vega do Sul S/A (Arcelormittal Vega) e Arcelormittal Tubarão Comercial S/A, inicialmente, requerem a retificação do polo passivo, para excluir as empresas Vega do Sul S/A (Arcelormittal Vega) e Arcelormittal Tubarão Comercial S/A, uma vez que foram foram incorporadas por Arcelormittal Brasil S/A.

Em preliminar requer o indeferimento da petição inicial, por falta dos requisitos legais, ao argumento de que a inicial não foi instruída com documentos que comprovem o efetivo prejuízo; ilegitimidade ativa, por ausência de comprovação de que a parte Autora explorava o ramo da pesca à época dos fatos, sem olvidar que o autor teve sua habilitação para receber verba alimentar indeferida no Termo de Ajustamento de Conduta, por não ter preenchido os critérios pré estabelecidos no acordo. e ilegitimidade passiva, tendo em vista que não era responsável pelo transporte, nem proprietária da embarcação naufragada, sendo apenas a proprietária da carga transportada no navio, este de propriedade da Norsul.

No mérito, sustenta, em síntese, que inexiste responsabilidade solidária entre a Companhia de Navegação Norsul e a contestante, pois aquela é que fora contratada para promover o transporte da carga, assumindo, portanto, toda a responsabilidade pelo transporte das bobinas de aço e os riscos da atividade.

Alega que não se reconheceu o dano ambiental em ação judicial e que o óleo vazado não adveio dos produtos adquiridos da contestante, razão pela qual impõe-se a improcedência do pedido.

Rechaça os danos materiais afirmando serem hipotéticos, porquanto o autor não comprovou a atividade pesqueira à época do acidente, nem que teve prejudicada a venda de pescado no mesmo período. Tocante aos danos morais afirma serem indevidos pois não houve lesão à honra e integridade do autor.

Por fim assevera que a verba alimentícia paga aos pescadores no Termo de Ajustamento de Conduta realizado na ação civil pública não decorreu da paralisação das atividades de pesca, mas por precaução, para compensar eventual queda nas vendas de pescado, como media preventiva, porém, o autor não recebeu essa verba pois sua habilitação no TAC foi indeferida por falta de comprovação da condição de pescador.

A ré, Companhia de Navegação Norsul, apresentou contestação às fls. 191-213 arguindo, em preliminar, inépcia da inicial, ao argumento de que a parte autora não juntou nenhum documento que corrobore com suas pretensões, pois jamais foi pescador. O que ocorreu foi que por ocasião do Termo de Ajuste de Conduta firmado sob a égide do Princípio da Prevenção junto ao Ministério Público Federal e Estadual, nos autos da Ação Cívica Pública, face ao exíguo tempo para comprovar a profissão dos pescadores, foi pago verba alimentar, porém isso não significa que a parte autora seja pescador artesanal.

No mérito, argumenta que, após o naufrágio ocorrido em 30-1-2008, imediatamente foram tomadas pela ré e pelos órgãos ambientais envolvidos, todas as providências técnicas no sentido de minimizar o impacto do vazamento e para proceder a completa retirada do produto vazado e a limpeza da área afetada.

Aduz que o Termo de Ajustamento de Conduta firmado com o Ministério Público jamais teve como fundamento a paralisação da pesca, o que nunca ocorreu, mas tão somente em face da alegada eventual redução nas vendas do produto pescado e fundada apenas no princípio da precaução, pois as praias não foram interditadas, mas apenas o contato direto com a água.

Salienta que no final do mês de abril de 2008 ficou constatado por estudo oficial que nenhum vestígio de poluição havia sido detectado, que

pudesse ser relacionado, ou seja, os elementos contaminantes encontrados no local nada tinham a ver com o sinistro.

Aduz que o Laudo Pericial elaborado pela Univille na ação Cautelar de Produção Antecipada de Provas é inconsistente e desprovido de arcabouço técnico que lhe dê sustentação.

Assevera que não houve paralisação da pesca na região e que não há comprovação de dano ambiental no local do naufrágio. Pugnou, igualmente, pela improcedência do pedido.

O autor não apresentou réplica no prazo legal.

Sobreveio a sentença de fls. 625-642, prolatada pelo MM. Juiz Otávio José Minatto, que julgou procedente o pedido para condenar as rés, solidariamente, ao pagamento de indenização ao autor por danos materiais, a título de danos emergentes, no valor correspondente a um salário mínimo vigente à época, ou seja, R$ 380,00 (trezentos e oitenta reais), com juros mensais de 1% (um por cento) a partir da citação e atualização monetária pelo INPC/IBGE a partir da data do evento danoso (30/01/2008); danos materiais, a título de lucros cessantes, no valor correspondente à quantia de 12 (doze) salários mínimos vigentes à época, ou seja, R$ 4.560,00 (quatro mil, quinhentos e sessenta reais), com juros mensais de 1% (um por cento) a partir da citação e com atualização monetária pelo INPC/IBGE a partir da data do evento danoso (30/01/2008); danos morais no valor de R$ 6.540,00 (seis mil, quinhentos e quarenta reais), atualizados monetariamente pelo INPC/IBGE e com juros de mora mensais de 1% (um por cento) a partir desta sentença. Condenou as rés, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Os embargos de declaração oposto pelas rés Arcelomittal Brasil S/A e Companhia de Navegação Norsul foram julgados improcedentes (fls. 889-895).

Irresignado, o autor interpôs recurso de apelação (fls.667-683), asseverando que os relatórios técnicos emitidos nos autos da ação que tramita na Justiça Federal comprovam que aproximadamente 107 toneladas de óleo vazaram para o meio ambiente, sendo mais de seis dias de contínuo vazamento e poluição, sem qualquer providência pelas rés.

Sustenta que exerce a profissão de pescador profissional artesanal na região do acidente e, no dia dos fatos estava trabalhando quando ocorreu o sinistro, sendo sua condição reconhecida pela ré Norsul, pois obteve deferimento do pedido de verba alimentar na transação extrajudicial realizada em processo em trâmite na Vara Federal (autos n. 2008.72.01.000900-5 e n. 2008.72.01.000920-0).

Requer sejam pagos os lucros cessantes, no valor de um salário mínimo mensal, pelo período de cinco anos, tempo necessário para a recuperação integral do meio ambiente, bem assim a majoração dos danos morais para valor não inferior a 100 (cem) salários mínimos, com incidência de correção monetária desde o ajuizamento da ação e juros moratórios a contar da data do evento danoso.

A ré Arcelormittal Brasil S/A interpôs recurso de apelação (fls. 902-923), suscitando, em preliminar, ilegitimidade ativa da parte autora por ausência de comprovação do exercício da pesca à época do acidente, porquanto não basta a carteira de pescador para comprovar que na época do fato atuava como pescador e da pesca retirava seu sustento. Além disso a parte autora não comprovou com documentos o prejuízo que alega ter sofrido e teve indeferida sua habilitação para receber verbas alimentares pactuadas em ação civil pública, sendo parte ilegítima para promover a presente ação.

Ainda em preliminar renova a arguição de ilegitimidade passiva, ao argumento de que não era responsável pelo transporte nem proprietária da "Emborcada" da qual houve o vazamento do óleo, de sorte que não

praticou qualquer ato que tenha contribuído para o vazamento de óleo na Baía de Babitonga, pois era apenas proprietária da carga transportada no navio de propriedade da Companhia de Navegação Norsul, sendo desta toda a operação de transporte das barcaças e empurradores, a qual projetou e construiu todo o sistema. Ademais, as bobinas de aço de propriedade da apelante não foram responsáveis pela suposta poluição.

Reclama que o MM. Juiz baseou-se em lei que dispõe sobre a política ambiental e suas consequência, e não sob o prisma do interesse particular do apelado, sem considerar que o interesse na demanda é individual e homogêneo, sendo a lei aplicável somente quando violados interesses difusos e coletivos. Demais disso, ainda não houve pronunciamento na Justiça Federal acerca do reconhecimento do dano ambiental. Assim, eventual prejuízo ambiental recairá sobre a coletividade que vive da pesca e não especificamente ao autor.

Tocante ao mérito, sustenta que o prejuízo alegado pela parte autora, sendo responsabilidade subjetiva deve ser comprovado, porém essa prova não veio aos autos. Portanto, não poderia o Magistrado considerar a parte apelada pescadora profissional apenas com base em sua carteira de pescador, sobretudo porque em demanda idêntica na comarca, outro juízo determinou essa prova em 10 dias sob pena de extinção.

Assevera que não foi abordado o fato de que a pesca nunca foi afetada, pois não houve "determinação oficial do dano ambiental para a paralisação da atividade pesqueira", porém, ainda que seja provado o dano ambiental não há prova de que a parte autora sobrevivia da pesca nem da venda de pescados, sendo descabida a inversão do ônus da prova.

Argui nulidade da sentença por cerceamento de defesa, ao argumento de que a instrução probatória é de suma importância, pois o apelado deixou de comprovar sua condição de pescador e também não comprovou os prejuízos sofridos, o que deveria ter sido corroborado por prova oral e

documental consistentes no depoimento do apelado e expedição de ofício às autoridades competentes.

Insurge-se quanto a condenação em danos emergentes e lucros cessantes, alegando que não há prova do suposto prejuízo.

Pugna pela exclusão da condenação em danos morais ante a inocorrência da prática de ato ilícito a justificar a indenização. Alternativamente, pugna pela minoração da verba.

A ré Companhia de Navegação Norsul apelou (fls.987-1013) arguindo, em preliminar, nulidade da sentença por cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado da lide, alegando necessidade de instrução probatória, uma vez que sequer houve apresentação de réplica ou audiência de conciliação, impedindo a apelante de produzir as provas que tencionava no processo, requeridas em contestação, como contraprovas técnicas para rebater aquelas juntadas pela parte autora e prova documental suplementar, testemunhal e pericial.

No mérito, aduz que não há prova dos danos materiais a justificar a indenização. Demais disso, a apelada sequer mencionou na inicial quais seriam seus pretensos ganhos mensais com a atividade de pescador artesanal, não havendo, portanto, prova do prejuízo.

Relata que o emborcamento do comboio de propriedade da apelante aconteceu no dia 30-1-2008 e, imediatamente, foram tomadas todas as medidas técnicas de contingência no sentido de conter e remover o produto vazado e a limpeza da área afetada, evitando consequência danosas ao meio ambiente e a terceiros. Enquanto a apelante implementava as medidas de contingência, o Ministério Público Estadual e Federal ingressaram com Ação Civil Pública (2008.72.000630-2), objetivando avaliar as consequências do naufrágio, tendo sido firmado Termo de Ajustamento de Conduta para garantir uma verba alimentar aos pescadores, catadores e maricultores da região próxima ao acidente, porém, o Termo não teve

como fundamento a paralisação da pesca, mas só a eventual redução da venda do pescado.

Aduz que em abril/2008 ficou tecnicamente constatado, por estudo oficial e conjunto que nenhum vestígio de poluição havia sido detectado que pudesse ser relacionado ao acidente, ao contrário, os elementos contaminantes diziam respeito à condição normal do local, já contaminados antes do acidente, conforme demonstram estudos técnicos anteriores.

Reclama que não há provas da condição de pescador do apelado e que ocorreram casos concretos de fraude onde pessoas não ligadas à pesca buscaram obter vantagem na ação civil pública supramencionada, postulando verba alimentar, todas portadoras de carteira de pescador artesanal. Entretanto, ainda que o autor fosse pescador, não resultou comprovado o prejuízo, uma vez que a pesca não foi paralisada, razão pela qual impõe-se a improcedência do pedido.

As partes apresentaram contrarrazões.

Redistribuídos, vieram os autos conclusos a este Relator.

Este é o relatório.

VOTO

Conhece-se dos recursos porquanto presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Versam os autos sobre ação de Indenização por Danos Materiais, consistentes em danos emergentes e lucros cessantes e Danos Morais, decorrente de incidente ambiental provocado pelo naufrágio na Baía da Babitonga, do comboio oceânico (barcaça "Norsul 12" e empurrador "Vitória"), de propriedade da Companhia de Navegação Norsul, que transportava bobinas de aço produzidas pela ré Arcelormittal Tubarão – Aços Planos com destino à Vega do Sul S/A.

Antes de adentrar ao mérito da demanda, faz-se mister a apreciação das preliminares suscitadas pelas rés.

Nulidade da sentença por cerceamento de defesa

Argúem as rés, nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado da lide, alegando a ré Arcelormital Brasil S/A, que não há provas da condição de pescador do apelado e também quanto aos prejuízos sofridos, o que deveria ter sido corroborado por prova oral e documental consistentes no depoimento do apelado e expedição de ofício às autoridades competentes. Já a ré Norsul reclama que sequer houve apresentação de réplica ou audiência de conciliação e que o julgamento antecipado da lide a impediu de produzir as provas que tencionava, requeridas em contestação, como contraprovas técnica para rebater aquelas juntadas pelo autor e prova documental suplementar, testemunhal e pericial.

É cediço que a antecipação do julgamento do mérito da demanda não implica cerceamento de defesa quando presentes nos autos elementos de prova suficientes à formação da convicção do julgador.

O artigo 130 do Código de Processo Civil dispõe:

> 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.

E o artigo 330, do mesmo Diploma Lega, dispõe:

> 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.

Com efeito, cabe ao Juiz, na condição de destinatário da prova, decidir sobre a necessidade, ou não, da realização de prova, não implicando

cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide com base em prova exclusivamente documental, se aquelas que as partes pretendiam produzir se mostram desnecessárias ao deslinde da questão. E mais, cuida-se de dever-poder concedido ao Magistrado, com o escopo de entregar a prestação jurisdicional de forma mais célere e eficaz.

Acerca do assunto, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery lecionam:

> [...] o dispositivo sob análise autoriza o juiz a julgar o mérito de forma antecipada, quando a matéria for unicamente de direito, ou seja, quando não houver necessidade de fazer-se prova em audiência. Mesmo quando a matéria objeto da causa for de fato, o julgamento antecipado é permitido se o fato for daqueles que não precisam ser provados em audiência, como, por exemplo, os notórios, os incontrovertidos etc. (CPC 334)" (*In* Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 600).

Os fatos que as rés pretendiam comprovar com a prova testemunhal e documental, já encontram-se nos autos e são suficientes para garantir um julgamento seguro e justo do processo.

Não se pode olvidar, ainda, que o juiz, na condição de destinatário da prova, não deve deferir provas inúteis ou protelatórias que possam retardar o julgamento do processo e a efetiva entrega da prestação jurisdicional.

A propósito, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

> A necessidade da produção de prova em audiência há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos da causa estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado (STF, RE n. 101.171, rel. Min. Francisco Rezek, RTJ 115/789).
>
> Inexiste cerceamento de defesa se os fatos alegados haveriam de ser provados por documentos, não se justificando a designação

> de audiência (STJ, Resp. n. 1.344, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 4-12-89, p. 17.884).
>
> Sendo desnecessária a produção de prova em audiência, é permitido ao Juiz proferir o julgamento antecipado da lide. [...] (STJ, Resp. n. 5.525-RS, rel. Min. Barros Monteiro, DJ n. 119, de 24-6-91, p. 8.642).

E deste Tribunal de Justiça:

> Inexiste cerceamento de defesa quando o juiz, considerando desnecessária a dilação probatória, julga antecipadamente a lide com base nos elementos probantes até então coligidos e as provas requeridas evidentemente não alterariam a solução adotada. (AC n. 2007.056482-8, de Balneário Camboriú, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 15/04/ 2008).

Relativamente à contraprova pericial, melhor sorte não socorre à insurgente, porquanto a prova pericial realizada por peritos da Universidade de Joinvile na Ação Civil Pública instaurada na Vara da Justiça Federal de Joinville, para apuração dos fatos que deram origem à presente demanda, é suficiente para comprovar a extensão dos danos decorrentes do sinistro.

Por fim, "*a omissão do magistrado em realizar a audiência prévia de conciliação não induz a nulidade do processo, na hipótese de o caso comportar o julgamento antecipadamente da lide por se tratar de matéria de direito. Situação que se amolda à hipótese prevista no art. 330, inciso I, do CPC, que possibilita ao magistrado desprezar a realização do ato*" (REsp n. 485.253/ RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 5.4.05).

É possível aferir das contestações das rés e também das teses recursais, que uma audiência de conciliação seria totalmente despicienda e infrutífera, ante notória impossibilidade das partes chegarem a bom termo, o que por certo foi vislumbrado de antemão pelo Juiz sentenciante.

Na hipótese, portanto, a fase de dilação probatória fazia-se totalmente despicienda, pois as provas documentais e periciais constantes dos autos são suficientes para proferir um julgamento seguro do processo.

Evidenciada, pois, a inutilidade da fase dilatória, afasta-se, a arguição de cerceamento de defesa.

Ilegitimidade ativa *ad causam*

Argúi a apelante Norsul, ilegitimidade ativa *ad causam*, por ausência de comprovação de que o autor explorava o ramo da pesca à época dos fatos ou por falta de documento que corrobore com suas pretensões.

Todavia, os documentos trazidos pela parte postulante são suficientes para consubstanciar a sua pretensão, dentre os quais se observa a Carteira de Pescador Profissional, emitida pela Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca – SEAP/PR (fl. 29). Não obstante a afirmativa da ré de que houve tentativas de fraude na ação Civil Pública, onde pessoas não ligadas diretamente à pesca buscaram haver verba alimentar, não há prova nestes autos de que os documentos juntados pela parte autora não sejam verdadeiros.

Não procede a alegação de que a parte autora não comprovou que exerce a profissão de pescador, porquanto a Carteira de Pescador Profissional da categoria Pesca Artesanal juntada à fl. 29, válida ao tempo do sinistro, é apta a comprovar a sua profissão, sobretudo porque não foi derruída por prova em contrário.

Demais disso, no termo de transação extrajudicial ,ocorrida nos autos nº 72.01.000920-0/SC, a recorrente apresentou nova relação de pescadores e nela incluiu o nome da autora e pagou a quantia de R$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais) por ocasião do Termo de Ajuste de Conduta nos autos da ação Civil Pública n. 2008.72.01.000630-2 que tramita na Vara Federal de Joinville, a título de verba alimentar (fls. 620-621).

Ressalve-se que não obstante a alegação das rés, não produziram nenhuma prova apta a derruir a condição de pescador do autor, contrariamente, pagaram-lhes valores referentes a verba alimentar.

Portanto, tendo a parte autora comprovado sua condição de pescador e não tendo as rés produzido contraprova para afastar a veracidade dessa prova, não pode ser acolhida a preliminar de ilegitimidade. À luz da narrativa inicial, a autora possui legitimidade e interesse de agir, já que a intervenção do Poder Judiciário era, no caso, necessária e adequada à tutela do direito postulado.

Por outro lado, a hipótese dos autos não versa sobre dano ambiental coletivo, ao contrário, nos termos da petição inicial, o demandante postulam danos materiais e morais individual decorrentes do dano ambiental causado pelas rés e que lhe causou prejuízo.

Ademais, a possibilidade da reparação de danos a terceiros causados pelo poluidor está disposta na Constituição da República e na Lei n.º 6.938/81, respectivamente*:*

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
>
> (...)
>
> § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.
>
> Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:
>
> (...)

> § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade... (grifei).

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão recentíssimo e unânime (REsp nº 1.114.398-PR, da Relatoria do Ministro Sidnei Beneti, Apelação Cível nº00111991-50.2010.8.19.0023 Quarta Câmara Cível 11 publicado no DJe de 16 de fevereiro de 2012), assentou sobre a legitimidade ativa *ad causam* de pescadores artesanais para pleitear dano moral em razão de vazamento que causou poluição ambiental, verbis:

> "É parte legítima para ação de indenização supra referida o pescador profissional artesanal, com início de atividade profissional registrada no Departamento de Pesca e Aquicultura do Ministério da Agricultura, e do Abastecimento anteriormente ao fato, ainda que a emissão da carteira de pescador profissional tenha ocorrido posteriormente, não havendo a ré alegado e provado falsidade dos dados constantes do registro e provado haver recebido atenção do poder público devido a consequências profissionais do acidente".

Nesse contexto, ocorrendo o dano, surge o direito de ação, ou seja, o direito a postular a reparação dos danos. Os eventuais prejuízos suportados pelo autor na condição de pescador profissional na região do naufrágio, evidentemente, constitui matéria de mérito e será analisado no momento oportuno.

Isto posto, rejeita-se a preliminar

Ilegitimidade passiva da ré Arcelormittal Brasil S/A

Rechaça-se, igualmente, a alegação de ilegitimidade passiva da Ré Arcelormittal Brasil S/A, sob a alegação de não era responsável pelo transporte, nem proprietária da embarcação naufragada.

Tratando-se de responsabilização por dano ambiental, verifica-se, no art. 4º da da Lei nº 6.938/81, o princípio do poluidor-pagador que visa

a prevenir o dano ambiental e que tem como escopo restringir o uso de recurso natural, gerando uma prevenção para danos futuros.

> "Art 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará: [...]
>
> VIII – à imposição ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos".

Do dispositivo supramencionado, extrai-se que é obrigação daquele que utiliza os recursos naturais ou apenas contribui para a sua degradação, a se responsabilizar por qualquer dano que possa ocorrer na cadeia de produção e/ou transporte, inclusive aqueles eventualmente suportados pelos pescadores da área degradada.

Sobre o tema, Paulo de Bessa Antunes afirma que:

> "Não se pode admitir que a sociedade, em conjunto, sustente o ônus financeiro e ambiental de atividades, que fundamentalmente irão significar um retorno econômico individualizado. Daí o repasse dos custos para aqueles que irão auferir o benefício econômico do projeto" (ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 31-32).

Ainda, Paulo Affonso Leme Machado leciona que:

> "O uso gratuito dos recursos naturais tem representado um enriquecimento ilegítimo do usuário, pois a comunidade que não usa do recurso ou que o utiliza em menor escala fica onerada. O poluidor que usa gratuitamente o meio ambiente para nele lançar os poluentes invade a propriedade pessoal de todos os outros que não poluem, confiscando o direito de propriedade alheia" (MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro.12a edição. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2004. p 53).

Finaliza Edis Milaré que:

> "Vê-se aqui, outra vez, a vocação eminentemente preventiva do Direito Ambiental, uma vez que o princípio do poluidor pagador, a par de exigir a recomposição do dano, possui, em última análise,

> efeito preventivo, pois coíbe a prática de condutas lesivas ao meio ambiente" (MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente: Doutrina, Prática,Jurisprudência, Glossário. São Paulo: RT, 2004. p 830).

Evidentemente as normas de direito ambiental não possuem aplicação restrita às hipóteses de direito difusos e coletivos, mas sempre que ocorram danos ambientais, cujos prejuízos atinjam pessoas indeterminadas ou comunidades e/ou pessoas determinadas como ocorreu na hipótese em apreço.

O que legitima a ré para integrar o polo passivo da demanda não é só o fato de ter o dano atingido diversas pessoas, mas o prejuízo causado também a cada uma em particular.

Por tais razões, deve a Arcelormittal Brasil S/A, ser mantida no polo passivo da demanda.

Mérito

Concernente ao mérito, postula a parte autora a majoração dos danos morais para valor não inferior a 100 (cem) salários mínimos e lucros cessantes no valor de um salário mínimo mensal pelo período de 5 (cinco) anos.

A rés, a seu turno, pugnam pela improcedência do pedido, alegando que o autor não comprovou os prejuízos ou, alternativamente, a minoração dos danos morais.

Ressalte-se que o caso vertente não trata de ação coletiva, mas sim individual, através da qual a parte autora pretende receber uma indenização pelos danos materiais e morais sofridos pela degradação do meio ambiente, que teria causado mortandade de espécies marinhas na região (Baía da Babitonga) em que efetuava pesca artesanal como fonte de subsistência.

Diante da própria confirmação das empresas apeladas de que houve o vazamento de óleo, as quais inclusive firmaram Termo de Ajustamento

de Conduta em Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público, onde foi acordado o pagamento de verba alimentar aos pescadores da região onde ocorreu o sinistro, desnecessário maiores delongas acerca do fato, pois público e notório.

Por outro lado, ressalve-se que não há notícia de que tenha sido pleiteado na ação civil pública, indenização por danos materiais consistente em danos emergentes e lucros cessantes e/ou danos morais decorrentes do fato relatado nesta demanda, de sorte que os direitos postulados na presente ação não encontram óbice legal.

A prova documental colacionada aos autos, bem assim a notícia da mencionada ação civil pública em trâmite na Vara Federal de Joinville não deixa dúvida sobre o vazamento de grande quantidade de óleo no mar, aproximadamente 107m3, ou seja, grande parte das 120 toneladas de óleo combustível que continha na embarcação quando chegou ao Porto de São Francisco, o que impediu o autor de realizar por um determinado período, suas atividades pesqueiras, além de degradar o meio ambiente, com graves prejuízos à fauna marinha.

Outrossim, como se não bastassem os fatos confirmados pelas próprias apeladas em sua peça de defesa, há prova documental nos autos, não impugnada pelas apeladas, informando que houve a poluição da área explorada pelos pescadores, dentre eles o autor. Fato, aliás, notório, tendo sido amplamente veiculado pela imprensa à época de sua ocorrência.

Vê-se, então, que o dano ambiental, representando uma lesão a um direito difuso (meio ambiente), resulta tanto em prejuízos individuais como em danos ecologicamente puros.

A Lei nº 9.966, de 28 de abril de 2000, que dispõe sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional,

estabelece que a descarga de óleo no mar, seja dolosa ou culposamente, é proibida:

> Art. 17 "É proibida a descarga de óleo, mistura oleosas e lixo em águas sob jurisdição nacional, exceto nas situações permitidas pela Marpol 73/78, e não estando o navio, plataforma ou similar dentro dos limites de área ecologicamente sensível, e os procedimentos para descarga sejam devidamente aprovados pelo órgão ambiental competente".

Por conseguinte, as sanções estabelecidas pelo não cumprimento das normas legais não isenta o agente causador do dano ambiental a outras sanções, como as penais e administrativas, e à responsabilidade civil pelas perdas e danos causados ao meio ambiente e ao patrimônio público e privado (art. 25, § 3º).

Notadamente, o ordenamento jurídico pátrio determina a responsabilidade objetiva aos causadores de danos ao meio ambiente. Seu fundamento é o simples fato da atividade degradadora, ou no risco que esta possa vir a causar. Basta a demonstração do dano ambiental, de uma atividade degradadora do meio ambiente e do nexo de causalidade.

Este o teor do artigo 225, § 3º, da Constituição Federal:

> "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão aos infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

Assim, diante da prática de determinada atividade de risco de dano ambiental, é imposto ao agente o dever de arcar com o ônus desse risco ambiental, tal como um risco do negócio, já que o agente, além de se beneficiar com uma atividade que pode causar danos ao meio ambiente, deve ter consciência dessa possibilidade e assume o risco de produzi-lo. Sua culpa, portanto, é presumida a partir do momento que pratica determinada atividade, antes mesmo da existência de qualquer dano ao meio ambiente.

Acerca da responsabilidade fundada no risco:

> "Aquele que lucra com a atividade deve responder pelos riscos ou pelas desvantagens dela resultantes. Assume o agente, destarte, todos os riscos de sua atividade, pondo-se fim, em tese, à prática inadmissível da socialização do prejuízo e privatização do uso." (MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente. P 338-339).

Diante disso, a reparação de um dano visa à cessação do incidente ou à sua diminuição. Para tanto, objetiva-se, ao máximo, o retorno ao *status quo ante*, ou seja, a recondução da situação da vítima ao estado anterior ao dano.

Não obstante as multas reparatórias por dano extrapatrimonial ao meio ambiente e a obrigatoriedade de reparação da área afetada, os elementos naturais e seus recursos dificilmente retornam ao estado anterior de forma integral e imediata, pois há sempre uma porção irreversível no dano causado.

Em virtude dessa característica do direito ambiental, a reparação do dano deve compreender não apenas o prejuízo causado ao bem ou ao recurso natural atingido, como também toda a extensão dos danos produzidos em consequência do fato danoso à qualidade ambiental.

Aqui são incluídos, portanto, os efeitos ambientais da agressão inicial a um bem ambiental, que estiverem no mesmo encadeamento causal (como a destruição de cadeias alimentares e/ou ecossistemas relacionados com meio diretamente afetado); os danos decorrentes de reparação a qual não foi possível a recuperação integral do meio; os danos irreversíveis à qualidade ambiental; os danos morais coletivos resultantes da agressão a determinado bem ambiental e os danos individuais verificados nas vítimas que sofreram diretamente com determinado acontecimento prejudicial ao meio ambiente.

No caso em comento, para se aferir a pretensão autoral, há de se verificar a ocorrência de dano ambiental (como fato de responsabilidade da parte Ré), o dano sofrido pela parte Autora e o nexo causal.

Entretanto, as rés sustentam a inexistência de dano ambiental, alegando que não houve interdição da praia nem determinação para suspensão da pesca ou julgamento judicial acerca do acidente, que comprove os danos alegados pelo autor.

O Laudo Pericial realizado na Ação Cautelar de Produção Antecipada de Provas, que instrui a Ação Civil Pública n. 2008.72.01.000630-2, elaborado pela Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE, através de equipe multidisciplinar de Peritos – economistas, biólogos, pedagogos, oceanógrafos, geógrafos, médicos, engenheiros ambiental e sanitário, inclusive a empresa MAR Assessoria Ambiental e Internacional -, juntado às fls. 689-888, elaborado com requintes de detalhes, dimenciona os danos ocasionados pelo derramamento de óleo na Baía da Babitonga, seus efeitos e suas consequências.

Não obstante o acidente tenha ocorrido em 30-1-2008 e a perícia química tenha sido realizada com amostras de águas e sedimentos coletadas nos dia 01 e 02 de setembro/2008 e amostras de óleo coletadas no dia 24 de junho/2008, os diversos estudos realizados pelos peritos permitiram apurar os danos causados pelo vazamento de óleo da embarcação, embora não tenham sido encontradas evidências visuais de contaminação oriunda do acidente face ao decurso do tempo por ocasião da perícia.

Informam os peritos que "havia óleo, graxas e demais resíduos de óleo tanto no Norsul 12 [barcaça contendo bobinas de aço] quando no Norsul Vitória [veículo empurrador] nos dias das coletas das amostras (07/06/2008 e 24/06/2008). As análises químicas e isotópicas indicam que o óleo era uma mistura de diferentes tipos de óleo com concentração e quantidade de cadeias de carbono presentes na amostra".

Relatam os peritos que "a partir do que fora descrito nos autos do processo nº 2008.72.01.000702-1/SC, tem-se que o acidente teve início por volta das vinte e três horas do dia trinta de janeiro de 2008. No entanto, apenas na manhã do dia seguinte começaram os esforços para contenção do óleo. O óleo presente nos tanques não vazou de uma só vez. Além disso, o óleo que se acumulava nas barreiras de contenção era retirado por embarcações durante o dia".

Consta ainda que "as área do costão do Forte, praias de Ubatuba, Enseada, Prainha e Praia Grande foram severamente atingidas pelo derramamento de óleo. Dentro da Baía da Babitonga, segundo o modelo, a mancha atingiu as regiões próximas à boca contemplando o Capri e a enseada do Iriri".

Em relação à mortalidade das espécies marinhas, afirmam os peritos que "a mortalidade foi maior para as espécies de peixes demersais e invertebrados bentônicos, que tem relação direta com o fundo, foram mais suscetíveis e pouco tolerantes ao impacto. Todas as espécies de bagres e linguados, corvinas e algumas raias apresentam o hábito de permanecer grante parte do tem enterradas ou revolvendo substrato" . E prosseguem: "Provavelmente, a maior fração dos indivíduos que morreram permaneceram no fundo e foram levados pelas correntes marinhas ou sofreram rápida decomposição. Algumas carcaças desses indivíduos, como por exemplo, bagres e corvinas foram observados na linha da costa dias após o impacto, conforme relatos da comunidade local".

Ressaltam os peritos que "não foi possível estimar a quantidade, volume ou biomassa de peixes que morreram no emborcamento do comboio da Norsul porque não foram realizadas campanhas para avaliar este impacto nos primeiros dias depois do acidente. Com o derramamento do óleo da barcaça foi constatado inicialmente que houve exclusão temporária das espécies pelágicas que costumam circular ou migrar através da área e

seus efeitos ocasionaram a redução na sua abundância. Essa modificação pôde ser observada através da mortalidade pelo contato direto ou pela fuga dos cardumes que detectaram o impacto previamente enquanto o óleo ficou presente na superfície da água. O óleo pode ainda causar uma série de efeitos que não representem a morte imediata dos organismos, mas que representam perturbações importantes, consideradas morte ecológica, as quais impedem que o organismo realize suas funções no ecossistema, inclusive podendo progredir para a morte. Entre estes efeitos estão a dificuldade na localização de presas, problemas de percepção química ou motora, inibição da desova, aborto, deformação de órgãos reprodutores, alterações respiratórias, desenvolvimento de carcinomas, etc. Muitos efeitos indiretos e sub-letais podem ocorrer a médio/longo prazo, em diferentes intensidades, podendo causar a redução das populações das espécies atingidas".

Em resposta ao quesito acerca do provável impacto sobre a taxa de fertilidade e recrutamento das espécies que compõem o recurso pesqueiro da região afetada, esclareceram os Experts:

"As larvas de peixes e invertebrados bentônicos e planctônicos são muito mais sensíveis aos efeitos do derramamento de óleo do que os adultos. O óleo pode reduzir a quantidade de ovos com sucesso de fertilização, o que causa consequente redução na quantidade da prole. Isso pode gerar efeitos em médio prazo na reposição de indivíduos das populações..... Quanto a exposição crônica ocorre no estágio adulto pode acontecer a redução na produção de ovos, já na fase de ovo, podem ocorrer danos nos processos de fecundação. Aberrações morfológicas no corpo, malformações da cabeça e olhos e protuberâncias generalizadas podem aparecer na zona de influência da mancha, tanto em lavras como em adultos mais suscetíveis a ação de compostos aromáticos e redução do pH" .

Sobre o impacto na taxa de fertilização e recrutamento das espécies que compõe o recurso pesqueiro na região afetada, salientam que na área do complexo estuarino da Baía da Babitonga e plataforma adjacente diversas espécies tem destaque como recursos pesqueiros ou por terem valores econômico associado. E Citam: Bivalves, gastrópodas, crustáceos e peixes (diversas espécies), compõe uma rica lista de organismos que sustentam atividades de pesca tradicional recreativa e aquariofilia. Todos esses exemplos dependem de alimento em condições ambientais favoráveis para o desenvolvimento e sobrevivência.

Quanto aos efeitos diretos e sub-letais a médio e longo prazo assentaram os Peritos: "A influência direta e imediata sobre os peixe que se encontravam nos locais atingidos pela mancha de óleo certamente ocasionou a morte desses indivíduos através da obstrução da superfície epitelial das brânquias de peixes. As fases jovens de peixes são mais largamente afetadas, o óleo causa várias condições patológicas, incluindo erosão das nadadeiras, danos na pele, fígado e inflamação no tecido olfatório. Os efeitos sintomáticos podem promover a redução da taxa cardíaca, perda de coordenação e equilíbrio e degeneração de células nervosas. Porém, anomalias genéticas, morfológicas e histológicas são inerentes ao distúrbio a médio e a longo prazo..." .

Em relação a mariscos e sementeiras de São Francisco do Sul, informam os Peritos que "Com dados de produção fornecidos pela EPAGRI, no Litoral Norte, há apenas 10 área de cultivo de moluscos. Desta, 7 se encontram no município de São Francisco do Sul, que em janeiro de 2008 foi atingido pelo acidente com o comboio oceânico da Norsul que levou a uma interdição temporária dos cultivos na praia de Enseada e na Baía da Babitonga, sendo que as áreas afetadas diretamente pelo óleo do emborcamento foram os cultivos da Enseada e de Capri.

Esclarecem os peritos que "A realização da perícia cerca de sete a oito meses depois do acidente e a impossibilidade de analisar o material recolhido (organismos mortes, óleo junto a água, sedimentos , entre outros), recolhido pela empresa contratada pela Norsul na época do acidente não permitiram a visualização e possível quantificação de pequenos, médios e grandes organismos mortes de diferentes grupos taxonômicos, nectônicos, bentônicos e planctônicos. Salienta-se que a realização da perícia tanto tempo depois, mesmo assim, poderia ter verificado organismos de forma abrangentes, entretanto, o descarte deste material sem a devida identificação foi grave no sentido de impossibilitar a realização de investigação mais detalhada e útil na previsão de espécies mais afetadas, causa e cuidados em possíveis acidentes futuros...".

Informam que "Efeitos letais (mortalidade) e sub-letais (alteração no crescimento e recrutamento) poderão ser observados nos descendentes em até três anos após o derramamento. As espécies com curto ciclo de vida tendem a substituir as espécies de ciclos mais longos.

Consta ainda do Laudo Pericial que "O plano de Emergência adotado pela empresa foi inadequado, isto pode ser observado nos relatos do IBAMA e do MPF, apresentados ao longo dos autos do processo nº 2008.72.01.000702-1/SC.

"Como ocorreu vazamento e este demorou para ser contido (isto ainda feito de maneira parcial), verifica-se que a empresa não adotou um Plano de Emergência adequado ou ainda, não respeitou o plano existente.

"Um ponto que demonstra a ineficiência de execução do Plano de Emergência foi a utilização de instrumentos impróprios (como, por exemplo, as embarcações de pesca e turismo utilizadas na limpeza do local do acidente, sendo que estas não possuíam as devidas permissões junto à Capitania dos Portos de São Francisco para execução do trabalho

devido à falta de treinamento e instrumentos para respostas a situações de emergência.

Ainda importante destacar da Perícia:

"O impacto do derramento de óleo o qual gerou um montante de 265,76 ton. (duzentos e sessenta e cinco toneladas e setenta e seis avos), conforme demonstrados no anexo 04, de resíduos contaminados, leva-nos a concluir que, mediante aos princípios de valoração econômica ambiental entre a lacuna da ação de retirada destes resíduos poluentes, como óptica de custo de reposição biota marinha, a diferença de ambos, é a dotação é de de R$ 38.170.023,72 (trinta e oito milhões, cento e setenta mil, vinte e três reais e setenta e dois centavos), poderá como avaliação do dano, sobre o aspecto econômico ambiental, ocorrido pela falta de meios para se voltar ao tempo em busca de evitar o que não tem mais volta".

Entendemos que do extenso e minucioso Laudo Pericial, os aspectos supramencionados são suficientes para comprovar a dimensão do sinistro, a culpa das rés, tanto previamente como posteriormente ao sinistro, os danos suportados pelo autor, bem assim o liame causal entre o derramamento de óleo decorrente do naufrágio e os prejuízos suportados pelo autor.

Oportuno salientar, que o sistema jurídico de proteção ao meio ambiente, disciplinado em normas constitucionais (CF, art. 225, §3º) e infraconstitucionais (Lei 6.938/81, arts. 2º e 4º), está fundado, entre outros, nos princípios da prevenção, do poluidor-pagador e da reparação integral. Desses princípios decorrem, para os destinatários (Estado e Comunidade), deveres e obrigações de variada natureza, comportando prestações pessoais, positivas e negativas (fazer e não fazer), bem como de pagar quantia (indenização dos danos insuscetíveis de recomposição *in natura*), prestações essas que não se excluem, mas, pelo contrário, se cumulam, como ocorre na hipótese em apreço, ou seja, a ação civil pública promovida pelo Ministério Público para reparação e recomposição dos

danos ambientais não é óbice para que seja reconhecido o direito do autor à indenização dos prejuízos que suportou, decorrente do mesmo fato, uma vez que sua sobrevivência vinha da pesca artesanal.

Ressalve-se que o laudo pericial comprova, sem sombra de dúvida, que a região da Baía da Babitonga foi severamente atingida pelo vazamento de óleo da embarcação, resultando não só na mortandade imediata de espécies marinhas, como seus efeitos devastadores e nefastos que prolongam-se no tempo sobre ovos, larvas e indivíduos novos, ou seja, a reprodução e sobrevivência das espécies permaneceu afetada pelo período de três anos. Nesse ínterim, evidentemente, a pesca ficou prejudicada, causando prejuízo aos pescadores, não só da região da Baía da Babitonga, mas de toda a extensão atingidas, pois a contaminação espalhou-se até a região de Itapoá.

Com efeito, está caracterizada a culpa das rés, não só decorrente do naufrágio que culminou no derramamento de óleo no mar, mas também em razão da demora no início dos trabalhos de retirada do óleo, bem assim os meios inadequados utilizados.

em julgado desta

A propósito, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 769.753/SC, 2ª T., j. 8.9.2009, Rel. Min. HERMANN BENJAMIM):

> "(...)11. Pacífica a jurisprudência do STJ de que, nos termos do art. 14, § 1°, da Lei 6.938/1981, o degradador, em decorrência do princípio do poluidor-pagador, previsto no art. 4°, VII (primeira parte), do mesmo estatuto, é obrigado, independentemente da existência de culpa, a reparar - por óbvio que às suas expensas - todos os danos que cause ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade, sendo prescindível perquirir acerca do elemento subjetivo, o que, consequentemente, torna irrelevante eventual boa ou má-fé para fins de acertamento da natureza, conteúdo e

extensão dos deveres de restauração do status quo ante ecológico e de indenização".

No mesmo norte colhe-se do RECURSO ESPECIAL Nº 1.114.398 - PR (2009/0067989-1) RELATOR : MINISTRO SIDNEI BENETI:

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANOS MATERIAIS E MORAIS A PESCADORES CAUSADOS POR POLUIÇÃO AMBIENTAL POR VAZAMENTO DE NAFTA, EM DECORRÊNCIA DE COLISÃO DO NAVIO N-T NORMA NO PORTO DE PARANAGUÁ – 1) PROCESSOS DIVERSOS DECORRENTES DO MESMO FATO, POSSIBILIDADE DE TRATAMENTO COMO RECURSO REPETITIVO DE TEMAS DESTACADOS PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL, À CONVENIÊNCIA DE FORNECIMENTO DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL UNIFORME SOBRE CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO FATO, QUANTO A MATÉRIAS REPETITIVAS; 2) TEMAS: a) CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE NO JULGAMENTO ANTECIPADO, ANTE OS ELEMENTOS DOCUMENTAIS SUFICIENTES; b) LEGITIMIDADE DE PARTE DA PROPRIETÁRIA DO NAVIO TRANSPORTADOR DE CARGA PERIGOSA, DEVIDO A RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR; c) INADMISSÍVEL A EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO; d) DANOS MORAL E MATERIAL CARACTERIZADOS; e) JUROS MORATÓRIOS: INCIDÊNCIA A PARTIR DA DATA DO EVENTO DANOSO - SÚMULA 54/STJ; f) SUCUMBÊNCIA. 3) IMPROVIMENTO DO RECURSO, COM OBSERVAÇÃO.
>
> 1.- É admissível, no sistema dos Recursos Repetitivos (CPC, art. 543-C e Resolução STJ 08/08) definir, para vítimas do mesmo fato, em condições idênticas, teses jurídicas uniformes para as mesmas consequências jurídicas.
>
> 2.- Teses firmadas: a) Não cerceamento de defesa ao julgamento antecipado da lide.- Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330, I e II) de processo de ação de indenização por danos materiais e morais, movida por pescador profissional artesanal contra a Petrobrás, decorrente de impossibilidade de exercício da profissão, em virtude de poluição

> ambiental causada por derramamento de nafta devido a avaria do Navio "N-T Norma", a 18.10.2001, no Porto de Paranaguá, pelo período em que suspensa a pesca pelo IBAMA (da data do fato até 14.11.2001); b) Legitimidade ativa *ad causam* .- É parte legítima para ação de indenização supra referida o pescador profissional artesanal, com início de atividade profissional registrada no Departamento de Pesca e Aquicultura do Ministério da Agricultura, e do Abastecimento anteriormente ao fato, ainda que a emissão da carteira de pescador profissional tenha ocorrido posteriormente, não havendo a ré alegado e provado falsidade dos dados constantes do registro e provado haver recebido atenção do poder público devido a consequências profissionais do acidente; c) Inviabilidade de alegação de culpa exclusiva de terceiro, ante a responsabilidade objetiva.- A alegação de culpa exclusiva de terceiro pelo acidente em causa, como excludente de responsabilidade, deve ser afastada, ante a incidência da teoria do risco integral e da responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental (art. 225, § 3º, da CF e do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81), responsabilizando o degradador em decorrência do princípio do poluidor-pagador. d) Configuração de dano moral.- Patente o sofrimento intenso de pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em consequência do dano ambiental, é também devida a indenização por dano moral, fixada, por equidade, em valor equivalente a um salário-mínimo. e) termo inicial de incidência dos juros moratórios na data do evento danoso.- Nos termos da Súmula 54/STJ, os juros moratórios incidem a partir da data do fato, no tocante aos valores devidos a título de dano material e moral; f) Ônus da sucumbência.- Prevalecendo os termos da Súmula 326/STJ, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não afasta a sucumbência mínima, de modo que não se redistribuem os ônus da sucumbência. 3.- Recurso Especial improvido, com observação de que julgamento das teses ora firmadas visa a equalizar especificamente o julgamento das ações de indenização efetivamente movidas diante do acidente ocorrido com o Navio N-T Norma, no Porto de Paranaguá, no dia 18.10.2001, mas, naquilo que encerram teses gerais, aplicáveis a consequências de danos ambientais causados em outros acidentes semelhantes, serão, como natural, evidentemente considerados nos

Nesse contexto, comprovados os danos, a culpa das rés e o liame causal entre a conduta e os prejuízo suportados pelo autor, impõe-se a

obrigação de indenizar, como preconizam os artigo 186 e 927, ambos do Código Civil.

Lucros Cessantes

O MM. Juiz estabeleceu na sentença danos emergentes no valor de um salário mínimo vigente à época dos fatos, e lucros cessantes no valor correspondente a 12 (doze) salários mínimos vigentes à época dos fatos, atualizado e acrescido de correção monetária e juros de mora.

Reclama o autor, que o pagamento dos lucros cessantes devem perdurar pelo período de 5 (cinco) anos, enquanto as rés pugnam pela exclusão da condenação, alegando ausência de prova do prejuízo.

Traduz-se os lucros cessantes, como uma indenização devida a título de danos materiais, quando demonstrado pelo demandante que, efetivamente, deixou de auferir algo, em razão da conduta do agente causador do prejuízo. Em outras palavras, os lucros cessantes são prejuízos causados pela interrupção de qualquer atividade profissional cujo objeto seja o lucro.

A propósito, colhe-se do ensinamento de Rui Stocco:

> Lucros cessantes constitui a expressão usada para distinguir os lucros de que fomos privados, e que deveriam vir ao nosso patrimônio, em virtude de impedimento decorrente de fato ou ato não acontecido ou praticado por nossa vontade. São, assim, os ganhos que eram certos ou próprios de nosso direito, que foram frustrados por ato alheio ou fato de outrem".(Stoco, Rui. Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p.752)

E da lição Humberto Theodoro Júnior:

> "O lucro cessante tem de ser visto como o lucro certo, em função do quadro afetado pelo ato ilícito. Deve corresponder a conseqüência imediata da paralisação de um negócio lucrativo que a vítima explorava, ou a frustração do rendimento que era razoavelmente esperado do bem lesado." (3 THEODORO, Humberto Junior. Comentários ao novo Código Civil, vol. III, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 36.

Na hipótese dos autos, os danos decorrentes do sinistro e a culpa das rés estão bem configurados, diante da comprovação do desastre ambiental que atingiu severamente a fauna marinha na região da Baía da Babitonga, onde o autor exercia sua atividade pesqueira.

Portanto, os danos materiais, consistente em lucros cessantes são inquestionáveis, restando apenas estabelecer a dimensão dos prejuízos para fixar o período em que ocorreu a cessação dos lucros.

Os Srs. Peritos afirmara que os "efeitos letais (mortalidade) e sub-letais (alteração no crescimento e recrutamento) poderão ser observados nos descendentes em até três anos após o derramamento. Daí se conclui que poderão ocorrer mortes, alteração no crescimento e recrutamento da espécies marinhas nos descendentes até três anos após vazamento, ou seja, durante esse período a recomposição da fauna e também a flora marinha ocorrerá gradativamente, até que, ao final desse tempo, a produção volte a se normalizar.

Os lucros cessantes, como consequência imediata da paralisação da atividade lucrativa que a vítima explorava ou a frustração do rendimento, devem ser indenizados na medida do efetivo prejuízo. Na hipótese em apreço, não obstante a informação dos peritos de que poderá demorar um período de três anos até que os efeitos do desastre seja eliminado, é

certo que durante esse período, haverá diminuição da pesca, mas não a sua total extinção.

A recomposição total dos lucros no valor correspondente a 12 (doze) salários mínimos fixados na sentença apresenta-se razoável, porquanto o prejuízo da atividade pesqueira foi parcial e não total, face a normalização gradativa da reprodução das espécies, até a total recuperação que poderá demorar até três anos.

Não se pode olvidar, ainda, que durante um período de 3 (três) meses a cada ano, o autor recebe o seguro desemprego em razão da suspensão da pesca no período de defeso, conforme demonstrado pelos documentos juntados com a peça incial, períodos esses que não experimenta prejuízo.

E da Jurisprudência, colhe-se:

> [...]RESPONSABILIDADE OBJETIVA - TEORIA DO RISCO INTEGRAL - EXEGESE DO ART. 14, §1º, DA LEI N.º 6938/81 - CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR - EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE INAPLICÁVEIS - DANO E NEXO DE CAUSALIDADE COMPROVADOS - DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. Tratando-se de danos ambientais, não se aplica a teoria do risco administrativo, mas a do risco integral, onde, além de ser afastada a análise da culpa, são também afastadas as causas excludentes da responsabilidade civil, como o caso fortuito, força maior e do fato de terceiro, restando, tão somente, o dano e o nexo de causalidade para serem analisados; observado esses elementos no caso concreto, exsurge o dever de indenizar.
>
> DANO MATERIAL. LUCROS CESSANTES – RENDA DA VÍTIMA NÃO COMPROVADA - IRRELEVÂNCIA - FIXAÇÃO EM UM SALÁRIO MÍNIMO - EXEGESE DO ART. 7º, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INDENIZAÇÃO DEVIDA DURANTE 06 MESES, ENQUANTO A PESCA ESTAVA PROIBIDA PELOS ÓRGÃOS AMBIENTAIS. CORREÇÃO MONETÁRIA - ÍNDICE - INPC/IBGE - JUROS - 0,5% AO MÊS, ATÉ O ADVENTO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, QUANDO PASSARÁ A 1% AO MÊS - TERMO "A QUO" - VENCIMENTO DE CADA PRESTAÇÃO MENSAL.

> "Inexistindo nos autos comprovação dos ganhos mensais do lesado, deve a indenização ser fixada em um salário mínimo, vigente nos meses de proibição da atividade pesqueira, acrescido de juros legais e correção monetária, a partir do vencimento de cada prestação." (TJPR - Ap. Cível n.º 376.417-6 - rel. Des. Luiz Lopes - julg.: 13.12.2007).

Nesse contexto, cumpre ressaltar que as atividades do autor não ficarão completamente interrompidas nesse período, ocorrendo apenas diminuição da pesca, cujos efeitos podem se prolongar por até três anos.

Por tal razão, a indenização a título de lucros cessantes deve ser mantido o valor fixado na sentença, correspondente a 12 (dize) salários mínimos vigentes à época do sinistro, acrescido de correção monetária desde a data do arbitramento e juros de mora a contar da citação.

Danos morais

Concernente aos danos morais, as rés pugnam pela exclusão da verba, ao argumento de que não praticaram ato ilícito capaz de justificar a condenação; alternativamente, pugnam pela minoração da verba. O autor, a seu turno, requer a majoração dos danos para quantia não inferior a 100 (cem) salários mínimos.

Sobre a configuração do dano moral neste caso está patente o sofrimento intenso do autor, pescador que se dedica à pesca artesanal, causado pela frustração e privação das condições de trabalho, em consequência de dano ambiental perpetrado pelas rés.

Afigura-se, ainda, inegável toda a sua ansiedade, preocupação e demais angústias decorrentes da degradação ambiental do meio que explorava para obter os meios indispensáveis ao seu próprio sustento e o de sua família.

A simples impossibilidade de realização do trabalho do pescador já seria causa suficiente ao pagamento de uma indenização a título de

dano moral, indenização que, como já mencionado, deve ser integral e proporcional, observados os princípios de direito ambiental em comento.

O sofrimento acentuado, diferente de mero incômodo, é verdadeiramente irrecusável, no caso de trabalhador profissional da pesca que resta, em virtude do fato (dano ambiental), sem possibilidade de realização de seu trabalho.

A própria Constituição Federal assenta em seu artigo 225 que:

> "Todos têm direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Na linha do estatuído no texto constitucional, o artigo 4º da Lei 6.938/81 dispõe que a Política Nacional do meio-ambiente visará, entre outras medidas:

> "VII. à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos".

Por sua vez, o artigo 14, parágrafo 1º, da referida Lei estabelece a responsabilidade objetiva do poluidor, nos seguintes termos:

> "§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Portanto, se todos têm, em princípio e em termos gerais, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, por ser este um "bem de uso comum e essencial à sadia qualidade de vida na sociedade", quanto mais se afigura a existência de danos morais àqueles que justamente dependem

para a sua subsistência e a de sua família da exploração das áreas que foram atingidas pelo agente-poluidor, que tem neste caso o inegável dever de compensar o dano moral sofrido, sem que haja necessidade de infinitas e desnecessárias descrições a este título.

Ainda sobre este ponto, convém frisar que os deveres de indenização e recuperação ambientais não são penas, mas providências ressarcitórias de natureza civil que buscam, simultânea e complementarmente, a restauração do *status quo ante* do ecossistema afetado e a reversão à coletividade dos benefícios econômicos auferidos com a reparação ambiental deve ser feita da forma mais completa possível, de modo que a condenação a recuperar a área afetada não exclui o dever de indenizar, sobretudo pelos danos que permanecem entre a sua ocorrência e o pleno restabelecimento do meio-ambiente atingido, bem como pelo dano moral coletivo e pelo dano residual.

Por essas razões, entendo que, notadamente em se tratando de reparação de dano moral em sede de direito ambiental, é ilegal, indevida e violadora de elementares princípios processuais a exigência de individualização dos danos morais sofridos pelo autor.

O dano sofrido pelo autor, desta forma, é imanente. Exercendo a pesca como atividade de subsistência, seu cotidiano fora afetado pela degradação ambiental, que alterou as características do meio ambiente, e pela poluição decorrente, com o prejuízo da saúde de quem ali transita rotineiramente, criando condições adversas às atividades sociais e econômicas, afetando negativamente as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente, haja vista o lançamento matéria em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Para corroborar este entendimento, colaciona-se ementa de julgado recente e unânime do STJ (REsp nº 1.114.398-PR, Rel. Min. Sidnei Beneti; Segunda Seção, julgado em 08 de fevereiro de 2012):

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS A PESCADORES CAUSADOS POR POLUIÇÃO AMBIENTAL POR VAZAMENTO DE NAFTA, EM DECORRÊNCIA DE COLISÃO DO NAVIO N-T NORMA NO PORTO DE PARANAGUÁ - 1) PROCESSOS DIVERSOS DECORRENTES DO MESMO FATO, POSSIBILIDADE DE TRATAMENTO COMO RECURSO REPETITIVO DE TEMAS DESTACADOS PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL, À CONVENIÊNCIA DE FORNECIMENTO DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL UNIFORME SOBRE CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO FATO, QUANTO A MATÉRIAS REPETITIVAS; 2) TEMAS: a) CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE NO JULGAMENTO ANTECIPADO, ANTE OS ELEMENTOS DOCUMENTAIS SUFICIENTES; b) LEGITIMIDADE DE PARTE DA PROPRIETÁRIA DO NAVIO TRANSPORTADOR DE CARGA PERIGOSA, DEVIDO A RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR; c) INADMISSÍVEL A EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO; d) DANOS MORAL E MATERIAL CARACTERIZADOS; e) JUROS MORATÓRIOS: INCIDÊNCIA A PARTIR DA DATA DO EVENTO DANOSO - SÚMULA 54/STJ; f) SUCUMBÊNCIA. 3) IMPROVIMENTO DO RECURSO, COM OBSERVAÇÃO.

1.- É admissível, no sistema dos Recursos Repetitivos (CPC, art. 543-C e Resolução STJ 08/08) definir, para vítimas do mesmo ato, em condições idênticas, teses jurídicas uniformes para as mesmas consequências jurídicas.

2.- Teses firmadas: a) Não cerceamento de defesa ao julgamento antecipado da lide.- Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330, I e II) de processo de ação de indenização por danos materiais e morais, movida por pescador profissional artesanal contra a Petrobrás, decorrente de impossibilidade de exercício da profissão, em virtude de poluição ambiental causada por derramamento de nafta devido a avaria do Navio "N-T Norma", a 18.10.2001, no Porto de Paranaguá, pelo período em que suspensa a pesca pelo IBAMA (da data do fato até 14.11.2001); b) Legitimidade ativa ad causam.- É parte legítima para ação de indenização supra referida o pescador profissional artesanal, com início de atividade profissional registrada no

> Departamento de Pesca e Aquicultura do Ministério da Agricultura, e do Abastecimento anteriormente ao fato, ainda que a emissão da carteira de pescador profissional tenha ocorrido posteriormente, não havendo a ré alegado e provado falsidade dos dados constantes do registro e provado haver recebido atenção do poder público devido a consequências profissionais do acidente; c) Inviabilidade de alegação de culpa exclusiva de terceiro, ante a responsabilidade objetiva.- A alegação de culpa exclusiva de terceiro pelo acidente em causa, como excludente de responsabilidade, deve ser afastada, ante a incidência da teoria do risco integral e da responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental (art. 225, § 3º, da CF e do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81), responsabilizando o degradador em decorrência do princípio do poluidor-pagador. d) Configuração de dano moral. - Patente o sofrimento intenso de pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em consequência do dano ambiental, é também devida a indenização por dano moral, fixada, por equidade, em valor equivalente a um salário-mínimo. e) termo inicial de incidência dos juros moratórios na data do evento danoso.- Nos termos da Súmula 54/STJ, os juros moratórios incidem a partir da data do fato, no tocante aos valores devidos a título de dano material e moral; f) Ônus da sucumbência.- Prevalecendo os termos da Súmula 326/STJ, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não afasta a sucumbência mínima, de modo que não se redistribuem os ônus da sucumbência.
>
> 3.- Recurso Especial improvido, com observação de que o julgamento das teses ora firmadas visa a equalizar especificamente o julgamento das ações de indenização efetivamente movidas diante do acidente ocorrido com o Navio NT Norma, no Porto de Paranaguá, no dia 18.10.2001, mas, naquilo que encerram teses gerais, aplicáveis a consequências de danos ambientais causados em outros acidentes semelhantes, serão, como natural, evidentemente considerados nos julgamentos a se realizarem.

No mesmo norte:

> DANO MORAL. VAZAMENTO DE ÓLEO QUE IMPEDIU O REQUERENTE DE EXERCER SUA ATIVIDADE PROFISSIONAL, OBRIGANDO-O A PASSAR POR PRIVAÇÕES, VEZ QUE RETIRA SEU SUSTENTO DIRETAMENTE DA NATUREZA - ABALO MORAL PSICOLÓGICO

> CONFIGURADO - DEVER DE INDENIZAR PRESENTE - "QUANTUM" EXCESSIVO - VALOR REDUZIDO PARA ATENDER O CARÁTER COMPENSATÓRIO/PUNITIVO DA CONDENAÇÃO - TERMO "A QUO" - JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA - DATA DA SENTENÇA. Enseja o dano moral ambiental, o sentimento individual, de se ver privado do exercício de sua profissão, com a conseqüente redução no poder aquisitivo, que acabou por levar a vítima e sua família a passar por necessidades básicas, como alimentação e vestuário. A fixação do dano moral deve levar em conta o grau de culpa, o nível sócio-econômico do autor e o porte econômico do réu. Além disso, o montante indenizatório deve atuar como um meio inibitório para que ofensor não mais venha a praticar a conduta ilícita que gerou danos, bem como, compensar a vítima pelos constrangimentos sofridos decorrentes do evento (TJPR Processo: AC 5287325 PR 0528732-5. Relator(a): Arquelau Araujo Ribas. Julgamento: 18/08/2009. Órgão Julgador: 10ª Câmara Cível).

Na hipótese, portanto, a impossibilidade de exercer a profissão, no caso em tela a de pescador artesanal, pode dar ensejo, além do dano material, ao dano moral, porquanto a conduta das rés afetou a dignidade do trabalhador, que não pode garantir o seu sustento e o da própria família. Registre-se que o direito ao trabalho é elemento integrante da dignidade humana e, portanto, em tese pode haver dano moral pelo fato de se ter uma vedação do acesso ao trabalho.

Calcado nestes fundamentos, o pedido de indenização por danos morais, deve prosperar, diante da prova da ocorrência do ato ilícito e o nexo causal, que é plenamente cabível, no caso dos pescadores, que deixaram de exercer sua atividade, seja em parte ou na sua totalidade, em decorrência da degradação ambiental advindo do famigerado acidente, haja vista que o derramamento de óleo não gerou apenas danos ambientais e materiais, mas também ocasionou tormento, humilhação e afronta à situação da vítima enquanto sujeito integrado ao modo de vida do ecossistema degradado.

Ademais, quanto ao valor do dano moral, não há parâmetro legal a ser seguido, pois o legislador confiou ao prudente arbítrio do Juízo, dimensionar quantia capaz de amenizar a dor alheia, ponderada em cada caso concreto.

Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, colhe-se orientação e diretrizes para a fixação dessa verba:

"A indenização por danos morais deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento sem causa, com manifestos abusos exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atendo à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve ela contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo sua conduta antijurídica "(STJ - REsp. 265.133/ RJ - 4ª Turma - rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - DJ 23.10.2000).

Logo, atendendo aos critérios atinentes ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, ao dano sofrido pela vítima, atentando-se para o caráter pedagógico e ressarcitório da indenização, verifica-se que a quantia arbitrada a título de danos morais em R$ 6.540,00 (seis mil, quinhentos e quarenta reais), mostra-se adequada e compatível com a extensão dos danos. Todavia, impõe-se determinar, de ofício, que os juros moratórios de 1% ao mês devem incidir desde a data do evento danoso (súmula 54, do STJ).

Todavia, considerando-se que a parte autora recebeu a quantia de R$ 2.700,00 (dois mil e setecentos) reais por ocasião do Termo de Ajuste de Conduta nos autos da ação Civil Pública n. 2008.72.01.000630-2 que tramita na Vara Federal de Joinville (fls. 820-821), esse valor corrigido deve ser deduzido do montante da indenização.

Isto posto, voto no sentido de conhecer dos recursos do autor e da ré Arcelormittal Brasil S/A e negar-lhes provimento. Conhecer do recurso da ré Companhia de Navegação Norsul Ltda e dar-lhe parcial provimento para determinar seja deduzido do montante da indenização o valor corrigido de R$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais), recebido pelo autor na ação Civil Pública n. 2008.72.01.000630-2. De ofício, fixar o termo inicial para incidência de juros de mora sobre os danos morais a data do evento danoso (Súmula 54 do STJ).

Este é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2012.025770-9, de Jaraguá do Sul.

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

PROCESSUAL CIVIL. PRESTAÇÃO DE CONTAS CUMULADA COM CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO E COBRANÇA DE VALORES EXCEDENTES. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS DE NATUREZA DIVERSA SOB O RITO ESPECIAL. VEDAÇÃO. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO CONSTITUTIVO DO PROCESSO (ARTS. 292, § 2º, E 267, INC. IV, DO CPC). CONDIÇÕES DA AÇÃO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR, NA MODALIDADE ADEQUAÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PRETENSÃO DO AUTOR DE REVISAR O CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA E REAVER VALORES PAGOS A TÍTULO DE ARRAS CONFIRMATÓRIAS NÃO ABATIDAS DO PREÇO FINAL. INTUITO QUE NÃO SE COMPRAZ COM A PRESTAÇÃO DE CONTAS. AUSÊNCIA DE ADMINISTRAÇÃO OU GERÊNCIA DE BENS, INTERESSES OU NEGÓCIO ALHEIOS (ART. 267, INC. VI, C/C ART. 914 E 890 DO CPC). PRECEDENTES DA CÂMARA E DA CORTE. SENTENÇA EXTINTIVA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

Em tema de contrato de promessa de compra e venda, não se admite a propositura, pelo adquirente, de ação de prestação de contas com o intuito de rediscutir os termos da avença e, assim, reaver o valor supostamente não abatido a título de arras confirmatórias, dado que a pretensão foi veiculada por

via processual manifestamente inadequada, porquanto não se estabeleceu, primitivamente, entre as partes, em absoluto, qualquer relação de administração, confiança ou gerência no tocante a bens, interesses ou negócio, capaz de justificar, pelo autor, a tomada de contas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.025770-9, da comarca de Jaraguá do Sul (2ª Vara Cível), em que é apelante Jandir Celestino dos Santos e apelado Empreendimentos Imobiliários Marcatto Ltda e outro:

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargador Luiz Fernando Boller e Desembargador Jorge Luis Costa Beber.

Florianópolis, 29 de novembro de 2012.

Eládio Torret Rocha
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Sentença lançada pelo magistrado Juliano Rafael Bogo — cujo relatório adoto (fl. 103) — julgou extinta a ação de prestação de contas n. 036.09.002683-2, da comarca de Jaraguá do Sul, ajuizada por Jandir Celestino dos Santos contra Empreendimentos Imobiliários Marcatto Ltda. e Moacir Gonçalves, em razão da ausência de pressuposto processual e da falta de interesse de agir (art. 267, incs. IV e VI do CPC).

Inconformado com o teor do decisório, apelou o vencido (fls. 108/114), alegando, como forma de obter o provimento do apelo, que: a) é incorreto o entendimento da sentença segundo o qual a via processual eleita pelo autor não é adequada ao feito pelo fato de haver cumulado pedidos sujeitos a ritos distintos; b) o pedido condenatório também formulado na petição inicial é meramente acessório à prestação de contas, que é a pretensão principal; c) a questão gira em torno da prestação de contas e da consignação em pagamento, e ambas possuem procedimento especial, de modo que não há óbice ao válido desenvolvimento do processo; d) há, sim, interesse de agir, na medida em que foi logrado pela parte adversa no momento de formação do contrato de compra e venda do imóvel que adquiriu; e) o preço ajustado pelos contratantes era R$ 24.000,00 (vinte e quatro mil), divididos em 60 (sessenta) prestações de R$ 400,00 (quatrocentos reais), mas lhe foi exigido um sinal de R$ 5.000,00 (cinco mil), os quais não foram abatidos do valor total do contrato; f) não há como acolher a tese de defesa segundo a qual o valor da avença era R$ 29.000,00 (vinte e nove mil reais), pois se assim fosse, essa quantia estaria expressamente escrita no instrumento; g) a soma paga inicialmente o foi a título de arras confirmatórias e deve ser abatida das prestações, razão por que há interesse de agir e, também, devem ser os apelados condenados ao pagamento do valor excedente já adimplido; h) a ação de prestação de contas compete a quem tem o direito de exigi-las, nos termos do art. 914 do CPC, e a não demonstração dos cálculos implicará enriquecimento ilícito por parte dos réus.

Respondendo ao reclamo (fls. 119/128), o apelado argumentou, em síntese, que a sentença deve ser mantida na íntegra.

Este é o relatório.

VOTO

A questão fática é a seguinte: o autor, Jandir Celestino dos Santos, ajuizou a presente ação de prestação de contas cumulada com consignação em pagamento sustentando, em suma, haver celebrado contrato de promessa de compra e venda com a primeira ré, Empreendimentos Imobiliários Marcatto Ltda, por intermédio do segundo réu, Moacir Gonçalves, tendo por objeto um imóvel identificado como lote n. 55 do Loteamento Firenze II, em Jaraguá do Sul, pelo valor de R$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais), parcelado em 60 (sessenta) prestações mensais de R$ 400,00 (quatrocentos reais).

Aduziu, ainda, que efetuou um pagamento prévio de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de arras confirmatórias, os quais, ao final, não foram abatidos do preço do contrato, razão por que entende ter sido ludibriado.

Pretendeu, então, com o aforamento desta demanda, a prestação de contas relativas às parcelas quitadas do contrato, a consignação em pagamento a respeito de determinadas prestações vincendas, e, por fim, deduziu pretensão condenatória dos demandados com relação às quantias excedentes que lhe foram cobradas, inclusive com restituição em dobro, conforme dispõe o art. 42 do CDC.

A sentença, como mencionado no relatório, extinguiu o processo sem resolução de mérito, em decorrência tanto da ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido do processo, quanto da falta de interesse de agir (art. 267, incs. IV e VI, do CPC, respectivamente), à razão, então, da insurgência do autor, que ora cuido de deslindar.

Razão se lhe não assiste, todavia, dado que os vícios formais apontados na sentença são, de fato, evidentes.

Compulsando detidamente o caderno processual, observa-se, primeiramente, que o autor formulou, na petição inicial, de modo cumulado, pedidos de natureza diversa — prestação de contas, consignação em pagamento e, por último, a condenação dos demandados ao pagamento de soma em dinheiro representativa de cobrança indevida —, o que, entrementes, é vedado pela disciplina processual, justo que o art. 292, § 2º, do CPC dispõe que "quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento comum".

Tendo, porém, optado o postulante pela cumulação de pedidos sob o procedimento especial da prestação de contas (art. 914 e seguintes do CPC) — cujo rito, aliás, não é compatível com os demais pedidos consignatório (art. 890 e seguintes do CPC) e condenatório (procedimento ordinário, título VIII do Livro I do CPC) —, resta inafastavelmente configurada, pois, a ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido do processo.

Pontuo, neste contexto, que longe de consubstanciar excessivo rigor e apego pelo formalismo processual, o reconhecimento do vício insanável ora debatido tem por escopo justamente a proteção do princípios constitucionais do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, da CF) e a viabilização do direito ao contraditório e ampla defesa (art. 5º, inc. LV, da CF), direcionando-se, assim, sobretudo, à tentativa de estabelecer uma tutela processual legítima e eficaz.

A suso aludida fundamentação, por si só, já é suficiente para pôr termo à lide, extinguindo-a sem resolução de mérito, com fulcro no art. 267, inc. IV, do CPC. Não obstante, após a acurada leitura do caderno processual, o que resta mais acentuada é a manifesta falta de interesse de agir do postulante, revelada pela completa inadequação da via processual eleita, circunstância que, nos termos do art. 267, inc. VI, do CPC,

consubstancia a carência de ação e igualmente impõe a extinção do feito sem resolução do mérito.

Com efeito, segundo o que, a bem da verdade, se pode deduzir da pretensão vestibular, o autor almeja a revisão do preço entabulado ao ensejo da celebração do contrato de compromisso de compra e venda, subtraindo-se do valor cobrado pela imobiliária, R$ 29.000,00 (vinte e nove mil reais), a quantia de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), pretensamente paga como arras confirmatórias do negócio jurídico (fl. 14) — ou, talvez, como aduz, a título de comissão do corretor imobiliário, o segundo apelado —, a fim de adequá-lo ao valor expressamente constante do instrumento contratual (R$ 24.000,00, fls. 09/11).

Esta circunstância, evidentemente, faz revelar a impropriedade deste limitado expediente processual, justo que o art. 914 do CPC dispõe que "a ação de prestação de contas competirá a quem tiver: I – o direito de exigi-las; II – a obrigação de prestá-las". O referido texto de lei indica, às escâncaras, a necessidade de existir um vínculo jurídico por meio do qual um dos litigantes confiou ao outro o dever de guarda ou administração de bens, interesses ou negócios, a respeito dos quais poderá exigir ou oferecer, a depender do caso, a prestação de contas.

No caso em liça, então, não se cogita de que os apelados hajam praticado qualquer ato de gerência ou administração sobre os bens, interesses ou negócios do apelante, visto que a relação jurídica entabulada entre as partes foi tão-somente a compra e venda de um bem imóvel, da qual, aliás, originaram-se obrigações mútuas e respectivas que se exauriram na medida em que o autor efetuou o pagamento do preço acordado (fl. 14 e 58) — ainda que haja litígio quanto ao valor do contrato — e os réus lhe outorgaram, ou outorgarão, a propriedade do bem adquirido.

A respeito do tema, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery consignam o seguinte:

> "O interessado na ação de prestação de contas é a parte que não saiba em quanto importa seu crédito ou débito líquido, nascido em virtude de vínculo legal ou negocial gerado pela administração de bens ou interesses alheios, levada a efeito por um em favor do outro" (In: Código de Processo Civil Comentado. 10. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1.162).

No mesmo diapasão, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero inferem, de sua vez, que:

> "A ação de prestação de contas supõe, de um modo geral, a existência de administração de bens, negócios ou interesses de outrem. O dado fundamental para a aferição de seu cabimento é a existência de administração de coisa alheia" (In: Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 830).

Os mesmos autores exemplificam, ainda, o cabimento da prestação de contas, por lei, com hipóteses completamente dissociadas da que ora se discute — em face do administrador judicial, do advogado, do curador, do gestor de negócios, do inventariante, do mandatário, dos pais, do sucessor provisório, do testamenteiro e do tutor —, de forma que o elemento comum, em todas elas, é a relação de confiança e administração de negócio alheio, o que, entrementes, inexiste neste caso de contrato de compra e venda imobiliária.

Ernane Fidélis dos Santos, por outro lado, complementa a fundamentação com a seguinte conclusão:

> "Não se admite a prestação de contas se não há necessidade de aclaramento. Quanto já é possível saber se há saldo credor ou devedor, sem a prestação de contas, não há interesse na ação, bastando que aquele que tem crédito a seu favor ajuíze ação de cobrança, ou aquele que tem débito, ajuíze ação de consignação em pagamento" (In: Direito Processual Civil Esquematizado. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 756).

Ressalto, neste contexto, que também é carente de ação o autor no tocante à consignação em pagamento, na medida em que é sabedor da exata quantia correspondente ao contrato (R$ 24.000,00, fl. 09), e, no mais, não se vislumbra, outrossim, qualquer recusa da imobiliária credora em relação ao recebimento das prestações remanescentes capaz de impor injustificado embaraço à satisfação de seu próprio crédito.

Sabe-se, aliás, que a consignação em pagamento tem lugar se o credor não puder ou sem, justa causa, recusar receber o pagamento ou dar a quitação na forma devida (art. 335, inc. I, do Código Civil) ou, ainda, se pender litígio sobre o objeto do pagamento (inc. V). Não há, de fato, como mencionado, recusa ao recebimento dos valores a que o autor se dispõe a pagar, tampouco o saldo credor constitui-se objeto de litígio judicial, já que o autor apenas objetiva o desconto das arras ou a restituição do seu valor (fl. 14).

Evidenciando-se, pois, que, no caso, o objetivo do apelante é tão-somente a revisão do valor do contrato de compromisso de compra e venda entabulado com a primeira apelada, revela-se inadequado o procedimento escolhido para a satisfação da pretensão, de modo que o autor é manifestamente carecedor do direito de ação, destituído que é de interesse processual.

Em caso muito semelhante, aliás, que envolveu a pretensão de outro adquirente de imóvel no Loteamento Firenze II, em Jaraguá do Sul, em face da mesma imobiliária, esta Quarta Câmara de Direito Civil manifestou-se no sentido de reformar a sentença que determinou a prestação de contas, sob o argumento de que, também naquele feito não se perfectibilizaram as condições da ação.

Cito, pois, o ementário do decisório promanado desta Câmara:

> "APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS - COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - VALOR PAGO COMO 'SINAL', QUE DEIXOU DE SER ABATIDO DO PREÇO TOTAL CONSTANTE NO CONTRATO - PRETENSÃO, EM VERDADE, DE REVISÃO CONTRATUAL - VIA JUDICIAL

> ELEITA QUE SE MOSTRA IMPRÓPRIA AO FIM COLIMADO - CARÊNCIA DE AÇÃO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR NA MODALIDADE ADEQUAÇÃO - EXTINÇÃO DA DEMANDA SUBJACENTE COM FULCRO NO ART. 267, INC. VI, DO CPC - CONSEQUENTE INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS - APELO CONHECIDO E PROVIDO" (AC n. 2011.043904-7, de Jaraguá do Sul, Rel. Des. Luiz Fernando Boller, j. em 23.08.2012).

No corpo do aresto foram referenciados, em suma, os mesmos argumentos de fato e de direito até aqui expendidos.

Ademais, a Segunda Câmara de Direito Civil igualmente debruçou-se sobre situação análoga, em ação de prestação de contas também envolvendo os lotes de terra comercializados pela apelada, e assim decidiu:

> "PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. PRESCRIÇÃO INOCORRENTE. PREVISÃO DO ART. 205 DO CC. PRAZO DE 10 ANOS. LAPSO NÃO ESGOTADO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. AUSÊNCIA DE ADMINISTRAÇÃO DE BEM OU INTERESSE ALHEIO. DEVER DE PRESTAR CONTAS INEXISTENTE. RECURSO PROVIDO.
>
> (...) "Entende-se por devedor de contas o que administrou bens ou interesses alheios e credor delas aquele em favor de quem a administração se deu. O interessado na ação de prestação de contas é a parte que não saiba em quanto importa seu crédito ou débito líquido, nascido em virtude de vínculo legal ou negocial gerado pela administração de bens ou interesses alheios, levada a efeito por um em favor do outro" (Nelson Nery Junior)" (AC n. 2011.030847-4, de Jaraguá do Sul, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. em 16.06.2011).

Transcrevo, também, a propósito do tema, o seguinte precedente desta Corte:

> "AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. INÉPCIA DA INICIAL. PEDIDO GENÉRICO E CUMULAÇÃO DE PEDIDOS

> INCOMPATÍVEIS. PRESTAÇÃO DE CONTAS E REVISÃO CONTRATUAL. IMPOSSIBILIDADE. EXORDIAL QUE REQUER A DECLARAÇÃO E DEVOLUÇÃO DE ENCARGOS PAGOS EM VIRTUDE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS. INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. RITO ESPECIAL. MATÉRIA AFETA AO PROCEDIMENTO COMUM. RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> Configurado, segundo o quadro fático dos autos delineado na instância a quo, o real propósito da autora em discutir a própria validade das cláusulas contratuais, inservível a tanto o uso da ação de prestação de contas" (AC n. 2008.039814-3, de Cunha Porã, Segunda Câmara de Direito Comercial, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. em 15.01.2009).

Não fosse isto o suficiente, destaco, por fim, que em consulta ao Sistema de Automação do Judiciário – SAJ, constatei que a série de aquisições de lotes de terra no Loteamento Firenze II, e outros semelhantes, por pessoas físicas que entabularam contratos de compromisso de compra e venda com a Empreendimentos Imobiliários Marcatto Ltda., por intermédio do corretor Moacir Gonçalves, em contratos que detêm as mesmas feições ora discutidas, originou diversas ações de prestação de contas levadas ao Juízo Cível de Jaraguá do Sul.

Com efeito, das 14 (quatorze) ações de prestação de contas propostas, 02 (duas) foram julgadas procedentes — uma delas, porém, já teve a sentença reformada por esta Câmara, como suso aludido, e a outra se encontra pendente de julgamento pela Primeira Câmara de Direito Civil desta Corte —, e as demais 12 (doze) tiveram a mesma solução: extinção sem julgamento de mérito em razão da falta de interesse de agir (art. 267, inc. VI, do CPC), todas levadas à instância recursal.

À luz de todos os fundamentos suso esposados, penso que a mantença do decisório extintivo é, pois, o destino inarredável do feito.

Isto posto, pelo meu voto eu nego provimento ao recurso.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 2012.027195-0, de Camboriú

Relator: Des. Luiz Fernando Boller

APELAÇÕES CÍVEIS RECIPROCAMENTE INTERPOSTAS EM AÇÃO ORDINÁRIA JULGADA PROCEDENTE - MÉDICA E HOSPITAL CONDENADOS AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL FIXADA EM R$ 60.000,00 (SESSENTA MIL REAIS), ALÉM DO RESSARCIMENTO DAS DESPESAS REALIZADAS COM O TRATAMENTO DE SAÚDE E O FUNERAL DO FALECIDO FILHO DOS RECORRIDOS - IMPERFURAÇÃO ANAL NÃO DIAGNOSTICADA POR OCASIÃO DO EXAME NEONATAL REALIZADO PELA PEDIATRA - INCHAÇO ABDOMINAL CONSTATADO PELA MÃE AINDA DURANTE A INTERNAÇÃO HOSPITALAR - FATO IGNORADO PELA ESPECIALISTA - INFANTE QUE, JÁ NO DOMICÍLIO, APRESENTOU DISTENSÃO DO *ABDOMEN* E VÔMITOS INCESSANTES - ATENDIMENTO NEGLIGENCIADO PELA PEDIATRA, SOB A JUSTIFICATIVA DE QUE NÃO ESTAVA EM REGIME DE PLANTÃO NAQUELA MADRUGADA - BEBÊ ENCAMINHADO PARA OUTRO NOSOCÔMIO, ONDE, DIAGNOSTICADA A ANOMALIA, FOI SUBMETIDO A CIRURGIA DE EMERGÊNCIA NOUTRA CLÍNICA, EQUIPADA COM UTI-UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA - MALFORMAÇÃO E HÉRNIA INGUINAL VERIFICADAS POR OUTROS 2 (DOIS) ESPECIALISTAS POR OCASIÃO DO EXAME FÍSICO DA CRIANÇA - ENFORCAMENTO DE ALÇA INTESTINAL COM SOFRIMENTO - *ABDOMEN* AGUDO OBSTRUTIVO - PUTREFAÇÃO DOS ÓRGÃOS QUE COMPÕEM O SISTEMA DIGESTIVO - PÓS-OPERATÓRIO COM EVOLUÇÃO REGRESSIVA - ÓBITO REGISTRADO QUANDO O INFANTE CONTAVA 3 (TRÊS) DIAS DE VIVÊNCIA.

INSURGÊNCIA INTERPOSTA PELA PEDIATRA, SOB A ALEGAÇÃO DE QUE APENAS AVALIOU O BEBÊ EM UMA

ÚNICA OPORTUNIDADE, NÃO TENDO CONSTATADO QUALQUER MALFORMAÇÃO - ALEGADO DESVIRTUAMENTO INTERPRETATIVO DA PROVA ORAL - DEPOIMENTOS DOS TESTIGOS UNÍSSONOS QUANTO À EXISTÊNCIA DE ERRO MÉDICO - PROVA TÉCNICA ABSOLUTAMENTE PRESCINDÍVEL - INOBSERVÂNCIA DA CONDUTA PADRÃO DE OBSERVAÇÃO E EXAME CLÍNICO DE RECÉM-NASCIDO, NOS PRIMEIROS MINUTOS APÓS O PARTO - ANOMALIA FACILMENTE CONSTATADA POR OUTROS PROFISSIONAIS QUE TIVERAM CONTATO COM O BEBÊ - RETARDO NO DIAGNÓSTICO QUE INVIABILIZOU A CORREÇÃO CIRÚRGICA DA ATRESIA ANAL - INCUMBÊNCIA DA PEDIATRA RESPONSÁVEL PELO PRIMEIRO ATENDIMENTO DO NEONATO E ACOMPANHAMENTO DURANTE O PERÍODO DE INTERNAÇÃO - CULPA POR NEGLIGÊNCIA, CARACTERIZADA - ESPECIALISTA CONDENADA PELO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA, EM DECISÃO ADMINISTRATIVA PASSÍVEL DE RECURSO PERANTE O ÓRGÃO DE CLASSE - RESPONSABILIDADE CIVIL EXPLICITAMENTE EVIDENCIADA.

Constitui obrigação do profissional especialista em avaliação neonatal empreender e utilizar os recursos necessários para o exame do recém-nascido, sendo diligente na busca de eventuais anomalias que pudessem comprometer a sua saúde, despendendo esforços e cuidados imediatos para a correção de qualquer imperfeição.

FUNDAÇÃO HOSPITALAR QUE, POR SUA VEZ, ALEGA TER APENAS PRESTADO SERVIÇOS DE HOSPEDAGEM PARA MÃE E RECÉM-NASCIDO, NÃO TENDO QUALQUER RELAÇÃO COM A ATUAÇÃO DA MÉDICA PEDIATRA REQUERIDA - INSTITUIÇÃO QUE DEVE RESPONDER PELO

EQUÍVOCO DE MEMBRO PERTENCENTE AO SEU RESPECTIVO CORPO CLÍNICO.

"Quando o paciente procura o hospital para tratamento, principalmente naqueles casos de emergência, e recebe atendimento do médico que se encontra em serviço no local, a responsabilidade em razão das conseqüências danosas da terapia pertence ao hospital. Em tal situação, pouco releva a circunstância de ser o médico empregado do hospital, porquanto ele se encontrava vinculado ao serviço de emergência oferecido. Se o profissional estava de serviço no plantão, tanto que cuidou do paciente, o mínimo que se pode admitir é que estava credenciado para assim proceder" (STJ. Resp nº 400.843/RS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, j. 17/02/2005).

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - *QUANTUM* QUE SE REVELA SUFICIENTE PARA REPARAR O ABALO ANÍMICO INFLIGIDO AOS GENITORES DEMANDANTES, PELA MORTE DE SEU PRIMOGÊNITO - ADEQUAÇÃO DA SENTENÇA AO RECENTE POSICIONAMENTO FIRMADO POR ESTE ÓRGÃO JULGADOR FRACIONÁRIO, NO SENTIDO DE QUE OS CONSECTÁRIOS LEGAIS DEVEM INCIDIR A PARTIR DA INSTITUIÇÃO DA OBRIGAÇÃO REPARATÓRIA - DECISÃO REFORMADA EXCLUSIVAMENTE NESTE TÓPICO - RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.027195-0, da comarca de Camboriú (2ª Vara Cível), em que são apelantes Luciane Oliveira Heckler e outro, e apelados Claudeni Gracello e outro:

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos e dar-lhes parcial provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Substitutos Jorge Luís Costa Beber e Saul Steil. Funcionou como Representante do Ministério Público, o Excelentíssimo Senhor Doutor Mário Gemin.

Florianópolis, 8 de novembro de 2012.

Luiz Fernando Boller
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Cuidam-se de apelações cíveis reciprocamente interpostas pela médica pediatra Luciane Oliveira Heckler bem como pela Fundação Hospitalar de Camboriú, contra decisão prolatada pelo juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Camboriú, que julgou procedente o pedido deduzido nos autos da ação Ordinária nº 113.06.004269-0 (disponível em <*http://esaj.tjsc.jus.br/cpo/pg/search.do;jsessionid= F82B0D020780E97D021C40B-B74E4D684.cpo2?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=113&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=000426984.2006&foroNumeroUnificado=0113&dePesquisaNuUnificado=0004269-84.20 06.8.24.0113&dePesquisa=*> acesso nesta data), ajuizada por Claudeni Gracielle e Priscilla Aparecida Bernardino, condenando os apelantes, solidariamente, ao pagamento de indenização por dano moral fixada em R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), além do ressarcimento pelo dano material, no montante de R$ 3.759,00 (três mil, setecentos e cinquenta e nove reais), ambos monetariamente corrigidos segundo o INPC-Índice Nacional de Preços ao Consumidor do IBGE--Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística desde a prolação da sentença, e acrescidos dos juros de mora a razão de 1% (hum por cento) ao mês, a contar de 28/10/2006 - data do evento danoso -, impondo-lhes, ainda,

o dever de honrar as despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados no equivalente a 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação (fls. 314/329).

Malcontente, a insurgente Luciane Oliveira Heckler reconheceu que prestou atendimento médico ao bebê Arthur Gracielle imediatamente após o respectivo nascimento, não tendo diagnosticado qualquer anomalia congênita, destacando que inexistia suspeita de imperfuração anal, visto que nos relatórios de enfermagem estava registrado que a criancinha tinha defecado no primeiro dia de vida, o que seria incompatível com a atresia.

Sustentou, ainda, que a alta hospitalar de Priscilla Aparecida Bernardino e do recém-nascido foi concedida em 30/10/2006, pelo médico Deniter Vargas Barbosa (CRM-SC nº 4.615), que teria constatado que ambos apresentavam excelentes condições de saúde, garantindo que as posteriores complicações que levaram ao óbito de Arthur Gracielle somente poderiam ser detectadas com a evolução do quadro clínico, ou, ainda, pelo médico responsável pela liberação da criancinha, que deveria ter investigado as queixas maternas em relação ao aparente inchaço do bebê.

Referiu, ainda, que os especialistas que prestaram o primeiro atendimento na UTI-Unidade de Terapia Intensiva neonatal não vislumbraram a imperfuração anal, apenas concluindo pelo respectivo diagnóstico em razão da associação dos sintomas relatados por Priscilla Aparecida Bernardino, de modo que - conceituando a anomalia como sendo de difícil constatação -, pugna pelo afastamento da responsabilidade que lhe foi atribuída em razão do episódio.

Asseverou, mais, que a documentação médica encartada nos autos demonstra a observância de todos os procedimentos normalmente realizados na avaliação e acompanhamento de recém-nascidos, tendo sido relatado pelas enfermeiras do nosocômio que em 2 (duas) oportunidades

houve troca de fraldas por ter havido eliminação vesical e fecal, não havendo qualquer indicativo de malformação congênita.

Sustentou, por derradeiro, que os profissionais que prestaram depoimento não têm formação específica em pediatria, faltando-lhes conhecimento técnico a respeito da conduta inicial quando do nascimento de bebês, sendo imprescindível, no seu entender, a realização de perícia para se constatar se as complicações que resultaram na morte do infante decorrem de erro médico, motivo pelo qual - alegando ter atendido Arthur Gracielle apenas uma única vez, efetivando todos os procedimentos cabíveis e necessários para averiguar qualquer anomalia na criança, bem como que a prova testemunhal seria imprestável ao desiderato dos recorridos -, pugnou pelo conhecimento e provimento do reclamo, com a reforma da sentença hostilizada, afastando-se a obrigação indenizatória, alternativamente fixando a incidência dos juros de mora apenas a partir da data do arbitramento (fls. 332/357).

Por sua vez, a Fundação Hospitalar de Camboriú assegurou que não pode ser responsabilizada pelo aludido ato ilícito, visto que o atendimento médico se efetivou por conta do plano de saúde contratado por Priscilla Aparecida Bernardino, incumbindo-lhe, apenas, os serviços de hotelaria e enfermagem, ao passo que eventuais exames para diagnóstico da anomalia deveriam ter sido requisitados pelo profissional que estava acompanhando a parturiente e o bebê.

Nestes termos - avultando que tanto Arthur Gracielle quanto a respectiva genitora receberam alta hospitalar quando já estavam em perfeitas condições de saúde, o que, segundo refere, isentaria a instituição de qualquer responsabilidade por complicações posteriores, e lançando, ainda, prequestionamento acerca do disposto no art. 14 do Código de Defesa Consumidor e art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, viabilizando eventual irresignação ao Superior Tribunal de Justiça e/ou

Supremo Tribunal Federal -, bradou pelo conhecimento e provimento do reclamo, com a reforma do *decisum* objurgado, afastando-se a sua obrigação de indenizar os pais do falecido paciente, alternativamente contabilizando-se os juros de mora apenas a partir do arbitramento definitivo da reparação (fls. 360/370).

Os recursos foram recebidos nos efeitos devolutivo e suspensivo (fl. 391).

Em sede de contrarrazões, Claudeni Gracielle e Priscilla Aparecida Bernardino salientaram que, se a médica Luciane Oliveira Heckler entendesse que competia ao médico que realizou o parto avaliar as condições físicas do recém-nascido, deveria, no momento oportuno, ter denunciado à lide o respectivo profissional, o que, todavia, não afastaria a sua responsabilidade pelo evento danoso, visto que, na qualidade de pediatra, teria sido negligente ao examinar apenas superficialmente o bebê, deixando de diagnosticar a atresia (ausência de perfuração anal), confiando os cuidados essenciais exclusivamente à equipe de enfermagem, sem a necessária supervisão.

Destacaram, inclusive, que qualquer profissional da área médica teria condições de diagnosticar a imperfuração anal, independentemente da especialidade na área de pediatria.

Tanto assim, que os outros médicos prontamente realizaram o diagnóstico, encaminhando Arthur Gracielle para o centro cirúrgico, objetivando resguardar a integridade física do bebê, sobressaindo, de outro vértice, que Luciane Oliveira Heckler não teria postulado a produção de prova técnica no momento oportuno, inexistindo qualquer irregularidade na instrução probatória.

Ressaltaram, ainda, que Luciane Oliveira Heckler integra o corpo clínico da Fundação Hospitalar de Camboriú, tendo prestado atendimento na qualidade de pediatra plantonista, razão pela qual a instituição seria,

sim, responsável pelos atos da funcionária, devendo honrar o pagamento da verba indenizatória fixada na espécie, termos em que conclamaram o desprovimento dos reclamos, mantendo-se íntegra a sentença combatida (fls. 375/384).

Ascendendo a esta Corte, os autos foram a mim distribuídos (fl. 395).

Por não vislumbrar interesse a clamar a sua intervenção na qualidade de *custos legis*, a Procuradoria-Geral de Justiça deixou de opinar (fls. 397/398).

Este é o relatório.

VOTO

Conheço de ambos os recursos, pois demonstrados os respectivos pressupostos de admissibilidade.

Em princípio, o art. 130 do Código de Processo Civil preceitua que *`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´.*

Já o art. 131, por sua vez, estatui que *`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´.*

Tal disposição, segundo precioso ensinamento de lavra do emérito Humberto Theodoro Júnior, consubstancia verdadeira baliza de conduta técnica-profissional:

> Quero começar esta exposição confessando que irei proceder à revisão de uma posição doutrinária que esposei e venho defendendo desde a primeira edição de meu manual de direito processual civil, fato ocorrido há mais de vinte anos. Trata-se do problema relativo ao caráter dispositivo do processo civil brasileiro em cotejo

> com os poderes de iniciativa do juiz na condução do processo e, particularmente, na instrução probatória. Devo ressaltar, de início, que na década de cinqüenta, quando percorria a senda da formação universitária, as preocupações com as metas políticas e sociais do processo eram diminutas e a ciência jurídica via na jurisdição o instrumento voltado, quase que exclusivamente, para realizar a vontade da lei. O natural e desejável era o juiz neutro, imparcial, eqüidistante do drama das partes e, por isso, alheio à formação do objeto do processo e à atividade probatória tendente a demonstrar a causa do pedido do autor e da resistência do réu. Sob a dominação dessa postura antiga e arraigada, inspirada em acentuado critério dispositivo, o comportamento do magistrado era retratado na máxima *iudex iudicare debet allegata et probata partium*. Ou seja, o juiz devia julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes, de sorte que lhe era vedada a busca de fatos não alegados e cuja prova não tivesse sido postulada pelas partes.

Como destacado pelo eminente jurista,

> Na segunda metade de nosso século, porém, a doutrina processual em todo o mundo começou a reclamar por uma urgente e profunda mudança de rumos, para compatibilizar-se com o moderno estado democrático e social implantado e desenvolvido após a segunda guerra mundial. Notável, entre outros, foi o trabalho desempenhado por Mauro Cappelletti para reclamar uma correção de objetivos e métodos do processo civil, da qual resultaram as concepções de instrumentalidade e efetividade, princípios de que não mais poderiam prescindir os estudos processuais contemporâneos. A tônica da nova ciência processual centrou-se na idéia de acesso à justiça. O direito de ação passou a ser visto não mais apenas como o direito ao processo, mas como a garantia cívica de justiça. O direito processual assumiu, por isso, a missão de assegurar resultados práticos e efetivos que não só permitissem a realização da vontade da lei mas que dessem a essa vontade o melhor sentido, aquele que pudesse se aproximar ao máximo da aspiração de justiça. O processo, assim entendido, assumia o compromisso de ultrapassar a noção de devido processo legal e atingir o plano do processo justo. Esse tipo de processo comprometido com desígnios sociais e políticos, obviamente não poderia ser dirigido por um juiz neutro e insensível.

De forma magnificamente brilhante, Humberto Theodoro Júnior assevera que *"não pode fazer a real e efetiva justiça quem não se interessa pelo resultado da demanda e deixa o destino do direito subjetivo do litigante à sorte e ao azar do jogo da técnica formal e da maior agilidade ou esperteza dos contendores, ou de um deles",* avultando, mais, que

> o moderno processo civil procurou conciliar os antigos princípios dispositivo e inquisitivo. Manteve, a feição dispositiva, diante da postura de inércia do judiciário quanto à abertura do processo, deixando à exclusiva iniciativa das partes a formação da relação processual e a definição do objeto litigioso. Ainda sob o império do princípio dispositivo, conservou-se a jurisdição limitada ao pedido do autor e à exceção do réu, interditando-se ao juiz a instauração *ex officio* de processo e o julgamento de questões estranhas à litiscontestação (CPC, arts. 2º, 128 e 460). Mas, como a garantia de acesso à justiça (essência da nova concepção política e social do processo) não pode esgotar-se no simples ingresso das pretensões nos tribunais, e reclama o acesso à ordem jurídica justa.

E, destacando que o direito positivo teve de reforçar os poderes do juiz *"na condução da causa, tanto na vigilância para que seu desenvolvimento fosse procedimentalmente correto, como no comando da apuração da verdade real em torno dos fatos em relação aos quais se estabeleceu o litígio",* conclui que, daí exsurge a dupla previsão do Código de Processo Civil de que: a) o processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial (art. 262), e b) caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo (art. 130) (Prova - princípio da verdade real - poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas -prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). Revista Brasileira de Direito de Família. n. 03. out.-nov.-dez 1999. p. 5).

Aliás, - como salienta o Desembargador Amaral e Silva -, este pretório vem privilegiando a ótica de que o `juiz pós-moderno´ deve apegar-se cada vez menos ao formalismo, adotando *"uma visão mais sociológica dos fatos*

que estão sob sua responsabilidade", exaltando que *"temos que ter juízes de Direito e não de lei"* (Menos formalismo e mais humanismo, diz Amaral e Silva. O Judiciário. Ano 2. n. 19. nov. 2007. p. 11).

No sentido desta conclusão, Humberto Theodoro Júnior sobressai que

> Durante muitos séculos o processo foi visto como um jogo em que as partes eram os protagonistas e o juiz o expectador. Dentro desse torneio a vitória caberia àquele que, segundo a observação do juiz, tivesse apresentado a melhor prova. E a qualificação dos valores atribuídos aos meios probatórios era totalmente aleatória e preconceituosa. Consagrava uma tarifação que nada tinha de lógico e se recobria de superstições e outros critérios instituídos à base de privilégios hoje intoleráveis e inadmissíveis. O juiz não se preocupava em pesquisar a verdade propriamente dita, mas apenas em apurar qual o litigante que conseguiria se sair melhor nos complicados jogos processuais. O resultado era o estabelecimento de uma verdade puramente formal, o que, como é óbvio, impregnava o julgamento de alta dose de injustiça, na grande maioria das demandas. Do Século XVIII até o atual, principalmente depois da vitória da razão e do iluminismo na Revolução Francesa, a atividade judicante alterou completamente seus objetivos. A disputa entre os litigantes passou a ser um debate lógico e o juiz se tornou um participante ativo na evolução do processo, de modo a formar seu julgamento à base de um racional convencimento diante das provas carreadas para os autos. À verdade formal sucedeu a verdade real ou material, como escopo do processo e como fundamento da sentença. Aboliram-se as tarifações de provas por lei e o conceito jurídico de prova passou a ser o de elemento de convicção. Se o magistrado não se convencer diante do meio probatório produzido, prova não teria havido. Prova realmente só ocorreria quando fosse o juiz conduzido ao verdadeiro convencimento acerca do fato alegado. O processo evoluiu do conceito privatístico que o primitivo direito romano forjara (*ordo iudiciorum privatorum*) para em caráter acentuadamente publicístico. A função da jurisdição deixara de ser apenas a de propiciar instrumentos aos ligitantes para solução de seus conflitos, passando a desempenhar relevante missão de ordem pública na pacificação social sob o império da lei (*op. cit*.).

A filiação a este entendimento moderno do próprio conceito de jurisdição, não permite classificar de inadequada a busca da verdade real.

Não se afere no caso sob julgamento, pois, qualquer irregularidade funcional, mas, sim, como já visto, posicionamento jusfilosófico bem sedimentado em doutrina de insofismável consistência!

Nesta vertente é o ensinamento do próprio Humberto Theodoro Júnior, especificamente:

> Nesse processo moderno o interesse em jogo é tanto das partes como do juiz, e da sociedade em cujo nome atua. Todos agem, assim, em direção ao escopo de cumprir os desígnios máximos da pacificação social. A eliminação dos litígios, de maneira legal e justa, é do interesse tanto dos litigantes como de toda a comunidade. O juiz, operando pela sociedade como um todo, tem até mesmo interesse público maior na boa atuação jurisdicional e na justiça e efetividade do provimento com que se compõe o litígio. Embora a verdade real, em sua substância absoluta, seja um ideal inatingível pelo conhecimento limitado do homem, o compromisso com sua ampla busca é o farol que, no processo, estimula a superação das deficiências do sistema procedimental. E é com o espírito de servir à causa da verdade que o juiz contemporâneo assumiu o comando oficial do processo integrado nas garantias fundamentais do Estado Democrático e Social de Direito (*op. cit.*).

Há que se reconhecer, na atuação profissional do juiz *a quo*, vinculação ao ensinamento do sobredito jurista, no sentido de que

> Como a justiça da prestação jurisdicional se vincula ao compromisso do processo com a verdade real; e como a essa só se chega mediante a instrução probatória, tornou-se evidente e imperioso atribuir ao juiz o comando irrestrito da iniciativa das provas necessárias ao conhecimento dos fatos constitutivos do quadro litigioso a solucionar. [...] A postura conservadora que praticamente anula à iniciativa do juiz no domínio da prova parte de uma visão equivocada que não distingue entre meio de prova e prova propriamente dita. Vê na decisão de ordenar a produção de um elemento de prova o compromisso do juiz com o resultado de tal diligência como se ele tivesse que ser antevisto como necessariamente benéfico a

> uma parte predeterminada. Quando se ordena a ouvida de certa testemunha, a requisição de algum documento público ou privado, a coleta de um depoimento pessoal, a vistoria ou inspeção de algum objeto, ou a perícia sobre um documento ou uma coisa, nada pode de antemão assegurar que o convencimento final sobre o quadro fático virá favorecer a esta ou àquela parte. Uma coisa é o aspecto instrumental da prova - o meio jurídico de busca da verdade -, outra muito diversa é o seu conteúdo subjetivo, qual seja, o convencimento gerado no destinatário da prova. Assim, enquanto se pesquisam os fatos, joga-se com simples instrumentos que podem ou não alcançar a produção dos efeitos desejados em torno da verdade. Somente afinal, depois de exaurida a atividade instrutória do processo, é que se terá condição de definir se realmente se alcançou, ou não, a prova do fato controvertido. O juiz, portanto, enquanto determina a produção dos elementos probatórios não está fazendo prova para uma das partes, está apenas procurando chegar à prova efetiva, que é o seu convencimento acerca dos fatos que interessam à justa solução do litígio. Diante da necessidade de descobrir a verdade real, o juiz não pode ser neutro nem indiferente. Não determinar a prova necessária à revelação da verdade não corresponde, por isso, a uma conduta imparcial e sim a um alheamento à missão jurisdicional de assegurar aos litigantes a mais efetiva e justa composição do litígio. O juiz, como observa Barbosa Moreira, quando toma a iniciativa de certa prova não realiza, em substituição, aquilo que à parte caberia promover. E explica: "Ao juiz incumbe precipuamente julgar. Que é julgar? Julgar é aplicar a norma ao fato. Então, é preciso que o juiz conheça tanto a norma quanto o fato. Isto está dentro da sua função precípua. A livre pesquisa do fato jurídico configurador da *causa petendi* delineada pela parte é, porém, atividade própria e normal do juiz, a quem se atribui o encargo de apreciar e julgar, com justiça, a *res in indicio deducta* (*op. cit*. - grifei).

Assim, longe de constituir nulidade processual, a busca da verdade real, com seus meios inerentes, constitui a verdadeira missão do magistrado, que - compromissado com a aplicação da solução justa ao litígio -, deve valer-se dos meios próprios à formação de sua convicção, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil.

Outro não é o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco, para quem

> O juiz moderno compreende que só se lhe exige 'imparcialidade' no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a 'indiferença'.
>
> O Juiz, portanto - apesar de neutro, ou seja, isento de propósitos outros - deve impor a marca de sua convicção ao resultado da atuação jurisdicional do Estado. Em sendo assim, forçoso é concluir que sua atividade não é mecanizada, mas, certamente, o resultado da aplicação de seu afinado senso jurídico à realidade do litígio (A instrumentalidade do processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, nº 28.3, p. 275).

A respeito, o mesmo Humberto Theodoro Júnior leciona, de forma magnífica, que

> A função do juiz, sem anular a dos litigantes, é cada vez mais valorizada pelo princípio inquisitivo, mormente no campo da investigação probatória e na persecução da verdade real. Se isto se compreende até mesmo no compromisso de justa composição dos litígios em torno de direitos disponíveis, torna-se mais imperioso e premente naquelas causas onde a indisponibilidade dos direitos em conflito não pode transigir com a indiferença do órgão judicante. Rigores formais, historicamente justificados por anseios rotineiros de segurança, hão de ser revistos e flexibilizados para que não se subverta a função do processo e não se corra o risco de o instrumental de promoção do direito material se transformar no seu algoz, e na barreira impeditiva de sua verdadeira realização prática (*op. cit.*).

Nessa linha de raciocínio, não há que se falar em prejuízo à defesa de Luciane Oliveira Heckler, em virtude de apenas ter sido produzida prova oral e documental acerca dos fatos alegados pelos autores, porquanto, conforme ficará adiante patenteado, os depoimentos dos médicos que prestaram atendimento a Arthur Gracielle se revelaram bastante

esclarecedores acerca da inadequada avaliação do neonato, procedida ainda na sala de parto.

Diante disso, sobretudo porque a evolução do quadro clínico do pequeno paciente falecido, está bem documentada nos autos, ao passo que todos os profissionais ouvidos pelo juízo *a quo* foram uníssonos em afirmar que houve, sim, negligência por parte da médica pediatra Luciane Oliveira Heckler quando da primeira avaliação do recém-nascido, entendo inoportuna a dilação técnica.

Aliás, a conduta do magistrado singular, no caso em liça, está pautada no parágrafo único do art. 420 do Código de Processo Civil, segundo o qual a perícia será indeferida quando for desnecessária em vista de outras provas já produzidas.

Sobre a matéria, o Superior Tribunal de Justiça externou o entendimento de que se o juiz se conduz segundo o princípio da persuasão racional, concluindo à luz dos fatos e circunstâncias refletidos nas provas dos autos que a perícia é desnecessária, não há contrariedade ao disposto no art. 420 do Código de Processo Civil (Ag nº 45588, rel. Ministro Nilson Naves, j. 14/01/94).

Ademais, como sobressaem os ínclitos José Roberto Neves Amorim e Sandro Gilbert Amorim, *"a prova tem como finalidade formar no juiz, seu destinatário, o convencimento quanto aos fatos e fundamentos da causa, trazidos pelas partes, proporcionando um julgamento justo e dentro dos parâmetros legais"* (Direito Processual Civil. Rio de Janeiro, 2009. p. 263).

Neste rumo, o Superior Tribunal de Justiça firmou o assento interpretativo de que os *"princípios da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz permitem ao julgador determinar as provas que entende necessárias à instrução do processo, bem como indeferir aquelas que considerar inúteis ou protelatórias"* (AgRg no Resp nº 845384/SC, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, j. 03/02/2011).

Assim, não denoto qualquer irregularidade em relação à inexistência de prova técnica pericial, especialmente porque a insurgente, em sua contestação, destacou como imprescindível, apenas, *"o depoimento pessoal dos autores, a oitiva de testemunhas e a prova documental"* (fl. 155).

E, por ocasião da audiência realizada em 08/10/2008, as partes foram questionadas acerca das provas que ainda deveriam ser produzidas, tendo Luciane Oliveira Heckler requerido unicamente a juntada de Parecer Técnico sobre o caso, para *"comprovar a inexistência de culpa no evento danoso"* (fl. 191), o que foi levado a efeito (fls. 204/210), nada sendo mencionado naquela oportunidade quanto à objetivada dilação pericial.

Deste modo, não tendo sido evidenciada a imprescindibilidade do exame técnico, não há que se falar em prejuízo à ampla defesa.

Acerca do direito fundamental à prova, o mestre Luiz Guilherme Marinoni ressalta que

> De nada adianta, de fato, garantir uma participação que não possibilite o uso efetivo, por exemplo, dos meios necessários à demonstração das alegações. O direito à prova é resultado da necessidade de se garantir ao cidadão a adequada participação no processo. Como demonstra Vigorriti, a estreita conexão entre as alegações dos fatos, com que se exercem os direitos de ação e de defesa, e a possibilidade de submeter ao juiz os elementos necessários para demonstrar os fundamentos das próprias alegações tornou clara a influência das normas em termos de prova sobre os direitos garantidos pelo *due process of law*. A mesma conexão impõe o reconhecimento, em nível constitucional, de um verdadeiro e próprio direito à prova (*right to evidence*) em favor daqueles que têm direito de agir ou de se defender em juízo.
>
> O direito de produzir prova engloba o direito à adequada oportunidade de requerer a sua produção, o direito de participar da sua realização e o direito de falar sobre os seus resultados. (Novas linhas de processo civil. São Paulo: Editora Malheiros, 1999. pp. 258/259).

Sobre a matéria, Eduardo Cambi, citado por Fredie Souza Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, discorre que

> A partir da leitura sistemática e teleológica das máximas e valores constitucionais, encontramos a ela intrínseco o direito fundamental à prova, emanado, mais especificamente, 'como desdobramento da garantia constitucional do devido processo legal ou um aspecto fundamental das garantias processuais da ação, da defesa e do contraditório' (Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. vol. II. 6. ed. rev. ampl. e atual. Bahia: Editora Juspodivm, 2011. p. 19).

Neste contexto, ao contrário do sustentado pela apelante Luciane Oliveira Heckler, não se está a lhe tolher o direito de demonstrar, através dos meios legalmente previstos, a veracidade de suas alegações, tendo-lhe sido oportunizada, sim, a produção das provas que entendesse necessárias à comprovação da sua tese de defesa, nada tendo sido requerido, como já registrado, quanto à efetivação de prova técnica (perícia).

E, no que se refere à imprestabilidade dos depoimentos colhidos no 1º Grau, há que se esclarecer que todos os médicos ouvidos pelo juízo *a quo* tiveram contato direto com o bebê, e puderam afirmar que era, sim, possível diagnosticar a atresia anal, constatação veementemente negada pela pediatra Luciane Oliveira Heckler.

Assim, independentemente da especialidade médica dos testigos, há que se atribuir valor probatório aos seus relatos, porquanto suas manifestações estão em harmonia com o acervo probatório já constante nos autos, não podendo seus depoimentos serem ignorados exclusivamente porque vão de encontro ao alegado pela insurgente.

Superadas as preliminares, passo, então, à análise do mérito recursal, sobressaindo que o art. 5° da Constituição Federal de 1988, em seu inc. X, preconiza que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a

imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

De outra banda, o art. 186 do Código Civil estabelece 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'*, atraindo para si - consoante se infere do disposto no art. 927 do aludido códice -, a obrigação de indenizar, observando-se, para tanto, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Sobre os elementos da responsabilidade civil extracontratual, citando Moreira Alves, os notáveis Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery lecionam que

> Pressupostos da responsabilidade civil extracontratual. Funda-se no ato ilícito absoluto, composto por elementos objetivos e subjetivos. São elementos objetivos do ato ilícito absoluto: a) a existência de ato ou omissão (ao comissivo por omissão), antijurídico (violadores de direito subjetivo absoluto ou de interesse legítimo); b) a ocorrência de um dano material ou moral; c) nexo de causalidade entre o ato ou a omissão e o dano. São elementos subjetivos do ato ilícito absoluto: a) a imputabilidade (capacidade para praticar a antijuridicidade); b) a culpa em sentido lato (abrangente do dolo e da culpa em sentido estrito) (Código Civil Comentado, 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 733).

Do excerto epigrafado, infere-se que a responsabilização civil pressupõe a demonstração de uma conduta contrária ao direito (ato ilícito), na qual se verifique a culpa ou dolo do agente, o nexo de causalidade entre esta conduta e o dano provocado a outrem, e a existência do próprio dano, conceituado por Fernando Noronha como o prejuízo *"que viole qualquer valor inerente à pessoa humana ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada"* (Direito das Obrigações. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 474).

Ao versar sobre o tema, Adauto de Almeida Tomaszewski salienta que

> Imputar a responsabilidade a alguém, é considerar-lhe responsável por alguma coisa, fazendo-o responder pelas conseqüências de uma conduta contrária ao dever, sendo responsável aquele indivíduo que podia e devia ter agido de outro modo (Separação, violência e danos morais - a tutela da personalidade dos filhos. São Paulo: Editora Paulistana Jur, 2004. p. 245).

Já o ínclito Rui Stoco, destaca que

> Toda vez que alguém sofrer um detrimento qualquer, que for ofendido física ou moralmente, que for desrespeitado em seus direitos, que não obtiver tanto quanto foi avençado, certamente lançará mão da responsabilidade civil para ver-se ressarcido (Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 112).

Por sua vez, Aguiar Dias avulta que

> A responsabilidade pode resultar da violação, a um tempo, das normas, tanto morais, como jurídicas, isto é, o fato em que se concretiza a infração participa de caráter múltiplo, podendo ser, por exemplo, proibido pela lei moral, religiosa, de costumes ou pelo direito. Isto põe de manifesto que não há reparação estanque entre as duas disciplinas. Seria infundado sustentar uma teoria do direito estranha à moral. Entretanto, é evidente que o domínio da moral é muito mais amplo que o do direito, a este escapando muitos problemas subordinados àquele, porque a finalidade da regra jurídica se esgota com manter a paz social, e esta só é atingida quando a violação se traduz em prejuízo (Da responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 5)

Por fim, Darcy Arruda Miranda, citado por Rolf Madaleno - de quem fui colega na Faculdade de Direito na UFRGS-Universidade Federal do Rio Grande do Sul -, sobressai que *"todo homem tem um valor moral próprio dentro do seu círculo social e esse conceito passa a integrar a sua personalidade, e sua aceitação social depende da preservação desses valores éticos, desse seu prestígio moral inalienável, violável e invulnerável"*, porquanto *"o dano moral respeita uma lesão aos sentimentos afeições legítimas de uma pessoa, ou quando lhe ocasionam prejuízos que se traduzem em padecimentos físicos, ou que de*

uma maneira ou outra perturbam a tranquilidade e o ritmo de vida normal da pessoa ofendida" (Curso de direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2011. pp. 337/338).

Destaco, outrossim, que a responsabilidade civil médica enseja a obrigação do profissional da saúde em reparar o dano eventualmente causado a outrem no exercício de sua profissão, devendo, para tanto, restar sobejamente demonstrada a sua culpa no alegado evento danoso.

Gustavo Tepedino salienta que a investigação da culpa do médico - imprescindível à configuração da sua responsabilidade -, requer uma definição dos inúmeros deveres de que é acometido, elencados em três categorias:

> a) o dever de fornecer ampla informação quanto ao diagnóstico e prognóstico; b) emprego de todas as técnicas disponíveis para a recuperação do paciente, aprovadas pela comunidade científicas e legalmente permitidas; c) a tutela do melhor interesse do enfermo em favor de sua dignidade e integridade física e psíquica (A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. Revista Jurídica. ano 51, nº 311, set./2003. Porto Alegre: Notadez, p. 17-43).

Complementa Miguel Kfouri Neto, no sentido de que a culpabilidade somente pode ser presumida diante da ocorrência de erro grosseiro, de negligência ou de imperícia, e desde que devidamente demonstrados.

Se, porém, os profissionais *"se utilizam de sua vasta experiência e dos meios técnicos indicados, com os habituais cuidados pré e pós-operatórios, somente uma prova irretorquível poderá levar à indenização pleiteada"* (Responsabilidade civil do médico. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 1998. p. 63).

Avultam Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza que

> A imprudência se caracteriza por uma conduta comissiva, é a ausência do devido cuidado consubstanciado numa ação, é, pois,

> a realização de um ato (no caso dos médicos, um ato médico) sem a devida previdência. A negligência, é, por seu turno, a ausência de cuidado razoável exigido. Trata-se, em verdade, da omissão da conduta esperada e recomendável. O médico que não realiza o necessário e preventivo cuidado para proceder a uma cirurgia, vindo, por conseguinte, em razão desta omissão do dever de cautela, a causar um mal ao paciente age negligentemente. Por fim, a imperícia é a falta da competente análise e da observação das normas existentes para o desempenho da atividade. É o despreparo profissional, o desconhecimento técnico da profissão (Responsabilidade Civil médica e hospitalar: repertório jurisprudencial por especialidade médica; teoria da eleição procedimental; iatrogenia. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 29).

A doutrinadora Fernanda Schaefer define as obrigações de meio, no âmbito da responsabilidade contratual do médico:

> 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).

No que se refere a tais particularidades, Miguel Kfouri Neto sobressai que *"é negligente o médico clínico que deixa de dar o devido encaminhamento a paciente que necessita de urgente intervenção cirúrgica"*, ao passo que *"há erro grosseiro quando o clínico, sem identificar os sintomas de apendicite aguda, desconsidera sintomas evidentes e revela absoluto descaso pelo doente, já internado"* (Responsabilidade civil do médico. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 1998. p. 78).

Já a imprudência, consoante o aludido doutrinador, parte da culpa comissiva do profissional da medicina, que tem atitudes não justificadas, precipitadas e sem cautela, *pari passu* que a imperícia se refere à falta de

observação das normas, ou deficiência de conhecimento técnico (*op. cit.* pp. 80 e 83).

Por sua vez, o ilustre Rui Stoco sobressai que o médico *"é o guardião da vida, o protetor e responsável pela saúde física e mental das pessoas"*, dele se exigindo *"correção, dedicação e até mesmo perfeição muito maior do que dos demais profissionais, pois o seu erro poderá importar em uma vida a menos e conduzir ao sofrimento, à dor, à angústia e à perda irreparável"* (Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 555).

Ao tratar do tema, Tereza Ancona Lopes sustenta que

> O que importa na responsabilidade dos médicos é a relação entre a culpa e o dano para que possa haver direito à reparação; mas para maior apoio ao ofendido é preciso saber-se se o dano foi causado no inadimplemento de uma obrigação de meios ou, ao contrário, de resultado, pois neste último caso (e somente neste, cabe acrescentar), haverá inversão do ônus da prova e a vítima da lesão ficará em posição mais cômoda.
>
> Ora, na obrigação de meios o que se exige do devedor é pura e simplesmente o emprego de determinados meios sem ter em vista o resultado. É a própria atividade do devedor que está sendo objeto do contrato. Esse tipo de obrigação é o que parece em todos os contratos de prestação de serviços, como o de advogados, médicos, publicitários, etc. Dessa forma, a atividade médica tem de ser desempenhada da melhor maneira possível com a diligência necessária e normal dessa profissão para o melhor resultado, mesmo que este não seja conseguido. O médico deve esforçar-se, usar de todos os meios necessários para alcançar a cura do doente, apesar de nem sempre alcançá-la.
>
> Na obrigação de resultado o devedor, ao contrário, obriga-se a chegar a um determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação. Ou consegue o resultado avençado ou deverá arcar com as consequências. É o que se dá, por exemplo, no contrato de empreitada, transporte e no de cirurgia estritamente estética ou cosmetológica. Em outras palavras, na obrigação de meios a finalidade é a própria atividade do devedor e na obrigação de

> resultado, o resultado dessa atividade. [...] (Responsabilidade civil dos médicos. 2 ed. São Paulo: Saraiva. p. 319-321).

E prossegue a renomada doutrinadora avultando que

> A responsabilidade contratual do médico pode ser presumida ou não. Não há obrigatoriedade de presumir-se a culpa só por estarmos diante de um contrato. O parâmetro deve ser o tipo de obrigação assumida pelo facultativo com seu cliente. Se este se propôs a alcançar um determinado resultado, como na cirurgia estética, é presumidamente culpado caso não atinja. Cabe a este profissional demonstrar a sua não-culpa ou ocorrência de caso fortuito ou força maior. O cliente (credor) só deve demonstrar o inadimplemento, isto é, que o resultado não foi alcançado.
>
> Ao contrário, se o médico somente se compromete a se esforçar para conseguir a cura, cabe à vítima do dano provar a sua culpa ou dolo. É o cliente ou a sua família que tem de demonstrar que o médico agiu com negligência, imprudência ou imperícia para que possa receber a indenização devida (*op. cit.*)

Há que se salientar que, evidentemente, não basta a aferição da culpa, devendo restar demonstrado o nexo causal entre o ato médico e o alegado dano, de modo que o fato exclusivo da vítima ou de terceiro - assim como o caso fortuito ou força maior -, rompem este liame, inviabilizando a responsabilização do profissional da saúde.

Especialmente sobre erro de diagnóstico, destaco precioso estudo elaborado por Rui Stoco, de onde se afere que

> O erro no diagnóstico, como regra, não gera responsabilidade, salvo se tomado sem atenção e precauções, conforme o estado da ciência, apresentando-se como erro manifesto e grosseiro ou, como enfatiza Feliz A. Trigo Repreasas, ao tender que o profissional só responde quando o erro for grave e inescusável, posto que - no seu entendimento - a questão do diagnóstico versa *prima facie* sobre questões puramente científicas, a serem debatidas entre médicos, não podendo, em linha de princípio, dar nascimento a casos de responsabilidade civil [...].

> Comete-o o médico que deixa de recorrer a outro meio de investigação ao se alcance ou profere um juízo contra princípios elementares de patologia.
>
> A doutrina mais antiga entendia que o 'erro de diagnóstico não é culposo', mas, ainda assim, atrai a responsabilidade do médico (Malaurie e Aynés).
>
> Mais recentemente José Carlos Maldonado de Carvalho, com razão, ressaltou que a doutrina e, em especial, a jurisprudência, vêm tratando a questão do erro de diagnóstico com certa indulgência, prevalecendo a opinião de que apenas o erro grosseiro pode dar margem à responsabilidade culposa (Iatrogenia e Erro médico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 47).
>
> Contudo, Antônio Jeová dos Santos entende que o 'erro de diagnóstico responsabiliza o médico pelos danos que causar ao paciente', mas que esse erro 'deve ser grave e inescusável e verifica-se na prescrição de um tratamento inadequado ou a intervenção cirúrgica desnecessária' (Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 565).

Ainda de acordo com o renomado jurista,

> Se, em razão desse equívoco o paciente sofrer dano, ou porque não fazendo o correto tratamento e deixando de atacar o verdadeiro mal teve sua situação agravada, ou se, em razão do diagnóstico, submeteu-se a tratamento inócuo ou maléfico, haverá, então, de se perquirir se nas circunstâncias poder-se-ia dele exigir opinião correta e precisa.
>
> Para tanto, caberá indagar se à luz da ciência e do avanço médico-tecnológico poderia o profissional obter essa certeza, tendo em vista apoio em exames de laboratório, ultra-sonografia, ressonância magnética, tomografia computadorizada e tantos outros exames postos à disposição.
>
> Se a resposta for afirmativa, estará caracterizada a sua culpa, sob a modalidade de negligência, considerando que deveria ter submetido o seu cliente a esses exames e não o fez, concluindo por um diagnóstico sem que tivesse base científica para isso (*op. cit.* pp. 565-566).

Partindo dessa premissa, conclui-se que, para a instituição da objetivada reparação, é imprescindível a demonstração de que a conduta médica dita reprovável tenha efetivamente lesionado bem juridicamente tutelado, o que restou bem demonstrado na espécie.

Com efeito, infere-se da proemial que Priscilla Aparecida Bernardino entrou em trabalho de parto em 28/10/2006, tendo sido internada na Fundação Hospitalar de Camboriú, onde foi atendida pelo ginecologista Deniter Cleber Vargas Barbosa (CRM-SC nº 4.615), que conduziu o nascimento de Arthur Gracielle, ocorrido por volta das 20h53min., a partir de quando a criança esteve sob os cuidados da pediatra Luciane Oliveira Heckler, que procedeu a avaliação das condições físicas e neurológicas do recém-nascido.

No período de internação, a mãe teria questionado a médica acerca do aparente inchaço do bebê, tendo-lhe sido informado que tal alteração decorreria do fato de que Arthur Gracielle não teria expelido adequadamente as matérias fecais, o que, todavia, não apresentaria qualquer risco à saúde do menino, tendo ambos recebido alta hospitalar em 31/10/2006, por autorização do ginecologista Deniter Cleber Vargas Barbosa (CRM-SC nº 4.615).

Entretanto, na mesma data - quando já se encontrava na residência paterna -, o recém-nascido apresentou distensão abdominal, tendo seu genitor Claudeni Gracielle telefonado para a pediatra Luciane Oliveira Heckler, noticiando o quadro clínico do bebê, sendo aconselhado que procurasse uma unidade de atendimento, visto que ela não estaria na escala do serviço de plantão e, assim, não avaliaria a criança.

Arthur Gracielle foi, então, levado ao Hospital Santa Inês, no município de Balneário Camboriú, tendo sido avaliado pela pediatra Tatiana de Sá Jacobina (CRM-SC nº 6.935), que prontamente constatou a atresia (ausência de perfuração anal), motivo pelo qual o infante foi

encaminhado pelo SAMU-Serviço de Atendimento Médico de Urgência para o Hospital Santo Antônio, no município de Blumenau, onde foi internado para realização de cirurgia para reversão da anomalia anorretal diagnosticada.

Contudo, Arthur Gracielle morreu às 00h40min. de 02/11/2006, em decorrência de parada cardiorrespiratória no pós-operatório de enterectomia (retirada cirúrgica de um segmento do intestino delgado), realizada em razão dos efeitos da imperfuração anal (fl. 85), motivo pelo qual Claudeni Gracielle e Priscilla Aparecida Bernardino objetivam a condenação de Luciane Oliveira Heckler e da Fundação Hospitalar de Camboriú ao pagamento de indenização por dano material e moral, em virtude de a aludida pediatra não ter efetivado o oportuno diagnóstico da anomalia.

Em contrapartida, Luciane Oliveira Heckler argumentou que efetuou o atendimento do recém-nascido uma única vez, por ocasião do parto, não tendo verificado qualquer deficiência física que comprometesse o adequado funcionamento do sistema digestivo da criança, de modo que eventual complicação decorreria exclusivamente do fato de Deniter Cleber Vargas Barbosa (CRM-SC n° 4.615) ter concedido a alta hospitalar à mãe e ao bebê, sem atentar para o fato de que Arthur Gracielle não estava em perfeitas condições de saúde.

Diante da controvérsia posta, após analisar detidamente o acervo probatório constante nos autos, constato a existência de forte indicativo de que a pediatra não agiu com desvelo no exercício da sua profissão, pois, de acordo com a literatura médica, Luciane Oliveira Heckler poderia ter constatado a ausência de perfuração anal já por ocasião da primeira avaliação do recém-nascido, investigação considerada procedimento neonatal padrão.

Sobre o indispensável exame-físico do recém-nascido, Paulo R. Margotto esclarece que:

> Antes de receber o RN [recém-nascido], o neonatologista deve preencher a História Materna para avaliar o grau de risco da gravidez e parto. Acompanhar a evolução do parto (ficar atendo às manobras obstétricas e o uso de medicamentos), oferecer apoio emocional e efetivo à parturiente e seus familiares, se presente na sala de parto.
>
> Logo após à assistência imediata o RN deverá ser mantido em ambiente aquecido até a estabilização da temperatura. [...] Neste período inicial, observar rigorosamente o RN (ritmo respiratório, palidez, cianose, tremores, gemidos, hipo ou hipertonia, mal formações, tipo de choro, etc.). Avaliar a idade gestacional, pesar e classificar o RN, assim como a placenta, estimando o risco de patologias (monitorização da glicemia com fitas reagentes para RN, PIG, GIG, sorologia para infecção congênita, etc.). [...] Fazer o exame físico completo após o nascimento. Este exame deverá ser minucioso e tem, como objetivos: detectar anormalidades anatômicas e determinar o estado de saúde do RN (Assistência ao recém-nascido de risco. Editora: Pórfiro: Brasília, 2002, pp. 69-75).

E o especialista, destaca, ainda, que no aludido exame físico devem ser rigorosamente observados a pele, o crânio, a face, os olhos, os ouvidos, o nariz, a boca, o pescoço, o tórax, as clavículas, mamas, além de ser procedido o exame cardiovascular, com ausculta, exame pulmonar, avaliação do *abdomen*, coluna, membros e as genitálias, inclusive, em bebês do gênero masculino, examinar o comprimento do pênis, orifício uretral (hipo ou epispádia), prepúcio, testículo (bolsa escrotal ou canal inguinal), verificar a presença de hérnias e hidroceles, investigando a existência de anomalias anorretais, assim consideradas a estenose anal, ânus perineal anterior, fístula anocutânea, ânus vulvar, fístula anovestibular, fístula retrovestibular, atresia retal, imperfuração anal, estenose anal membranosa (*op. cit.* - grifei).

Como visto, a médica pediatra Luciane Oliveira Hecklerm poderia, sim, ter precocemente diagnosticado a atresia (ausência de perfuração anal),

negligência que, devido às complicações decorrentes da drástica evolução do quadro clínico, ensejou o óbito de Arthur Gracielle.

E nem se diga que tal obstrução não poderia ter sido constatada imediatamente após o parto, porquanto *"o exame sistemático do períneo ao nascimento permite firmar o diagnóstico de anomalia anorretal"*, geralmente acompanhada de *"fístula urinária com eliminação de mecônio pela uretra em meninos"* (Cuidados essenciais com o recém-nascido. Traduzido e adaptado por: Júlia Gonçalves de Melo; Suely Arruda Vidal; Suzana da Mota Silveira. IMIP-Instituto Materno Infantil de Pernambuco - disponível em <*http://pesquisaenfermagem .blogspot.com.br/2009/03/cuidados-essenciais-com-o--recém-nascido.html*> acesso nesta data).

Gize-se, a propósito, que já na primeira oportunidade em que procedeu o exame físico de Arthur Gracielle, a pediatra Tatiana de Sá Jacobina (CRM-SC n° 6.935) constatou que o *abdomen* do bebê estava *"extremamente distendido, tenso, rha [ruídos hidroaéreos] diminuídos, de difícil palpação"*, aferindo, ao exame perineo, a existência de hérnia inguinal à direita e a imperfuração anal (fl. 80), o que reafirma a negligência de Luciane Oliveira Hecklerm quando da avaliação neonatal.

Neste sentido, aliás, é o depoimento do médico Deniter Cleber Vargas Barbosa (CRM-SC n° 4.615), que realizou o atendimento da parturiente:

> [...] o diagnóstico de imperfuração anal deve ser realizado no exame clínico pós-parto; a rotina médica indicada para o exame pediátrico pós-parto da criança, inclui o exame anal, o que possibilitaria o diagnóstico de imperfuração anal, o qual é complementado pela observação intestinal (fl. 220).

De fato, como já referido, a anomalia congênita foi facilmente diagnosticada pela pediatra Tatiana de Sá Jacobina (CRM-SC n° 6.935), que, em seu depoimento, esclareceu como teve conhecimento do quadro clínico de Arthur Gracielle:

> Não lembra a data, mas já faz aproximadamente dois anos, como de hábito, estava de plantão, quando por volta das 6h30min., na medida em que já estava deixando o serviço plantonista, recebeu uma criança que apresentava vômitos e não conseguia se alimentar regularmente; que no exame levado a efeito, constatou que a criança apresentava "imperfuração anal", que como não havia cirurgião pediatra naquele estabelecimento hospitalar, contatou com vários hospitais da região, que fossem equipados com UTI-Unidade de Tratamento Intensivo; que após vários contatos, conseguiu colocação em um hospital, não lembrando se na cidade de Jaraguá do Sul ou Blumenau; que conseguiu a ambulância e a criança foi transportada e somente na data de hoje é que tomou conhecimento que a criança teria ido à óbito; [...] que a imperfuração anal foi constatada quando do exame realizado na criança, que essa imperfuração é de fácil constatação; que esta imperfuração deve ser constatada quando do exame da criança no momento do nascimento [...] (fl. 245).

Aliás, as consequências do diagnóstico tardio da anormalidade são bem relatadas por Ronaldo Della Giustina (CRM-SC n° 4.105), responsável pelo atendimento de emergência no Hospital Santo Antônio, em Blumenau:

> [...] que quando da solicitação da vaga na UTI foi dito que a criança tinha diagnóstico de *abdomen* agudo obstrutivo, sendo que relatavam como causa a imperfuração anal; que além disso, no encaminhamento constava também que a criança tinha uma hérnia inguino-escrotal direita; que tal encaminhamento foi feito pela Dra. Tatiana de Sá Jacobina do Pronto Socorro do Hospital Santa Inês, de Balneário Camboriú; [...] que segundo tal médica, no dia 31 de outubro, a mãe, acompanhada da avó materna, estiveram no pronto-socorro se queixando que, apesar do bebê mamar, não evacuava e estava com a barriguinha distendida, sendo que, nos exames, pensou na possibilidade de imperfuração anal (por isso solicitou vaga na UTI); que pelo registro, eles chegaram (mãe e filho) pelo SAMU, na UTI do Hospital Santo Antônio as 5h50min. do dia seguinte (1°/11/2006), sendo que a criança foi recebida pelo depoente, sendo que foram feitos exames de rotina, tendo se constatado que, realmente, a criança tinha clínica de obstrução intestinal e também a hérnia mencionada, confirmando-se o diagnóstico do encaminhamento (fl. 266).

O médico intensivista destacou, ainda, que

> [..] durante a cirurgia o Dr. Jauro percebeu (conforme constou no relatório da cirurgia) que havia um sofrimento intestinal importante (normalmente, é consequente da diminuição da vascularização), inclusive com áreas de necrose intestinal, tanto que foi feita a retirada de um pedaço do intestino da criança; que foi feita a ressecção intestinal (a retirada), sendo que tal peça anatômica foi enviada para exame anatomopatológico, tendo o patologista confirmado o referido sofrimento; que naquele mesmo procedimento, foi feito a ileostomia e uma colostomia (com o pedaço do intestino delgado e grosso para viabilizar, provisoriamente, o funcionamento do intestino), pois não podia ser feita a sutura naquelas circunstâncias; que segundo o relatório do cirurgião, a operação ocorreu dentro da normalidade, não tendo havido qualquer intercorrência durante aquele processo; que no pós-operatório imediato, a criança ainda em recuperação anestésica foi conduzida para a UTI, quando foi adotado o procedimento de suporte avançado de vida [...]; que a partir daí, deste pós operatório, passou a revelar evolução clínica progressivamente desfavorável, culminando com o óbito em 03 de novembro, às 00h40min; que dentre as possibilidades de diagnóstico então efetuadas, apontaram: prematuridade limítrofe (próximo do termo da gestação), a imperfuração anal, o *abdomen* agudo obstrutivo e a hérnia, sendo que no pós-operatório com enterectomia (ressecção intestinal) e extensa ressecção ileal, mais ileostomia e colostomia, tendo também apresentado distúrbio metabólico e distúrbio ácido-básico; (fls. 266/267).

Idem, do testemunho do cirurgião pediátrico Jauro Soares (CRM-SC n° 2.908), colhe-se:

> [...] que a criança tinha um diagnóstico prévio de anomalia anorretal ou imperfuração anal; que ao examinar a criança, comprovou aquele diagnóstico; que quando há solicitação de vaga, os pediatras avisam o plantonista e contatam com o depoente, ao qual cabe confirmar o quadro e marcar a cirurgia de imediato; que a criança tinha 3 (três) dias de vida; que indicada a cirurgia, foi feita esta, tendo sido feita a colostomia; que a incisão feita foi para a colostomia, o que descomprime as fezes, mas o depoente achou estranho as alças que estavam com sinais de sofrimento vascular (as quais com certeza iriam perfurar), então ampliou a incisão; que notou que havia tais

> pontos de sofrimento vascular, a irrigação do sangue não chegava; que aquelas alças comprometidas foram ressecadas/isoladas, tendo se transformado numa cirurgia mais complexa, pois foram feitas 2 (duas) ileostomias e 2 (duas) colostomias; que a evolução foi grave, tanto que a criança faleceu (fl. 285).

Acerca da negligência sob análise, Ronaldo Della Giustina (CRM-SC n° 4.105) asseverou que

> [..] não conhece a médica requerida; que nunca atuou no hospital requerido; que a imperfuração anal às vezes dificilmente pode ser reconhecida, pois há vários tipos (aquele em que não há ânus, aquele em que há, mas uma membrana impede a evacuação, fazendo um bloqueio, a qual externamente não pode ser vista); que no caso concreto, na avaliação do depoente, a imperfuração não era caracterizada pela ausência de ânus, pois havia um resquício anal; que chamou a atenção do depoente que, para haver aquela necrose intestinal observada, não se apresentava suficiente somente a imperfuração, sendo crível a possibilidade de que aquela hérnia ter servido como fator de agravamento do bloqueio da vascularização; que há dois tipos de hérnia, a encarcerada e a estrangulada (a mais grave), mas não pode identificar qual ocorreu no caso; que há casos em que a criança demora a evacuar, caso em que se adverte os pais para que atentem para tal demora e para eventuais sintomas da criança, o que faz parte das orientações rotineiras de alta (fl. 267).

Conforme esclarecido pelos profissionais que prestaram atendimento a Arthur Gracielle, todos os sintomas apresentados pelo recém-nascido indicavam o comprometimento das funções gastrointestinais, tendo a mãe constatado, ainda durante a internação na Fundação Hospitalar de Camboriú, que o filho estava com *abdomen* distendido, o que, em absoluto, poderia ter sido ignorado pela médica pediatra Luciane Oliveira Heckler.

Aliás, conquanto o Relatório de Enfermagem evidenciasse que, no segundo dia de vida, Arthur Gracielle teria apresentado *"eliminações vesicais e intestinais de aspecto normal e em média quantidade"* (fl. 25) - o que, a princípio, seria incompatível com o quadro de imperfuração anal -, Luciane Oliveira Hecklerm deveria ter melhor investigado os sintomas

relatados por Priscilla Aparecida Bernardino, cautela que, certamente, teria viabilizado o imediato diagnóstico da anomalia, e, via de consequência, a reversão do quadro clínico, preservando a vida do bebê.

Ademais, como destacado pelo próprio médico Jauro Soares (CRM-SC nº 2.908), a fístula poderia ter causado a eliminação do mecônio através da urina, confundindo os profissionais de enfermagem que assistiram o recém-nascido logo após o parto (fl. 285), o que certamente não teria acontecido se a pediatra tivesse sido diligente na avaliação e acompanhamento do recém-nascido, que logo apresentou inchaço abdominal aparente.

Gize-se, inclusive, que foi a própria médica apelante que, em 30/10/2006 concedeu a alta hospitalar a Arthur Gracielle, recomendando à genitora alguns cuidados essenciais para com o bebê até a próxima consulta pediátrica, que seria realizada no prazo de 10 (dez) dias (fl. 31), circunstância que vai de encontro ao versado nas razões recursais de fls. 332/357, no sentido de que Luciane Oliveira Hecklerm apenas teve contato com o infante imediatamente após o parto.

Diante destas necessárias considerações, concluo que restou sobejamente demonstrada a culpa da médica insurgente, que, tendo sido negligente na avaliação neonatal, não diagnosticou a malsinada ausência de perfuração anal, retardando, com a sua omissão, a imprescindível correção cirúrgica que poderia ter salvo a vida de Arthur Gracielle.

No mesmo rumo, os membros do próprio Conselho Regional Medicina - dotados de notório conhecimento técnico -, exaltaram que

> A imperfuração anal é uma malformação com a frequência estimada em 1:5.000 nascidos vivos, de fácil detecção ao exame de rotina do RN ainda na sala de parto ou sugerido a partir da ausência de eliminação de mecônio nas primeiras 24 (vinte e quatro) horas de vida. Esta malformação pode ser acompanhada de fístula vaginal ou perineal em meninas ou fístula urinária em meninos. Trata-

> se de malformação congênita, raramente fatal quando detectada precocemente e com o tratamento cirúrgico adequado, a maioria dos pacientes evolui favoravelmente.
>
> Na análise dos fatos do presente PEP podemos detectar uma sequência de equívocos que podem ter contribuído para o retardo no diagnóstico da malformação. O primeiro grande equívoco foi, sem dúvida, a não detecção da imperfuração anal quando do exame clínico do RN na sala de parto e no berçário, feito pela Dra. Luciane. O segundo são os assentamentos no prontuário, feito pela enfermagem, confirmando a eliminação de mecônio, o que causa dúvida da correta anotação das eliminações do RN. Um terceiro ponto que colaborou com o retardo do diagnóstico, se refere à importância das observações maternas com a relação de eliminações de fezes e urina pelo RN e que neste caso restou prejudicada, já que, segundo depoimento da mãe, o RN era encaminhado ao berçário para as trocas de fraldas e só retornando no momento da amamentação (fl. 406).

Portanto, evidenciada está a responsabilidade civil de Luciane Oliveira Hecklerm pelos sucessivos acontecimentos que resultaram na morte do bebê recém-nascido Arthur Gracielle, o que dá causa à atribuição do dever de indenizar pela imensurável perda do primogênito de Claudeni Gracielle e Priscilla Aparecida Bernardino.

De avultar que o substrato probatório encartado nos autos demonstra que a médica pediatra insurgente não teve consciência da importância desse primeiro momento de contato com o recém-nascido, quando, pelo seu mister, deveria ter realizado criteriosa avaliação da integridade física do bebê.

Como ressaltam Antônio Ferreira Couto Filho e Alex Pereira Souza, o médico deve estar *"certo do seu dever, agindo não somente em harmonia com os ditames da ciência médica, mas também com a moral e a ética"* (Responsabilidade Civil médica e hospitalar: repertório jurisprudencial por especialidade médica; teoria da eleição procedimental; iatrogenia. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 34), de modo que, em assim não agindo

a profissional apelante, entendo mais consentânea à situação jurídica subjacente a manutenção do comando objurgado quanto à respectiva obrigação indenizatória.

De outro vértice, tenho para mim que resta igualmente demonstrada a responsabilidade da Fundação Hospitalar de Camboriú em virtude da ocorrência do aludido evento danoso, pois, consoante disposto no art. 14 da Lei nº 8.078/90, o *'fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores'* por defeitos relativos à respectiva prestação.

Com efeito, a partir do ingresso do profissional médico no corpo clínico do hospital, o empregador responde objetivamente pela prática de ato ilícito por aquele com quem possui vínculo jurídico, ambos respondendo solidariamente pela obrigação de indenizar a vítima.

Acerca do assunto, o mestre Aguiar Dias avulta que

> O médico responde também por fato de terceiro. Este é o caso dos proprietários e dos diretores das casas de saúde, responsáveis pelos médicos, enfermeiros e auxiliares. Considera-se incluído nesta espécie de responsabilidade também o proprietário não-médico dos hospitais e clínicas, explicando que essa responsabilidade é nitidamente contratual, e advertindo que a noção de preposto, neste domínio, não se confunde com a que se lhe empresta no terreno da extracontratual, porque, no caso em apreciação, é em virtude de uma garantia convencional implícita que o contratante responde pelos fatos de seus auxiliares. E tal garantia é devida pelo proprietário da casa de saúde, pelo fato danoso ou pelo médico assalariado (Da responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 292-293).

Com brilhantismo, Rui Stoco complementa:

> Se restar comprovada atuação incorreta do estabelecimento hospitalar, seja como mero hospedeiro ou como fornecedor de centro cirúrgico, UTI, CTI, aparelhos e equipamentos especializados, ainda que em virtude da ação ou omissão de seus dirigentes, ou de

> seus prepostos (enfermeiros, atendentes, etc.), então responderá objetivamente o referido estabelecimento, se a ação ou omissão culposa deles dimana exclusivamente (Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 766).

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já firmou o assento interpretativo de que

> Quando o paciente procura o hospital para tratamento, principalmente naqueles casos de emergência, e recebe atendimento do médico que se encontra em serviço no local, a responsabilidade em razão das conseqüências danosas da terapia pertence ao hospital. Em tal situação, pouco releva a circunstância de ser o médico empregado do hospital, porquanto ele se encontrava vinculado ao serviço de emergência oferecido. Se o profissional estava de serviço no plantão, tanto que cuidou do paciente, o mínimo que se pode admitir é que estava credenciado para assim proceder. O fato de não ser assalariado nesse cenário não repercute na identificação da responsabilidade do hospital. Recurso especial conhecido e provido. (Resp n° 400.843/RS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, j. 17/02/2005).

No mesmo rumo:

> DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL POR ERRO MÉDICO E POR DEFEITO NO SERVIÇO. SÚMULA 7 DO STJ. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 334 E 335 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. REDIMENSIONAMENTO DO VALOR FIXADO PARA PENSÃO. SÚMULA 7 DO STJ. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TERMO INICIAL DE INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA. DATA DA DECISÃO QUE FIXOU O VALOR DA INDENIZAÇÃO.
>
> A responsabilidade das sociedades empresárias hospitalares por dano causado ao paciente-consumidor pode ser assim sintetizada: (I) as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva da

> instituição (por ato próprio) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado (art. 14, caput, do CDC); (II) os atos técnicos praticados pelos médicos sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de qualquer responsabilidade (art. 14, § 4, do CDC), se não concorreu para a ocorrência do dano; (III) quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (arts. 932 e 933 do CC), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC). [...] (Resp nº 1145728/MG; Relator Ministro Luis Felipe Salomão; j. 28/06/2011).

Donde este sodalício não destoa:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. OBSTETRA QUE OPTA PELO PARTO NORMAL. FETO GRANDE. DISTÓCIA DE OMBRO DURANTE O PROCEDIMENTO. SENTENÇA DE EXCLUSÃO DO POLO PASSIVO DO HOSPITAL, POR ILEGITIMIDADE *AD CAUSAM* E DE IMPROCEDÊNCIA EM RELAÇÃO AO MÉDICO. INSURGÊNCIA. MÉDICO COMPONENTE DO QUADRO CLÍNICO DO NOSOCÔMIO. SUPOSTO ERRO DE DIAGNÓSTICO. O HOSPITAL É PARTE LEGÍTIMA PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DAS AÇÕES PROMOVIDAS CONTRA MÉDICOS CREDENCIADOS OU COMPONENTES DE SEU CORPO CLÍNICO. ENTE HOSPITALAR QUE RESPONDE NA QUALIDADE DE FORNECEDOR, CONFORME ART. 14, DO CDC, PELO DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. ÍNTIMA VINCULAÇÃO COM A CONDUTA MÉDICA. PROFISSIONAL DA SAÚDE COMPROVADAMENTE PERITO PARA TODAS AS INTERVENÇÕES REALIZADAS NA PACIENTE [...] (Apelação Cível nº 2009.024209-0, de Blumenau, rel. Des. Ronei Danielli, j. 27/03/2012).

Também,

> RESPONSABILIDADE CIVIL. DIAGNÓSTICO EQUIVOCADO DE GRAVIDEZ ECTÓPICA POR MÉDICO PARTICULAR. POSTERIOR ATENDIMENTO EM MATERNIDADE ESTADUAL, COM CONFIRMAÇÃO DO MESMO DIAGNÓSTICO À VISTA DOS EXAMES ATÉ ENTÃO REALIZADOS. MINISTRAÇÃO DE MEDICAMENTO ABORTIVO ANTES DA REVELAÇÃO DO RESULTADO DE NOVO EXAME QUE APONTOU GRAVIDEZ TÓPICA. GRAVIDEZ INTERROMPIDA. INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA EQUIVOCADA DO MÉDICO PARTICULAR E O RESULTADO DANOSO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL ESTATAL. INCIDÊNCIA DO ART. 14, *CAPUT*, DO CDC. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. ARBITRAMENTO ADEQUADO DA INDENIZAÇÃO. REDEFINIÇÃO DO TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA E DA CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11.960/2009. PRESUMIDOS. RECURSOS DESPROVIDOS E REMESSA PARCIALMENTE PROVIDA.
>
> Hospitais, quer sejam públicos, quer sejam privados, são fornecedores ou prestadores de serviços, qualidade que os submete ao alcance do Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 14, *caput*, diz que "o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação de danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos". Responde civilmente o Estado por danos morais derivados de erro de dignóstico médico que resulta na ministração de medicamente abortivo para gestante e, na consequente, perda do feto. (Apelação Cível nº 2010.015788-1, da Capital, rel. Des. Newton Janke, j. 31/10/2011 - grifei).

Igualmente,

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. ERRO MÉDICO. DEMANDA PROMOVIDA CONTRA HOSPITAL PARTICULAR. DENUNCIAÇÃO DA LIDE DO MÉDICO PLANTONISTA QUE EFETUOU O ATENDIMENTO

EMERGENCIALMENTE ATRAVÉS DE CREDENCIAMENTO DO ENTE PRIVADO COM O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. INDEFERIMENTO NO PRIMEIRO GRAU. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL E DE INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, DIANTE DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO GRATUITO ATRAVÉS DO SUS E DA INEXISTÊNCIA DE VINCULO DE PREPOSIÇÃO DO MÉDICO COM O HOSPITAL. TESES RECHAÇADAS. INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CR/88 E DAS REGRAS DE PROTEÇÃO CONSUMERISTA. DENUNCIAÇÃO DA LIDE NÃO CABÍVEL NO CASO CONCRETO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (art. 37, § 6º, DA CR/88). Em ação indenizatória por erro médico promovida contra hospital, a jurisprudência, tanto do Superior Tribunal de Justiça como desta Corte de Justiça catarinense, coaduna em refutar a denunciação da lide do médico, entendendo pela responsabilidade objetiva do hospital particular e pela incidência das regras de proteção consumerista, não obstante o atendimento tenha sido realizado no setor de emergência através de credenciamento do ente privado com o Sistema Único de Saúde - SUS.

Em que pese o direito de regresso, a denunciação da lide, na forma do art. 70, inc. III, do Código de Processo Civil não se mostra viável, pois a indenização em ação regressiva não decorre indubitável da lei ou do contrato, dependendo da demonstração da culpa do causador do dano. Ademais, o art. 88 do CDC veda expressamente a denunciação da lide. (Agravo de Instrumento n° 2010.053159-9, de Joaçaba, rel. Des. Stanley da Silva Braga, j. 20/09/2011).

Por derradeiro:

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. - MÉDICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CESÁRIA. RESTOS PLACENTÁRIOS NÃO

> RETIRADOS DO ÚTERO. CULPA DEMONSTRADA. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. - HOSPITAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DO CDC. RESSARCIMENTO IMPERIOSO. - QUANTUM INDENIZATÓRIO. MINORAÇÃO. DESCABIMENTO. PROPORCIONALIDADE OBSERVADA. IV - PREQUESTIONAMENTO. IMPERTINÊNCIA. - SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS DESPROVIDOS.
>
> Incidem os rigores do Código de Defesa do Consumidor às relações, tidas por contratuais, médico paciente. A responsabilidade do profissional, todavia, é verificável mediante a verificação de culpa, exceção à regra da responsabilidade objetiva.
>
> Se, conforme não superados exames e declaração médica, ficar comprovado que o profissional médico, por ocasião de parto cesário, deixou restos placentários no útero da autora, provocando-lhe sangramento e dores persistentes, só cessados com posterior curetagem, exsurge a culpa e o dever de indenizar.
>
> A responsabilidade do hospital, reconhecida a ilicitude do ato praticado por médico atuante em seu estabelecimento, é objetiva, na perspectiva do art. 14, cabeça, do Código de Defesa do Consumidor, incumbindo-lhe o ressarcimento.
>
> A indenização por danos morais deve considerar, além da extensão do dano e o grau de culpa do ofensor, os fins pedagógico, inibitório e reparador da verba. Observadas essas balizas, a quantia arbitrada deve ser mantida.
>
> "Não há que se cogitar de prequestionamento, quando toda a matéria posta em juízo foi suficientemente debatida e equacionada, não evidenciando a postulante recursal os pontos do decisum que teriam acarretado violação de dispositivos de lei" [...] (Apelação Cível nº 2008.039874-1, de Balneário Camboriú, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 31/03/2011)

Inviável, outrossim, a análise da responsabilidade da Fundação Hospitalar de Camboriú - pessoa jurídica de direito privado - sob a ótica do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, visto que o serviço prestado no caso

sob julgamento, se efetivou através da modalidade privada de atendimento, não se cuidando de delegação ou concessão de função pública.

Logo, não há que se falar em exclusão da responsabilidade da instituição hospitalar por defeito na prestação do serviço de pediatria neonatal, em virtude da evidente negligência da médica integrante do respectivo corpo clínico.

E, para a fixação do valor da indenização, tenho manifestado o entendimento de que deve ser estabelecido um parâmetro que, conquanto seja suficiente para compensar o dano sofrido pela vítima - sem enriquecê-la indevidamente -, também possua caráter repreensivo, para que possa induzir o autor do ato ilícito a refletir sobre seu comportamento e as conseqüências negativas de sua conduta.

Portanto, tal juízo de valor deve ser realizado de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sopesando as condições financeiras das partes e a reprovabilidade do ato a que se visa repelir.

A fim de legitimar este entendimento, do corpo de paradigmático acórdão de lavra do Desembargador Fernando Carioni, extrai-se que:

> O dano moral é o prejuízo de natureza não patrimonial que afeta o estado anímico da vítima, seja relacionado à honra, à paz interior, à liberdade, à imagem, à intimidade, à vida ou à incolumidade física e psíquica. Assim, para que se encontre um valor significativo a compensar este estado, deve o magistrado orientar-se por parâmetros ligados à proporcionalidade e à razoabilidade, ou seja, deve analisar as condições financeiras das partes envolvidas, as circunstâncias que geraram o dano e a amplitude do abalo experimentado, a fim de encontrar um valor que não seja exorbitante o suficiente para gerar enriquecimento ilícito, nem irrisório a ponto de dar azo à renitência delitiva (Apelação Cível nº 2010.005026-4, j. 26/04/2010).

Para o jurista Walter Morais,

> o dano moral não se avalia mediante cálculo matemático-econômico das repercussões patrimoniais negativas da violação - como se tem

> feito às vezes -, porque tal cálculo já seria a busca exatamente do minus ou do detrimento patrimonial, ainda que por aproximada estimação. E tudo isso já está previsto na esfera obrigacional da indenização por dano propriamente dito. [...] Trata-se, então, de uma estimação prudencial, que não dispensa sensibilidade para as coisas da dor e da alegria, para os estados, d´alma humana, e que destarte deve ser feita pelo mesmo juiz, ou quando muito, por outro jurista, inútil sempre pôr em ação a calculadora do economista ou de técnico em contas (TJSP - RT 650/66).

Em que pese seja indiscutível a dificultosa fixação do valor adequado à amenização do sofrimento dos pais vítimas do dano moral, tenho para mim que a questão, neste ponto, deve ser examinada sob a ótica preponderante do caráter punitivo da conduta reprovável.

E por esta razão, convém salientar que é obrigação do médico especialista em avaliação neonatal empreender e utilizar os recursos necessários para o exame do recém-nascido, sendo diligente na busca de eventuais anomalias que pudessem comprometer a sua saúde, despendendo esforços e cuidados imediatos para a correção de qualquer imperfeição.

Se assim tivesse agido Luciane Oliveira Heckler - médica pediatra da Fundação Hospitalar de Camboriú -, certamente o diagnóstico de atresia retal e de hérnia inguinal teria sido realizado em tempo oportuno, viabilizando a imediata intervenção cirúrgica, podendo ter prolongado - ou mesmo salvo -, a vida do bebê paciente.

É de ser reconhecido, como consequência, o intenso sofrimento emocional a que foram submetidos os pais Claudeni Gracielle e Priscilla Aparecida Bernardino, de quem foi ceifada a oportunidade de conviver e realizar para o primogênito todos os sonhos e planos traçados/organizados durante os 9 (nove) meses da gestação, expectativa que foi interrompida por irresponsabilidade e descomprometimento de dever de ofício pela médica pediatra.

O óbito do recém-nascido Arthur Gracielle, não configura mera falha técnica profissional, mas, sim, inestimável perda para os demandantes, que diuturnamente recordarão a ausência do primeiro e tão esperado

filho, revivendo a angústia dos momentos que antecederam o falecimento do bebê, quando sequer tinham conhecimento de como agir diante da manifestação de dor da criancinha, revelando-se gravíssimo o fato de que Luciane Oliveira Heckler negou maiores esclarecimentos quando de madrugada foi contactada pelos aflitos pais, dizendo que fossem procurar outro pediatra, em razão do adiantado da hora e por não estar em escala de plantão.

A injustificável conduta da especialista - que embora sustente ser apaixonada pela profissão -, traduz violação do *"juramento de Hipócrates"*, segundo o qual, o médico deve aplicar os regimes para o bem do doente segundo o seu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém.

E este comportamento, no meu entender, deve, sim, ser censurado e repreendido com a fixação de reparação pecuniária pela perturbação do equilíbrio emocional e espiritual dos genitores de Arthur Gracielle, que foram vítimas da falha na prestação dos serviços médicos, tendo de suportar a dor pela morte de seu primogênito, que esteve em sua companhia por tão diminuto lapso temporal, mas suficiente para consolidar vínculo afetivo dos mais preciosos para a compreensão humana, que é o amor incondicional existente entre pais e filhos.

Neste contexto, mostra-se absolutamente irrelevante o fato de que a insurgente não teria qualquer intenção de prejudicar ou causar mal ao recém-nascido, pois, em virtude da natureza da profissão que escolheu para exercer, Luciane Oliveira Heckler deveria ter atuado com zelo e dedicação, empregando todo o seu conhecimento na prevalência da saúde de seus pacientes.

Assim, norteado pelos elementos postos, entendo plausível manter a indenização por dano moral em R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), quantia que se revela minimamente suficiente para a compensação do abalo anímico infligido aos pais Claudeni Gracielle e Priscilla Aparecida Bernardino, em virtude da morte do primogênito Arthur Gracielle, por erro médico

imputado a Luciane Oliveira Heckler, na qualidade de médica pediatra da Fundação Hospitalar de Camboriú.

De outro vértice, nos termos do disposto no art. 948 do Código Civil, além do luto da família, deve também ser efetuado o pagamento das despesas com o tratamento da vítima e seu funeral, razão porque entendo igualmente consentânea à situação jurídica subjacente a manutenção da imposição de ressarcimento dos R$ 3.759,00 (três mil, setecentos e cinquenta e nove reais) dispensados pelo casal apelado, em razão do desditoso evento.

Gize-se, ainda, que consoante o preconizado no Enunciado nº 362, da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, de 15/10/2008 (DJe de 03/11/2008), os consectários legais - art. 406 do Código Civil -, deverão incidir a partir da constituição da obrigação reparatória,ou seja, desde 12/07/2011, data da sentença.

A propósito, convém referir excerto de paradigmático acórdão de julgamento de lavra do Desembargador Eládio Torret Rocha, no sentido de que

> RESPONSABILIDADE CIVIL. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. INDEVIDA NEGATIVAÇÃO NO SPC E NO SERASA. UTILIZAÇÃO DE DADOS SEM A DEVIDA CONFERÊNCIA DA VERACIDADE DOS DOCUMENTOS APRESENTADOS POR FALSÁRIO. PLEITO ACOLHIDO. INSURGÊNCIA DO AUTOR QUANTO AO VALOR DA INDENIZAÇÃO E AO TERMO INICIAL DOS JUROS MORATÓRIOS. APELO ADESIVO DA DEMANDADA. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA, PORÉM, NO APELO PRINCIPAL. INTELECÇÃO DO ART. 500, CAPUT, IN FINE, DO CPC. PEDIDO DE MINORAÇÃO PREJUDICADO. APELO PARCIALMENTE PROVIDO E RECLAMO ADESIVO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, JULGADO PREJUDICADO.

> [...] Nos casos de reparação por dano moral, a incidência dos juros moratórios tem como marco inicial a data de publicação da sentença ou do acórdão reconhecendo o ilícito civil, porque antes disso o direito à reparação ainda não havia sido reconhecido, nem caracterizada, consequentemente, a mora.[...]
>
> Razão não assiste, por derradeiro, ao demandante, quando afirma que os juros de mora deverão ter como marco inicial a data do evento danoso, e não a da publicação da sentença.
>
> E isto porque, muito embora não se olvide do enunciado da Súmula n. 54 do STJ - pela qual se contam os juros de mora a partir do evento danoso em caso de responsabilidade extracontratual - firmou-se nesta Câmara, na sessão realizada no dia 22/07/2010 (Apelação Cível n° 2008.037831-6), o entendimento segundo o qual a incidência dos juros moratórios, em casos envolvendo dano moral, dá-se somente a partir da sentença determinando o pagamento da indenização, porque, antes disso, o direito à reparação ainda não havia sido reconhecido, nem caracterizada, consequentemente, a mora (Apelação Cível nº 2010.071293-1; j. 17/12/2010).

Por derradeiro, no tocante ao requerimento de expressa manifestação sobre o disposto no art. 407 do Código Civil para fins de prequestionamento, consigno que, como é cediço, o relator não está obrigado a se pronunciar minuciosamente a respeito de todos os pontos levantados pelas partes, quando as suas razões de decidir restarem devidamente fundamentadas, solucionando o objeto da lide.

Dessarte, voto no sentido de se conhecer e dar parcial provimento aos reclamos interpostos pela Fundação Hospitalar de Camboriú e por Luciane Oliveira Heckler, fixando a data da sentença combatida - qual seja, 12/07/2011 -, como termo inicial dos juros de mora na obrigação indenizatória por dano moral.

É como voto.

Apelação Cível n. 2011.073787-1, de São José

Relator: Des.Subst. Jorge Luis Costa Beber

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FILHO QUE IMPUTA AO PAI O COMETIMENTO DE ABANDONO MORAL E AFETIVO, CULPANDO-LHE PELO DISTANCIAMENTO DE AMBOS AO LONGO DA VIDA E PELOS SOFRIMENTOS EXPERIMENTADOS EM VIRTUDE DISTO.

AGRAVO RETIDO. INTEMPESTIVIDADE. NÃO INTERPOSIÇÃO IMEDIATA, NA PRÓPRIA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. ART. 523, § 4º, DO CPC.

MÉRITO. AO PODER JUDICIÁRIO NÃO É DADA A INCUMBÊNCIA DE TUTELAR O AMOR OU O DESAFETO, NUMA ESPÉCIE DE JURISDICIONALIZAÇÃO DOS SENTIMENTOS, QUE SÃO INCONTROLÁVEIS PELA SUA PRÓPRIA ESSÊNCIA. A AFEIÇÃO COMPULSÓRIA, FORJADA PELO RECEIO DA RESPONSABILIZAÇÃO PECUNIÁRIA, É TÃO OU MAIS FUNESTA DO QUE A PRÓPRIA AUSÊNCIA DE AFETO.

RESPONSABILIZAR, MEDIANTE INDENIZAÇÃO PECUNÁRIA A AUSÊNCIA DE SENTIMENTOS, É INCENTIVAR A INSINCERIDADE DO AMOR, CONSPIRANDO PARA O NASCIMENTO DE RELAÇÕES FAMILIARES ASSENTADAS SOB OS PILARES DO FINGIMENTO, O QUE NÃO SE COADUNA COM A MORAL, A ÉTICA E O DIREITO. ATO ILÍCITO NÃO CARACTERIZADO. INEXISTÊNCIA DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. ARTS. 186 E 927 DO CC E ART. 333, INC. I, DO CPC. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ. APELO DESPROVIDO.

Amor existe ou não existe e, em não existindo, pode até vir a ser cultivado com atitudes de aproximação, jamais sob ameaça de punição. A construção de laços afetivos mediante

coação pecuniária é de todo temerária, ressumbrando bizarro imaginar pais que não nutrem afeto algum pela prole, fingirem, de um instante para outro, aquilo que são incapazes de sentir genuinamente, apenas pelo temor de virem a ser condenados a indenizar o que desditosamente já está consumado.

Quantos filhos seriam obrigados a compartilhar a presença nociva de alguns pais por força dessa imposição jurisdicional? Guarda alguma razoabilidade imaginar benefícios para o filho quando sua relação com o pai é construída sobre alicerces falsos? Quanto de humanidade realmente restaria de um afeto legalmente conduzido? Em muitos casos, seria ainda de indagar: quantos filhos seriam efetivamente beneficiados pela monetarização do afeto? Para o pai ausente, cujo coração não aflorou para o amor aos filhos, a punição maior está nos dramas da sua própria consciência.

É preciso, todavia, saber distinguir a ausência de afeição com a repugnância acintosa. Por isso, em casos excepcionais, onde a falta de afeto criou espaço para um sentimento de desprezo acintoso, de menoscabamento explícito, público e constrangedor, o filho possa pleitear a reparação pelo dano anímico experimentado, porque nesse caso, ao invés da inexistência de amor, não nascido espontaneamente, há uma vontade deliberada e consciente de repugnar a prole não desejada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.073787-1, da comarca de São José (1ª Vara Cível), em que é apelante V. J. P. F. e apelado V. J. P.:

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, não conhecer do agravo retido; conhecer do apelo e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Des. Victor Ferreira, com voto, e dele participou o Exmo. Des. Luiz Fernando Boller.

Florianópolis, 02 de agosto de 2012.

Jorge Luis Costa Beber
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por V. J. P. F. contra sentença do Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de São José, que refutou o pedido de indenização aviado contra V.J.P., centrado na alegação de abandono afetivo.

Alegou, inicialmente, que inexiste carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido, o qual está abroquelado na violação ao dever que tem os pais de prover os filhos de afeto.

Aduziu, outrossim, que a pretensão de reparação civil em virtude de abandono moral, por versar sobre direito da personalidade, revela-se imprescritível.

Afirmou que o feito é nulo, em virtude do cerceamento de defesa, uma vez que o Magistrado deveria ter ouvido as testemunhas por si levadas à audiência de instrução de julgamento, muito embora as tenha arrolado a destempo e independentemente de intimação, devendo prevalecer, no caso, a busca da verdade real.

Defendeu, quanto ao mérito, que o recorrido jamais envidou esforços para formar laços afetivos consigo, seja negando-lhe a companhia e a convivência, seja discriminando-o em relação aos seus irmãos, de sorte que, não tendo referência paterna na vida, tornou-se uma pessoa infeliz e desestruturada.

Afirmou que, muito embora revele-se impossível ao Poder Judiciário compelir o apelado a exercer os direitos e obrigações próprios da paternidade, nada impede a reparação civil dos danos sofridos em virtude do abandono moral, afetivo e psíquico, forte nos arts. 4º e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente e no art. 227 da Constituição da República, assim como no postulado da afetividade e no princípio da dignidade humana.

Clamou, ao arremate, pelo julgamento do agravo retido e o conhecimento e provimento do apelo.

O recurso foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo (fl. 247), sobrevindo as contrarrazões de V. J. P. (fls. 251/262), após o que os autos ascenderam a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, eis preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

Enfrento, de saída, o agravo retido ofertado pelo apelante, enfatizando, antes de tudo, que o Magistrado condutor do feito proferiu sentença de mérito reconhecendo a prescrição, a qual rendeu ensejo à interposição de apelação cível por V. J. S. P., recurso este ao qual esta Quarta Câmara de Direito Civil, sob a relatoria do Desembargador Monteiro Rocha, deu provimento, ordenando o prosseguimento da causa, com a instrução probatória.

O referido acórdão está encimado pela seguinte ementa:

> "DIREITO CIVIL. OBRIGAÇÕES. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. ABANDONO AFETIVO. SENTENÇA QUE DECLAROU A PRESCRIÇÃO. EXTINÇÃO DO FEITO. INCONFORMISMO. IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO. ACOLHIMENTO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.
>
> Sendo os direitos morais imprescritíveis, mantém-se íntegra a pretensão, afastando-se o lapso prescricional das ações que os protegem." (Apelação Cível n. 2006.024404-0, de São José, j. em 18.09.2008).

Uma vez os autos na origem, o Juiz de Direito ordenou às partes a indicação das testemunhas a serem ouvidas, no prazo de 60 dias antes na respectiva audiência de instrução e julgamento. Na aludida solenidade, realizada em 01.12..2009, restou indeferida a oitiva das pessoas trazidas pelo autor *sponte propria*, em virtude do respectivo rol não ter sido oferecido a tempo e modo.

Inconformado, o demandante interpôs agravo retido, em 11.12.2009, insurgindo-se contra o decisório ora focalizado.

Pois bem, não conheço do agravo retido porque intempestivo.

Com efeito, tratando-se de decisão interlocutória proferida em audiência de instrução e julgamento, eventual insurgência deve ser anunciada imediatamente, na referida sessão, mediante agravo retido, forte nas disposições art. 523, § 3º, do Código de Processo Civil, não se cogitando, pois, do prazo decendial a que alude o art. 522 do mesmo Diploma:

> "Art. 523. Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.
>
> [...]

> § 3º. Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante.".

Colaciono, a propósito, o seguinte precedente desta Corte de Justiça:

> "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA E MANUTENÇÃO DE POSSE. EDIFICAÇÃO. INVASÃO DE IMÓVEL VIZINHO. LAUDO PERICIAL POSITIVO. MODIFICAÇÃO DA CONSTRUÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. [...] AGRAVO RETIDO. DECISÃO PROFERIDA EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. ORALIDADE. OBRIGATORIEDADE. SISTEMÁTICA DO ARTIGO 523, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COM REDAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI N. 11.187/2005. NÃO CONHECIMENTO.
>
> "Se a decisão lesiva à parte for proferida em audiência de instrução e julgamento, torna-se imprescindível que a parte prejudicada, imediatamente ao ocorrido, pronuncie-se pelo interesse em dela recorrer, consignando, por termo, os pontos da sua irresignação, sob pena de, se assim não proceder, ter seu conhecimento vedado pela instância *ad quem*." (Apelação Cível n. 2012.003246-8, de Joaçaba, Terceira Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Fernando Carioni, j. em 12.03.2012).

Passo, então, ao exame do apelo.

O recorrente articula, nas suas razões, a inexistência de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido e, ainda, a inocorrência da prescrição da pretensão reparação civil.

Sucede, todavia, que o recurso, nos aludidos pontos, revela-se inteiramente dissociado dos fundamentos da sentença recorrida, a qual nada decidiu a respeito destas matérias.

O reclamo também não merece conhecimento no tocante à nulidade do processo por cerceamento de defesa, em virtude da negativa de produção de prova testemunhal.

Isso porque trata-se de matéria acobertada pela preclusão temporal e consumativa, na forma dos arts. 183 e 473 do Código de Processo Civil, uma vez que arguida em sede de agravo retido interposto pelo apelante.

De mais a mais, o não conhecimento do citado recurso, como alhures exposto, não autoriza a reaviventação do tema por ocasião do apelo, pois, como dito, fulminado pela preclusão.

Volvendo ao mérito, os autos revelam que o recorrente intentou ação de reparação civil em virtude dos alegados danos morais sofridos em razão do abandono moral, psíquico e afetivo perpetrado pelo recorrido.

Alegou, inicialmente, que os seus pais mantiveram uma relação amorosa, da qual resultou a sua concepção, a razão de ambos haverem convolado núpcias, a qual, porém, durou somente 04 anos, após o que eles separaram-se, constituindo o seu genitor nova família, vindo, pouco-a-pouco, a distanciar-se de si, não se fazendo presente no dia-a-dia, nem tampouco nas datas festivas.

Aduziu, outrossim, que ao longo da sua vida envidou esforços para aproximar-se do apelado, o qual, todavia, não correspondia a este desiderato, sempre tratando-o com frieza e alheamento ou, pior ainda, negando-lhe a qualidade de filho ao apresentá-lo a terceiros como se sobrinho fosse.

Afirmou que, aos 14 anos de idade, o recorrido convidou-o para morar consigo e com a sua atual família, com o que assentiu, mas acabou não sendo recebido ao argumento de que não havia lugar para ele no seio familiar. Asseverou que o apelado lhe disse, por inúmeras vezes, que filho sem pai não presta para nada, o que lhe impeliu desejos suicidas.

Argumentou que na sua juventude o recorrido tratava-o como empregado, fazendo-o laborar junto aos demais funcionários, tanto em casa, como no sítio, ou, ainda, na empresa. Arrematou dizendo que jamais lhe foi dada, pelo apelado, as oportunidades que seus irmãos tiveram de frequentar escolas e faculdades particulares, nem tampouco de administrar a empresa que era dele.

Finalmente, após a apresentação da peça defensiva, o oferecimento de réplica e a instrução do processo, o Magistrado singular proferiu sentença, rejeitando o pedido, sob fundamento de que o apelante não demonstrou o abandono aventado.

Pois bem, O tema atinente à responsabilidade civil dos pais em virtude de abandono moral e afetivo dos filhos é dos mais palpitantes na cultura jurídica hodierna e encontra-se envolto em polêmica na doutrina e na jurisprudência pátrias.

É inegável a repercussão que vem causando a obrigatoriedade ou não de se indenizar o dano moral causado pelo abandono afetivo. A questão é delicada e exige especial acuidade por parte de quem tem o poder e o dever de decidir em tal e qual direção. Afinal, haveria ilícito pelo fato de alguém não sentir afeto? Seria aferível em termos pecuniários o dano causado em tais circunstâncias?

A família, como base da organização social, é o cerne da formação do ser humano e é precipuamente no convívio familiar que se dá a estruturação do indivíduo, capacitando-o para viver e interagir com seus pares. A paternidade acarreta vínculos objetivos, estes com previsão legal e constitucional de obrigações. A legislação protege os laços familiares, tutelando os atos de negligência para com o dever de cuidado, que se estende, inclusive, aos parentes da criança e do adolescente. Constituição Federal, Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente andam de mãos dadas nesse importante mister. A lei se preocupa com o bem estar do

infante que, para ter a formação sadia de sua personalidade, deve receber dos pais, além do amparo físico e material, o zelo e o afeto inerentes à condição humana.

É legítimo que, havendo ato ilícito perpetrado contra o menor, intervenha o Estado no sentido de assegurar-lhe os direitos protegidos pelo ordenamento jurídico. Entretanto, persiste o dilema: se de um lado espera-se a atuação do Judiciário para dirimir a problemática, de outro não há como se coadunar afeição com estipulação pecuniária. Significativo conjunto de vozes doutrinárias sustenta que a tese do dano moral é aceita com o intuito de aplacar a dor originária de uma falta em dissonância com a lei. A fórmula da indenização é simples: culpa do autor + nexo causal = dever de indenizar. É o caso, por exemplo, do dano moral causado pela morte de um ente querido. A falta de afeto, porém, paira em um patamar ligeiramente diferente e mais sutil e que, por isso mesmo, foge à mão de regulamentação estanque.

Não há que se negar o prejuízo causado pelo descumprimento total ou parcial da obrigação de zelar pela prole. Em alguns casos, chega ao irreversível. A lei, porém, dispõe de meios para coagir o genitor faltante a suprir as necessidades do filho. Evidente que tal supressão não ultrapassa a fronteira do material, e nem poderia ser de outra forma. Vínculos afetivos são criados e se desenvolvem espontaneamente. Não há como impor a alguém a obrigação de sentir afeto por outrem, mesmo que esse outrem seja o próprio filho. A questão está além do julgador, e se assim não fosse estaríamos dando azo ao que se poderia intitular de afeto compulsório, mescla que repugna totalmente os espíritos justos e coesos.

De fato, um pai que jamais prestou assistência afetiva ao filho, não vai mudar seu sentimento por se ver compelido a indenizar sua omissão. A medida sequer teria o condão "educativo", porque afeto não é passível de comércio. O filho que se sentiu negligenciado e mantém no seu íntimo

a dor de não ter recebido o desvelo e o aconchego protetor do pai ou da mãe, não vai ver essa carência suprida por valor pecuniário. Antes, o fato de buscar lenitivo em cifras poderia ser indício de expressivo grau de ressentimento e busca por vingança, o que em nada pode minorar o sofrimento intimamente acalentado.

Amor existe ou não existe e, em não existindo, pode até vir a ser cultivado com atitudes de aproximação, jamais sob ameaça de punição. A construção de laços afetivos mediante coação pecuniária é de todo temerária, ressumbrando bizarro imaginar pais que não nutrem afeto algum pela prole, fingirem, de um instante para outro, aquilo que são incapazes de sentir genuinamente, apenas pelo temor de virem a ser condenados a indenizar o que desditosamente já está consumado....Quantos filhos seriam obrigados a compartilhar a presença nociva de alguns pais por força de uma imposição judicial? Guarda alguma razoabilidade imaginar benefícios para o filho quando sua relação com o pai é construída sobre alicerces falsos? Quanto de humanidade realmente restaria de um afeto legalmente conduzido? Em muitos casos, seria ainda de indagar: quantos filhos seriam efetivamente beneficiados pela capitalização do afeto? Se formos pensar em termos de punição para o faltante, talvez seja legítimo imaginar que a consciência seja o maior de todos os algozes. O problema é que consciência não parece ser um atributo concedido a todos os indivíduos...

Retomando a equação culpa do autor + nexo causal = dever de indenizar, resta uma última indagação: como mensurar o imensurável? Fazê-lo, a meu sentir, consubstanciaria a monetarização do amor, a mercantilização dos sentimentos e a patrimonialização das relações familiares, o que não se coaduna com a moral, a ética e o Direito.

O amor entre pais e filhos transita num plano instintivo, incompatível com ordenações, estando, pois, imune ao Direito e, assim, à jurisdição.

A este respeito, ALEXANDRE MORAIS DA ROSA, com inteira razão, salienta que amar, deixar de amar ou odiar é próprio da condição humana. O amor, apesar de não poder ser quantificado, quando passa a ser tarifado, viabiliza o pagamento do que era impagável, e pagando o sujeito quita sua obrigação. É dizer, paga-se para não se relacionar, para se manter a distância. Mais adiante, depois de realçar que há um limite que o Direito não pode se meter, acrescenta: "A demanda por indenização é a tradução equivocada de um Direito que pretende curar todas as mazelas subjetivas com dinheiro. Felicidade, Amor, não se compram com dinheiro.[...] A demanda (histérica?) por indenização, ou seja, para ocupar o lugar de vítima, pode ser uma defesa para tentar disfarçar ou encobrir a dor e o sofrimento tido por insuportável. A demanda judicial pode ser o sintoma de um balbuciado pedido de ajuda, para o qual o Judiciário não pode ser o destinatário, por não ocupar o lugar, que é o do analista. [...] Logo, a demanda está dirigida a alguém que não pode, do seu lugar, responder eticamente (ética do desejo), salvo de disser não! [...] É impossível proferirem-se decisões judiciais 'curativas' do desamparo. [...] Fixado o *quantum* do 'amor' e cumprida a 'obrigação', como dizem os juristas, há satisfação plena do título judicial e o devedor está 'liberto' (???) da obrigação paterna, trocada que foi no mercado das decisões judiciais. (Cuidado e abandono afetivo: a equivocada tradução jurídica da dor. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de (Coodrs.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 15/17).

O Superior Tribunal de Justiça, enfrentando o tese do dano l decorrente do abandono afetivo, assim decidiu:

> "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." (Recurso Especial n. 757411, de Minas Gerais, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 29.11.2005).

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina não destoa da orientação suso aludida:

> "DIREITO CIVIL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGADO ABANDONO MATERIAL E AFETIVO PELO GENITOR. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE REALIZADO APENAS MEDIANTE O AJUIZAMENTO DA PRESENTE AÇÃO JUDICIAL. REQUISITOS DO ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL NÃO CONFIGURADOS. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.
>
> Os sentimentos compreendem a esfera mais íntima do ser humano e, para existirem, dependem de uma série de circunstâncias subjetivas. Portanto, o filho não pode obrigar o pai a nutrir amor e carinho por ele, e por este mesmo motivo, não há fundamento para reparação pecuniária por abandono afetivo." (Apelação Cível n. 2012.005438-5, de Joinville, Terceira Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. em 27.03.2012).

No mesmo diapasão:

> "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGADO ABANDONO AFETIVO DO FILHO PELO PAI. QUADRO NÃO CARACTERIZADO. INDENIZAÇÃO INCABÍVEL. RECLAMO CONHECIDO E DESPROVIDO.
>
> É imprescindível ter cautela e reflexão ao analisar um pedido de indenização por danos morais por abandono afetivo de pai ao filho, pois constitui dever do Poder Judiciário tentar, de todas as formas, preservar a relação familiar entre pai e filho e, em caso de estar ela abalada, evitar o agravamento ou o fosso que separa genitor e gerado.
>
> Assim, uma eventual condenação à indenização por danos morais poderia afastar definitivamente o pai do filho, acarretando prejuízo

> de relevante monta para o convívio futuro das partes — ou pela falta deste.
>
> Ademais, não se pode incentivar o nexo direto entre as relações afetivas e a sua patrimonialização, pelo simples fato de que as primeiras são muito mais valiosas e não merecem ser reduzidas a um valor meramente pecuniário, principalmente quando se vislumbram traços de ânimo de caráter vingativo, ou de represália." (Apelação Cível n. 2010.023344-2, de Imbituba, Segunda Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Jaime Luiz Vicari, j. em 1º.06.2010).

Finalmente, colaciono o seguinte precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o qual calha com perfeição ao caso ora focalizado:

> "INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO PAI.
>
> 1. O pedido de reparação por dano moral é juridicamente possível, pois está previsto no ordenamento jurídico pátrio. 2. A contemplação do dano moral exige extrema cautela e a apuração criteriosa dos fatos, ainda mais no âmbito do Direito de Família. 3. O mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si, situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao (já vulgarizado) princípio da dignidade da pessoa humana, e constitui antes um fato da vida. 4. Afinal o questionamento das raízes do afeto ou do amor, e da negação destes, leva a perquirir as razões íntimas do distanciamento havido entre pai e filho, que perpassam necessariamente as categorias do imanente e do transcendente e implicam indébita invasão do campo jurídico ao terreno conceitual impreciso que avança pelo mundo da medicina, da biologia e da psicologia. 5. Embora se viva num mundo materialista, onde os apelos pelo compromisso social não passam de mera retórica política, 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. Recurso desprovido." (Apelação cível n. 70029347036, de São Gabriel, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j em 11.11.2009).

Colho, a propósito, o seguinte excerto do acórdão:

> "As relações interpessoais são balizadas por inúmeros fatores pessoais, ambientais e sociais, que produzem na pessoa sentimentos e emoções, que conduzem à aproximação entre as pessoas ou ao distanciamento entre elas, sejam parentes ou não".
>
> [...]
>
> ".... 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.
>
> Não é a mera presença de um pai na vida do filho que lhe assegura um desenvolvimento saudável, nem a ausência um fato impeditivo deste desenvolvimento, pois o mais é 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 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...
>
> Por essa razão é que devem ser evitadas soluções simplistas ou maniqueístas e somente em situações excepcionais é que se pode conceber a possibilidade de reparação por dano moral no âmbito do direito de família."
>
> [...]
>
> "Tenho percebido uma tendência de relativa vulgarização do Direito de Família e, em especial, da questão relativa ao afeto, como se tal sentimento humano pudesse ser submetido ao livre arbítrio, como se não decorresse de uma relação bilateral e, pior ainda, como se pudesse ser mensurado economicamente...
>
> Embora se viva num mundo materialista, onde os apelos pelo compromisso social não passam de mera retórica política, em si

> mesma desonesta e irresponsável, tenho que 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.
>
> Afinal, é preciso ter em mira que ninguém pode ser compelido a dar o que não tem. Quem não ama não pode dar amor que não sente, e quem não sente afeto não pode ser compelido a demonstrá-lo.
>
> Por essa razão, em vez de se cuidar da monetarização das relações afetivas, o Direito de Família deve resguardar as pessoas no que de mais nobre elas podem ter, que são as relações interpessoais permeadas pelo respeito e pela responsabilidade."

De todo modo, ainda que se adotasse o discurso do cuidado — segundo o qual o que importa, para o Direito, mais especificamente para o Direito de Família, é o cuidado que os pais devem ter para com os seus filhos e vice-versa, cuja inobservância renderia ensejo à responsabilidade civil, desde que presentes, é claro, a ação ou omissão, o dolo ou culpa, os danos morais ou materiais e o nexo de causalidade — o pleito vestibular, de qualquer forma, não mereceria acolhida.

É que o apelante não se desimcumbiu, da forma que se lhe competia, do ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, inobservando, pois, o art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil.

De fato, as provas coligidas aos presentes autos demonstram que o recorrido, tanto quanto lhe foi possível, fez-se presente na vida do recorrente, não havendo cogitar-se, destarte, do descumprimento das obrigações próprias ao poder familiar, constantes do art. 1.634 do Código Civil, do art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente e, finalmente, do art. 227 da Constituição da República.

A testemunha Alcione Machado relatou o seguinte:

> "Que nada sabe a respeito de eventual abandono do autor pelo réu. [...] Que trabalhou de forma esporádica na empresa do réu, de 1976 até 1981; Que o autor também esporadicamente aparecia na firma; Que o réu sempre tratou bem o autor, como tratava o depoente e os outros filhos de outro casamento; Que a casa do réu ficava perto da empresa e o autor costumava frequentá-la; Que por várias vezes presenciou o réu dar dinheiro e roupas para o autor; Que o autor costumava ir a cinemas e parques com o dinheiro dado pelo pai; Que várias vezes o autor foi com o depoente para o sítio do réu em Santo Amaro; Que naquele local costumavam fazer churrascos e também por vezes auxiliar espontaneamente nos trabalhos do sítio; Que na apreciação pessoal da testemunha, o réu não tratava o autor diferentemente dos demais filhos; Que também esporadicamente o depoente e o autor costumavam acompanhar o réu quando este ia passar algumas horas nas praias; Que o autor não usava o carro do réu, porque era menor na época, mas soube posteriormente que o autor teria ganho um automóvel do réu; Que o réu costumava pagar escola e material escolar para o autor. [...] Que com relação ao padrão econômico, é lógico que por ser filho o autor tinha menos condições econômicas do que o réu, mas estas se equivaliam aos demais filhos; [...]" (fl. 188).

No mesmo sentido, a testemunha Luci de Farias narrou:

> "Que nada sabe a respeito de eventual abandono do autor pelo réu. [...] Que trabalhou na empresa do réu, de 1975 até janeiro de 1976, portanto um pouco menos de ano; Que se tratava de uma pequena empresa, na qual o réu comercializava veículos bastante gastos, geralmente modelos baratos e fora de linha, tais como Fusca, Variante, Corcel, etc; Que a depoente trabalhava em uma pequena sala de 3X2 metros, sem piso, apenas cimento, com uma janela e uma porta; Que a firma funcionava de forma bem precária; Que o réu não tinha carro próprio e costumava usar um dos carros à venda para fazer os serviços de banco e outros; Que a casa do réu distava cerca de meia quadra do terreno da revenda; Que durante o tempo em que a depoente trabalhou o autor não frequentava a casa ou a empresa do réu, mas posteriormente soube que ele passou a frequentá-las; Que o réu nunca comentou nada desfavorável ao autor, ao contrário, certa feita comentou que quando o autor vinha na loja, um irmão do réu saia com o autor para comprar roupas e calçados para este, na loja Elza Confecções; Que quando saiu da loja

> manteve um bom relacionamento com seu ex patrão, ora réu, sendo que certa feita que foi na loja visitá-lo, este comentou que havia conseguido um emprego para o autor junto a uma financeira, mas que 'seu filho' não estava correspondendo, porque chegava atrasado e o gerente havia chamado o réu e dito que desta forma não poderia continuar empregado; Que o réu manifestou sua preocupação que o autor perdesse o emprego; Que na percepção da depoente, o réu manifestava preocupação com o futuro do filho; Que o emprego era na Finasa; [...] Que certa feita foi visitar o réu em sua casa, e falando com a esposa deste, dona Lourdes, esta manifestou grande contentamento porque o autor iria morar na casa do réu, e dona Lourdes estava feliz pela aproximação do pai e do filho; Que na percepção pessoal da testemunha, o autor não tinha um padrão de vida pior que seus meio irmãos, porque o réu sempre pagou a pensão alimentícia e toda vez que o autor aparecia ele lhe dava alguma coisa, tais como roupas, dinheiro, e calçados; [...]" (fl. 189).

De resto, o arcabouço probatório ressente-se de outras provas, as quais, como referido, o apelante não se dignou a produzir.

Logo, não há falar-se em ato ilícito e, conseguintemente, em obrigação de indenizar, a teor dos arts. 186 e 927 do Código Civil.

Voto, então, pelo não conhecimento do agravo retido e pelo desprovimento do apelo.

É como penso. É como julgo.

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2012.036261-5, de Curitibanos

Relator: Des. Jaime Luiz Vicari

AÇÕES DE DESPEJO E RENOVATÓRIA. ÓBITO DE UM DOS RÉUS. COMUNICAÇÃO AO JUÍZO APENAS 1 ANO E MEIO DEPOIS DO FALECIMENTO. NECESSIDADE DE REQUERIMENTO DA HABILITAÇÃO. TITULARIDADE ATIVA DE QUAISQUER DAS PARTES. AUDIÊNCIA PRELIMINAR NA QUAL SE DECIDIU NÃO HAVER MAIS PROVAS A PRODUZIR. AUTOS CONCLUSOS PARA A SENTENÇA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE *EX OFFICIO* DOS ATOS PROCESSUAIS POSTERIORES À PUBLICAÇÃO DAS SENTENÇAS. AGRAVO DE INSTRUMENTO PREJUDICADO.

Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: "o ato do juiz que determina a suspensão do processo por falecimento da parte possui natureza meramente declarativa, retroagindo ao momento do óbito. Reputam-se nulos os atos processuais praticados no período de suspensão, conforme disposição expressa do art. 266 do CPC" (STJ, REsp. n. 216714/SP, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 15-12-2008).

"A legitimidade ativa é deferida tanto à parte contrária, que acionará os sucessores da parte falecida, quanto a estes, que promoverão a ação de habilitação em face da primeira. Da mesma forma que eventualmente não interesse à parte sobrevivente

> providenciar a habilitação dos sucessores da falecida, poderão estes não demonstrar qualquer intenção de se habilitarem no processo, motivo pelo qual a lei confere, a um e outros, a legitimidade ativa" (MARCATO, Antonio Carlos, *Procedimentos especiais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros editores, 1994. p. 201).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2012.036261-5, da comarca de Curitibanos (2ª Vara Cível), em que são agravantes Arlindo Belleboni, José Gusatto e Hotel e Churrascaria 300 Ltda., e agravados Ney Neves e espólio de Dini Terezinha Aparecida Hartmann:

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, declarar a nulidade *ex officio* dos atos processuais realizados após a publicação das sentenças, prejudicado o exame do mérito recursal. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 27 de setembro de 2012, os Exmos. Srs. Des. Ronei Danielli e Rosane Portella Wolff.

Florianópolis, 2 de outubro de 2012.

Jaime Luiz Vicari
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra interlocutório que, em ações de despejo e renovatória, julgadas conjuntamente, recebeu a apelação unicamente no efeito devolutivo.

Alegaram os agravantes (fls. 2-24), em síntese, que, apesar de a regra especial instituída pela Lei do Inquilinato não prever a concessão do efeito

suspensivo ao recurso interposto contra sentença de procedência do pedido de despejo, há hipóteses nas quais se autoriza o Relator a atribuir-lhe tal efeito.

Sustentaram que os autos da ação de despejo indevidamente vêm recebendo petições, quando o correto seria a execução provisória da sentença, autuada em autos apartados, razão pela qual, além de estarem alocados no imóvel há mais de 18 anos, não possuem condições de enfrentar a ordem de despejo, a qual sequer teria sido iniciada na origem.

Acrescentaram, ainda, que, enquanto não regularizada a habilitação processual por meio próprio, encontra-se suspensa a ação, pelo que impossível o cumprimento da ordem.

Esclareceram que nos autos da ação renovatória existe pessoa jurídica distinta (Hotel e Churrascaria 300 Ltda.) das pessoas dos réus da ação de despejo, de forma que a eficácia do comando sentencial não poderá atingi-la.

Após essas e outras considerações, requereram a concessão do efeito suspensivo à apelação, porquanto presentes os requisitos autorizadores, bem como seja determinada a imediata ascensão do processo originário a esta Corte de Justiça e, alternativamente, seja suspensa a ordem de despejo sem instalação do procedimento de execução provisória, com o conhecimento e provimento do agravo interposto.

A eminente Desa. Cláudia Lambert de Faria (fls. 44-49) concedeu o efeito urgente postulado, razão pela qual a apelação interposta contra as sentenças proferidas nos Autos n. 022.09.002564-6 e 022.10.007271-4 deve ser recebida também no efeito suspensivo.

Contraminuta às fls. 57-73, e os autos vieram conclusos para julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

1. Na origem, precedida de prévia notificação, Ney Neves ajuizou contra José Gusatto e Arlindo Belleboni uma ação de despejo e, paralelamente, um terceiro – pessoa jurídica, Hotel e Churrascaria 300 Ltda., cujos sócios são José e Arlindo –, ajuizou ação renovatória de locação contra Ney.

Cumpridos os trâmites, sobreveio sentença de improcedência da renovatória e de procedência da do despejo.

Aqui começa o absolutamente inusitado.

Os réus da ação de despejo, José Gusatto e Arlindo Belleboni ingressaram com embargos de declaração em 21 de maio de 2012, e nele noticiaram que o primeiro havia falecido há mais de um ano, mais precisamente em 4 de dezembro de 2010.

O magistrado, em vez de suspender o processo, determinou a expedição do mandado de despejo, a intimação dos sucessores do morto e rejeitou os embargos.

Arlindo e o falecido José (isso mesmo!) ingressaram com apelação, a qual foi recebida unicamente no efeito devolutivo, sem nenhuma providência adicional.

Foi então que Arlindo e o falecido interpuseram o presente agravo de instrumento, para obter atribuição de efeito suspensivo à apelação.

Necessário citar que, na audiência preliminar realizada em 7 de abril de 2010 (fl. 135), não houve conciliação, e o Juiz-Presidente expressou não existirem provas a produzir.

Este o *imbróglio*.

2. É indiscutível que "o ato do juiz que determina a suspensão do processo por falecimento da parte possui natureza meramente declarativa,

retroagindo ao momento do óbito" (STJ, REsp. n. 216.714/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 15-12-2008).

In casu, diante da afirmação de que o feito não precisaria mais de nenhuma prova, inafastável concluir que o próximo ato processual seria a prolação das sentenças, o que, de fato, acabou por acontecer.

Nesse contexto, evidente que, com a morte de qualquer das partes, o processo é suspenso, nos termos do artigo 43 do Código de Processo Civil.

Além do mais, preceitua o artigo 265, § 1º, alínea "b", do mesmo Estatuto:

> "Art. 265. Suspende-se o processo:
>
> I - pela morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador;
>
> [...] § 1º No caso de morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, ou de seu representante legal, provado o falecimento ou a incapacidade, o juiz suspenderá o processo, salvo se já tiver iniciado a audiência de instrução e julgamento; caso em que:
>
> [...] b) o processo só se suspenderá a partir da publicação da sentença ou do acórdão".

Ora, estando os autos aptos ao recebimento do provimento jurisdicional final, impõe-se a regra segundo a qual os processos só se suspenderão após a publicação das sentenças.

Destarte, a retroatividade decorrente da falta da substituição processual do falecido deve se manifestar até o dia 10 de novembro de 2011 (fl. 153).

Ao arremate, leciona a doutrina:

> "Caso a morte ou a perda da capacidade da parte ou do representante se dê antes de iniciada a audiência de instrução e julgamento ou a sessão do Tribunal, haverá a suspensão do processo (§ 1º do art. 265 do CPC).

> Em caso de morte, haverá a habilitação dos sucessores (arts. 1.055 a 1.062).
>
> Por outro lado, *se a morte* ou incapacidade da parte ou do representante legal *da parte ocorrer depois de iniciada a audiência de instrução e julgamento* ou a sessão do Tribunal, *o advogado continuará no processo até a publicação da sentença* ou do acórdão, *quando, então, o processo será suspenso* (§ 1º do art. 265 do CPC).
>
> *Em tal situação, a condição do advogado – até a publicação da sentença ou acórdão – será de substituto processual, no caso de morte da parte*, ou de representante processual, no caso de morte do representante, da incapacidade do representante ou de incapacidade da parte" (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2011. v. 1. p. 561, original sem grifos).

Nessa linha de raciocínio, declara-se a nulidade de todos os atos processuais realizados após o dia 10 de novembro de 2011 – data da publicação das sentenças –, dentre eles a expedição do mandado de despejo, a oposição dos embargos de declaração, a interposição do apelo e a apresentação das contrarrazões, atribuindo-se efeito expansivo a este agravo, prejudicado o recurso.

3. Revela-se que os agravantes demoraram aproximadamente 1 ano e 6 meses para comunicar ao Juízo o óbito do réu José Gusatto. E tudo sob a frágil alegação de que competiria ao autor requerer a habilitação.

É lição comezinha que o Código de Processo Civil, ao dispor sobre a habilitação nos artigos 1.055 a 1.062, em nenhum momento exige que ela seja requerida apenas pelo autor. Ao contrário, o próprio artigo 1.056 faculta a quaisquer das partes a realização do pleito.

No mesmo rumo, acrescenta Antonio Carlos Marcato:

> "A legitimidade ativa é deferida tanto à parte contrária, que acionará os sucessores da parte falecida, quanto a estes, que promoverão a ação de habilitação em face da primeira. Da mesma forma que eventualmente não interesse à parte sobrevivente providenciar a habilitação dos sucessores da falecida, poderão estes não demonstrar

> qualquer intenção de se habilitarem no processo, motivo pelo qual a lei confere, a um e outros, a legitimidade ativa" (*Procedimentos especiais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros editores, 1994. p. 201).

Necessário dizer que, apesar da manifestação dos agravantes no bojo deste reclamo, acerca da irregularidade da substituição de José Gusatto, mesmo assim permaneceram silentes e não fizeram o pedido de habilitação, tudo sob o frágil argumento de que a titularidade seria da parte adversa, o que não tem o menor sentido.

Ademais, embora exista na origem o pedido de intimação dos herdeiros de José Gusatto – tendo sido intimado da sentença apenas o filho Cássio, e expedida deprecata para a comarca de Carlos Barbosa/RS, para intimação da viúva Nelcir e do outro filho Everton –, esse simples ato processual de intimação da sentença não configura o instituto da habilitação, a qual ainda assim clama seja requerida.

4. Ante o exposto, vota-se por declarar a nulidade *ex officio* dos atos processuais realizados após a publicação das sentenças, prejudicado o exame do mérito recursal, ante a violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Na origem, quaisquer das partes deve requerer, expressamente, a habilitação dos herdeiros do falecido.

Este é o voto.

Agravo de Instrumento n. 2012.026221-2, de Joinville
Relator: Des. Subst. Stanley da Silva Braga

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. SEGURADO PORTADOR DA SÍNDROME DE GILLES DE LA TOURETTE. NECESSIDADE DE CIRURGIA DE ESTIMULAÇÃO CEREBRAL PROFUNDA. NEGATIVA DE COBERTURA. DECLARAÇÃO MÉDICA ATESTANDO A URGÊNCIA DA CIRURGIA E O ESGOTAMENTO DAS DEMAIS POSSIBILIDADES TERAPÊUTICAS. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. DEVER DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE DE PRESTAR COBERTURA. MANUTENÇÃO DA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA PARA PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. CAUÇÃO DESNECESSÁRIA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.
>
> É cabível a concessão da tutela antecipada para que a parte prejudicada tenha direito ao tratamento cirúrgico necessário, demonstrada a gravidade da doença que a atinge, por meio de declaração médica.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2012.026221-2, da comarca de Joinville (5ª Vara Cível), em que é agravante Unimed de Joinville Cooperativa de Trabalho Médico, e agravado Ruan Luiz Timm:

A Sexta 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. Ronei Danielli, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Saul Steil.

Florianópolis, 30 de agosto de 2012.

Stanley da Silva Braga
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Unimed de Joinville Cooperativa de Trabalho Médico nos autos da Ação Cautelar movida por Ruan Luiz Timm, em face da decisão do magistrado da 5ª Vara Cível da Comarca de Joinville - SC, que deferiu a antecipação de tutela para determinar que a agravante procedesse à cobertura de cirurgia de estimulação cerebral profunda.

Afirma que não há previsão contratual para a cobertura do procedimento cirúrgico deferido em tutela antecipada. Além disso, asseverou estar cumprindo a instrução normativa n. 25/2010, da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Por fim, pugnou pelo efeito suspensivo da decisão agravada, ou, em pedido alternativo, que o agravado preste caução no valor a ser coberto.

Juntou documentos de fls. 20-164.

A agravante peticionou às fls. 167-170.

O efeito suspensivo foi indeferido às fls. 171-174.

Sem contrarrazões (fl.177).

Este é o relatório.

VOTO

Da admissibilidade:

O recurso é tempestivo, foi instruído com os documentos indispensáveis relacionados no art. 525, inciso I, do Código de Processo Civil.

A insurgência da agravante reside no deferimento, pelo magistrado, de antecipação de tutela para determinar que o plano de saúde procedesse à cobertura de procedimento cirúrgico de estimulação cerebral profunda.

É cediço que para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela é necessário o preenchimento dos requisitos expressos no art. 273 do Código de Processo Civil, que em seus termos dispõe:

> Art. 273 - O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
>
> I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
>
> II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

No conceito de Humberto Theodoro Júnior:

> O que o novo texto do art. 273 do CPC autoriza é, nas hipóteses nele apontadas, a possibilidade de o juiz conceder ao autor (ou ao réu, nas ações dúplices) um provimento liminar que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere a prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvida no litígio.
>
> Não se trata de simples faculdade ou de mero poder discricionário do juiz, mas de um direito subjetivo processual que, dentro dos pressupostos rigidamente traçados pela lei, a parte tem o poder de exigir da justiça, como parcela da tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou.
>
> Como novo expediente, o juiz, antes de completar a instrução e o debate da causa, antecipa uma decisão de mérito, dando provisório atendimento ao pedido, no todo ou em parte.
>
> Diz-se, na espécie, que há antecipação de tutela porque o juiz se adianta para, antes do momento reservado ao normal julgamento do mérito, conceder à parte um provimento que, de ordinário, somente deveria ocorrer depois de exaurida a apreciação de toda a controvérsia e prolatada a sentença definitiva.
>
> Justifica-se a antecipação da tutela pelo princípio da necessidade, a partir da constatação de quem sem ela a espera pela sentença de mérito importaria na denegação de justiça, já que a efetividade da prestação jurisdicional restaria gravemente comprometida.

> Reconhece-se, assim, a existência de casos em que a tutela somente servirá ao demandante se deferida de imediato.
>
> Mais do que um julgamento antecipado da lide, a medida autorizada pelo art. 273 do CPC vai ainda mais longe, entrando, antes da sentença de mérito, no plano da atividade executiva. Com efeito, o que a lei permite é, em caráter liminar, a execução de alguma prestação que haveria, normalmente, de ser realizada depois da sentença de mérito e já no campo da execução forçada. Realiza-se, então, uma provisória execução, total ou parcial, daquilo que se espera venha a ser o efeito de uma sentença ainda por proferir [...] (*in* REVISTA JURÍDICA - Vol. 232 - pág. 10).

No caso em estudo, cuida-se da necessidade de fornecimento pela agravante do custeio de cirurgia de estimulação cerebral profunda, em decorrência da doença conhecida como Síndrome de Gilles de La Tourette.

Nota-se que não se trata de um simples procedimento cirúrgico, mas sim de caso que poderá acarretar danos irreparáveis ao agravado.

O diagnóstico da doença do autor e consequente necessidade de intervenção cirúrgica com brevidade está atestado no documento de fl. 136, consistente em declaração médica, da qual se inferem os riscos, expressamente mencionados, bem como o esgotamento das possibilidades terapêuticas não-cirúrgicas.

A irresignação da agravante fundamenta-se na ausência de previsão contratual para a cobertura do procedimento cirúrgico deferido em tutela antecipada, bem como no cumprimento da instrução normativa n. 25/2010, da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

O contrato em voga, intitulado "Contrato de Assistência à Saúde Uniflex Nacional Coletivo Empresarial" repousa às fls. 70-86, com termos aditivos acostados às fls. 109-125.

Ocorre que a cláusula contratual de n. 2, item 1 estabelece as condições para cobertura, dispondo que:

> 1. Assistência a saúde, com cobertura médico-hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, realizados exclusivamente no Brasil, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas e resoluções da ANS (fl. 71).

Gize-se, entretanto, que a doença que acometeu o agravado está devidamente listada na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, comumente chamada de CID, constando do Capítulo reservado aos transtornos mentais e do comportamento, sob o CID F95.2, descrito como tiques vocais e motores múltiplos combinados (doença de Gilles de la Tourette), conforme disponibilização no *site* <http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/cid10.htm>.

Ademais, as hipóteses de doenças excluídas pela cobertura estão delimitadas na cláusula 5ª, do anexo ao termo aditivo n. 1, acostado às fls. 109-121, sendo que não se exclui expressamente a patologia em comento.

Assim, não há como afirmar, em sede de cognição sumária, que o contrato celebrado não garante o custeio da cirurgia prescrita, uma vez que não existe exclusão expressa do procedimento.

Apesar de a agravante trazer à baila a Instrução Normativa n. 25/2010 para embasar a restrição de cobertura, não se pode perder de vista a necessária submissão dos planos de saúde ao regramento do Código de Defesa do Consumidor, consoante preceitua a Súmula n. 469 do Superior Tribunal de Justiça.

Além disso, o art. 47 do Código de Defesa do Consumidor apregoa que "As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor", o que corrobora com a manutenção da decisão agravada.

Nesse sentido, extrai-se deste Corte:

> PROCESSUAL CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. EXAME MÉDICO DE CINEANGIOCORONARIOGRAFIA COM ULTRASSOM E ULTRASSONOGRAFIA INTRACORONÁRIA NEGADOS. INCIDÊNCIA DAS NORMAS CONSUMERISTAS. INEXISTÊNCIA DE CLÁUSULA EXCLUDENTE OU RESTRITIVA DO EXAME. DEVER DE COBERTURA CARACTERIZADO. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL PARA O CONSUMIDOR. EXEGESE DO ART. 47 DO CDC. CUSTEIO DEVIDO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> O contrato de prestação de serviços médico-hospitalares submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e, por conta disso, eventual dúvida na interpretação de cláusula contratual resolve-se a favor do beneficiário do plano de saúde.
>
> É injustificável a recusa da prestadora de serviço médico-hospitalar de custear os exames médicos de cineangiocoronariografia com ultrassom e ultrassonografia intracoronária, prescritos por médico competente, mormente quando não há, no contrato, exclusão explícita da cobertura.
>
> Para a configuração da lide temerária do artigo 17 do Código de Processo Civil, é necessária a presença concomitante dos elementos objetivo e subjetivo: o primeiro deles insere-se no dano processual e requer a comprovação do prejuízo efetivo causado à parte contrária com a conduta injurídica do litigante de má-fé; o segundo consubstancia-se no dolo ou culpa grave da parte maliciosa, cuja prova deve ser produzida nos autos, não podendo ser aquilatada com base na presunção (Apelação Cível n. 2005.032811-6, da Capital, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 10-7-2009).

E mais:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. SEGURADA PORTADORA DE CERATOCONE GRAVE NOS DOIS OLHOS. NECESSIDADE DE CIRURGIA OFTALMOLÓGICA (IMPLANTE DE ANEL DE FERRARA E *CROSSLINKING*). NEGATIVA DE COBERTURA. DECISÃO

> *A QUO* QUE DEFERIU A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA A REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO ALMEJADO. REQUISITOS ENSEJADORES DA MEDIDA PRESENTES. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 273, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA DE EXCLUSÃO EXPRESSA DE COBERTURA. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. EXEGESE DO ARTIGO 47, DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. ALEGAÇÃO DE IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA. PREVALÊNCIA DO DIREITO À SAÚDE SOBRE O PATRIMÔNIO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. COBERTURA DEVIDA. DECISÃO MANTIDA. INSTRUMENTO DESPROVIDO (Agravo de Instrumento n. 2012.004820-3, de Chapecó, rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior, j. 19-7-2012).

Não diverge o entendimento adotado por esta Câmara:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, C/C PRECEITO COMINATÓRIO E PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. LIMINAR CONCEDIDA NO SENTIDO DE AUTORIZAR A REALIZAÇÃO DE CIRURGIA INTRAUTERINA, DESTINADA AO TRATAMENTO DE NASCITURO. PRESENÇA DOS ELEMENTOS ENSEJADORES DA MEDIDA. CONTRATO QUE NÃO EXCLUI EXPRESSAMENTE O TRATAMENTO ALMEJADO PELA GESTANTE SEGURADA. APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA E DA INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. INTELIGÊNCIA DO ART. 47 DO CDC. PROCEDIMENTO, ADEMAIS, REALIZADO EM HOSPITAL FILIADO À COOPERATIVA DEMANDADA. DIAGNÓSTICO INICIAL ELABORADO POR PROFISSIONAL TAMBÉM A ELA VINCULADO. *FUMUS BONI JURIS* EVIDENCIADO. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA AMPLAMENTE CARACTERIZADA. CONTEXTO FÁTICO E PROBATÓRIO QUE AUTORIZAVA A ADOÇÃO DE MEDIDA MENOS GRAVOSA PARA AS PARTES, COM A SOBREPOSIÇÃO DOS BENS JURÍDICOS SAÚDE E VIDA SOBRE INTERESSE MERAMENTE ECONÔMICO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (Agravo de

> Instrumento n. 2011.089901-6, de Joinville, rel. Des. Ronei Danielli, j. 15-3-2012).

Nessa toada, comprovada a existência do contrato de plano de saúde e não identificadas cláusulas de exclusão da cobertura solicitada, torna-se possível a determinação do custeio do procedimento cirúrgico pela agravante.

No que tange ao pedido de oferecimento de caução do valor a ser coberto, pelo agravado, novamente não assiste razão à recorrente.

Não se faz razoável a exigência de caução, pois não se demonstrou o risco da irreversibilidade da medida. Por outro lado, a caução não deve servir de empecilho ao procedimento, cujos indícios levam a crer estar coberto pelo plano de saúde contratado, servindo a medida acautelatória, apenas, como faculdade a ser determinada pelo magistrado.

Não fosse o bastante, é reiterado o entendimento desta Corte no sentido de que na existência de um confronto entre a saúde e o patrimônio, aquela deve prevalecer.

Nesses termos, colhe-se:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANOS DE SAÚDE E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CONDENATÓRIA. RESSARCIMENTO DE VALOR DE MARCAPASSO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONDICIONADA À CAUÇÃO. - RECURSO DO AUTOR/SEGURADO. ALTA VEROSSIMILHANÇA DA ALEGADA COBERTURA DOS EQUIPAMENTOS. SEGURADO IDOSO. RISCO DE MORTE SÚBITA. ALEGADAS DIFICULDADES FINANCEIRAS. CAUÇÃO INEXIGÍVEL. - DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO.
>
> - Desarrazoada a imposição de caução ao deferimento da tutela antecipada, destinada ao ressarcimento de custos com marcapasso, quando, embora não haja elementos concretos acerca das ditas dificuldades financeiras, é altamente verossímil a cobertura securitária, bem como são presumíveis os empecilhos da exigência

ao paciente, idoso (oitenta e dois anos) e com risco de morte súbita (Agravo de Instrumento n. 2010.076739-0, da Capital, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 7-7-2011).

E mais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA PARA COLOCAÇÃO DE PRÓTESE. NEGATIVA DE COBERTURA ESCUDADA EM DISPOSIÇÃO CONTRATUAL, BEM COMO NA INEFICÁCIA E INSEGURANÇA DO PROCEDIMENTO. APARENTE NULIDADE DA CLÁUSULA RESTRITIVA, PORQUE ABUSIVA. OBSERVÂNCIA DAS NORMAS CONSUMERISTAS E DA LEI 9.656/98. TRATAMENTO MÉDICO QUE, *PRIMA FACIE*, REVELA-SE ADEQUADO. VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO DEMONSTRADA.

A cláusula inserta em plano de saúde que restringe genericamente a colocação de próteses coloca o consumidor em desvantagem exagerada, porque restringe direito fundamental inerente à natureza do contrato, considerando-se nula de pleno direito (art. 51, IV e §1º, II, do CDC).

Não fosse isto suficiente, a Lei 9.656/98, ao instituir o plano-referência de assistência à saúde de observância obrigatória pelas operadoras, apenas excetua da cobertura por elas oferecida, no que tange ao fornecimento de próteses, aquelas que não forem ligadas ao ato cirúrgico (art. 10, VII), situação esta sequer argüida nas razões insurgenciais.

LOMBALGIA. FORTES DORES E IMOBILIDADE SANÁVEIS POR INTERMÉDIO DO ATO CIRÚRGICO. *PERICULUM IN MORA* PRESENTE.

Sendo a cirurgia necessária para que a postulante retome a mobilidade na coluna e livre-se das fortes dores causadas pela lombalgia, indiscutível o *periculum in mora*.

IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA. RISCO NÃO DEMONSTRADO. PREVALÊNCIA, ADEMAIS, DO DIREITO À SAÚDE SOBRE EVENTUAL DIREITO PATRIMONIAL.

Não comprovada a impossibilidade financeira da agravada em arcar com os custos da operação, acaso vencida na demanda, não há que

se cogitar em risco de irreversibilidade da medida. Além disso, é de se ter em conta que, atento ao princípio da proporcionalidade, o direito à saúde deve, *in casu*, prevalecer sobre eventual direito patrimonial da agravante.

EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO. FACULDADE DO MAGISTRADO. PROVIDÊNCIA DISPENSÁVEL. RECURSO DESPROVIDO.

A exigência de caução, quando não decorrer expressamente da lei (caução legal), não consiste em providência obrigatória, mas sim em mera faculdade do julgador que, dentro do poder geral de cautela que lhe confere a lei processual, analisa a conveniência da medida acautelatória (Agravo de instrumento n. 2005.002511-7, de Navegantes, rela. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 13-12-2005).

Sobre o assunto, retira-se desta Câmara:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE AUTOMÓVEL. PERDA TOTAL DO VEÍCULO. PEDIDO DE DEPÓSITO INTEGRAL DO VALOR CONSTANTE NA APÓLICE EM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NEGADO PELA MAGISTRADA E TAMBÉM PELO RELATOR DA CÂMARA CIVIL ESPECIAL. POSTERIOR DEFERIMENTO ANTE O PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO COM OFERTA DE CAUÇÃO. PROCEDIMENTO QUE NÃO ENCONTRA AMPARO EM LEI PROCESSUAL.

Negada a antecipação de tutela no primeiro grau e em despacho inicial, pelo relator da Câmara Civil Especial, mostra-se surpreendente o deferimento do reclamo, em sede de reconsideração e com base na oferta de caução.

A antecipação de tutela se dá diante da existência de verossimilhança das afirmações e da prova inequívoca dos fatos. Se a recorrente oferece caução para obter a providência, em segundo grau, é porque a prova, à obviedade, não é inequívoca.

Ademais, o instituto de antecipação de tutela não contempla, em momento algum, que o requerente preste caução para obter o provimento de urgência (Agravo de Instrumento n. 2008.009866-9,de Balneário Piçarras, rel. Des. Jaime Luiz Vicari, j. 15-3-2011).

Dispensável, portanto, a providência assecuratória pretendida pela agravante.

Por último, não se desconhece a petição acostada pela recorrente às fls. 167-170, na qual se informou que o pleito para a cobertura de cirurgia foi realizado em procedimento cautelar. Com isso, ante o caráter satisfativo da medida antecipatória de tutela, informou a inadequação da via eleita.

Todavia, trata-se de aditamento das razões recursais no agravo de Instrumento, posto que difere das razões inicialmente expostas.

Com a interposição do recurso, ocorre a preclusão consumativa, motivo pelo qual o ato processual deve ser realizado de única vez. Assim, impossibilitada a protocolização em etapas, não se pode conhecer de qualquer aditamento feito a *posteriori*.

Nesta senda, transcreve-se o entendimento jurisprudencial que segue:

> [...] APELO DOS AUTORES - PRETENDIDA EMENDA AO RECLAMO INTERPOSTO - IMPOSSIBILIDADE - PRECLUSÃO CONSUMATIVA - HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA - APLICAÇÃO DO ARTIGO 21, *CAPUT,* DO CPC.
>
> *Protocolizado o recurso, ocorre o fenômeno da preclusão consumativa, pois o ato processual, embora complexo, é único e, portanto, não pode ser executado em etapas; inviável, portanto, qualquer aditamento a posteriori [...]* (Apelação Cível n. 2004.024667-6, de Tubarão, rel. Des. Jaime Luiz Vicari, j. 5-12-2008) (grifo nosso).

Ademais, do Tribunal de Justiça de São Paulo, retira-se, *mutatis mutandis*:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EMENDA ÀS RAZÕES DO RECURSO DE APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.
>
> 1. No caso vertente, após protocolar o recurso de apelação, em ação popular julgada extinta sem julgamento do mérito, o ora agravante apresentou razões em complemento à referida apelação,

> ao argumento de serem de suma importância para a análise, em Instância Superior, do recurso interposto.
>
> 2. Com a interposição do recurso cabível, opera-se a preclusão consumativa do direito de recorrer, sendo defeso a apresentação do aditamento das razões recursais inicialmente apresentadas.
>
> 3. Agravo de instrumento improvido (TJSP. Agravo de Instrumento 37285 SP 2006.03.00.037285-7, rela. Desa. Federal Consuelo Yoshida, j. 25-11-2010).

Ainda, do Tribunal de Justiça do Espírito Santo:

> AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADITAMENTO DAS RAZÕES RECURSAIS. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. MÉRITO. TRANSPORTE PÚBLICO DE PASSAGEIROS. ACIDENTE COM USUÁRIA DO SERVIÇO PÚBLICO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. COMPETÊNCIA DA VARA ESPECIALIZADA EM MATÉRIA DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ARGÜIÇÃO DE PRESCRIÇÃO. QUESTÃO AFETA AO JUÍZO COMPETENTE. RECURSO DESPROVIDO. INTENÇÃO PROTELATÓRIA. MULTA. 1. É inadmissível, após a interposição do recurso, acrescentar-lhe novas razões, mesmo dentro do prazo recursal, ante a ocorrência da preclusão consumativa. [...] (TJES. AGInt-AI 24089004741, rela. Desa. Catharina Maria Novaes Barcellos, DJES 23-4-2009).

Também:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1) LIMITAÇÃO AOS COMERCIANTES LOCAIS DE PARTICIPAÇÃO EM FEIRAS. INCOMPATIBILIDADE DA NORMA MUNICIPAL FRENTE AO ART. 170, IV, DA CF/88. EXIGÊNCIA DE CRITÉRIOS NORMATIVOS PREVIAMENTE DEFINIDOS. 2) ATO ADMINISTRATIVO QUE CANCELA AUTORIZAÇÃO DO BENEFICIÁRIO POR NÃO RESIDIR NA MUNICIPALIDADE. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. ILEGAL CERCEAMENTO À LIVRE CONCORRÊNCIA. 3) ADITAMENTO DAS RAZÕES EXORDIAIS DE AGRAVO. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. INOCORRÊNCIA DE FATO NOVO. RECURSO IMPROVIDO. [...] 3) *em se tratando de agravo de*

> *instrumento, não é possível aditar as razões recursais para acrescentar outros fundamentos, além daqueles trazidos quando da sua interposição. É a chamada preclusão consumativa, pela qual não é possível a juntada, em momento posterior, de peças faltantes no traslado do agravo, nem proceder o aditamento da inicial recursal.* O suposto não atendimento aos preceitos da norma municipal por serem industrializados os produtos comercializados pelo impetrante deveria ter sido aventado pelo agravante quando da interposição do agravo de instrumento, não sendo permitido, repita-se, a complementação das razões recursais em momento posterior para trazer a lume um novo fundamento, salvo tratando-se de fato novo, o que não sói ocorrer. Recurso improvido. (TJES. AI 59079000085, rel. Des. Rômulo Taddei; j. 8-1-2008) (grifo nosso).

Desse modo, não se conhece do petitório acostado às fls. 167-170.

Posta assim a questão e, tendo em vista o relatório médico de fl. 136, aliado à negativa da agravante em autorizar o procedimento cirúrgico, evidencia-se, ao menos para este juízo de admissibilidade, argumentos suficientes a indicar que a liminar deve ser deferida em exame de cognição sumária, a fim de se preservar a própria saúde do recorrido.

Portanto, é cabível a concessão da tutela antecipada para que a parte prejudicada tenha direito ao custeio do procedimento cirúrgico pelo plano de saúde, demonstrada a gravidade da doença que a atinge.

Diante do exposto, merece desprovimento o recurso, para manter a tutela antecipadamente concedida.

Este é o voto.

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2011.075967-1, de Campos Novos

Relator: Des. Ronei Danielli

CONTRATO DE RASTREAMENTO E MONITORAMENTO DE CAMINHÃO. ROUBO DO VEÍCULO. PLEITO DE RESPONSABILIZAÇÃO DA EMPRESA DE MONITORAMENTO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

APELAÇÃO. APLICAÇÃO DO CDC. RELAÇÃO DE CONSUMO CONFIGURADA. ROUBO DETECTADO PELO SISTEMA DE MONITORAMENTO. INÉRCIA DA EMPRESA RÉ. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONFIGURADA. CAMINHÃO NÃO RECUPERADO. DEVER DE INDENIZAR EVIDENCIADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. RESSARCIMENTO PROPORCIONAL À CHANCE PERDIDA DE RECUPERAÇÃO DO BEM. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

RECURSO ADESIVO. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS. PERDA DE OBJETO, DIANTE DO PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO PRINCIPAL E CONSEQUENTE REDISTRIBUIÇÃO DA SUCUMBÊNCIA.

RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO ADESIVO NÃO CONHECIDO.

Vale recordar que a responsabilidade pela perda de uma chance somente é utilizada porque a vítima está impossibilitada de provar o nexo causal entre a conduta do agente e a perda definitiva da vantagem esperada. Resta para a vítima, portanto, a reparação pela perda de uma chance, já que poderá provar o nexo causal entre a conduta do agente e as chances perdidas.

Desse modo, pode-se afirmar que a regra fundamental a ser obedecida em casos de responsabilidade pela perda de uma chance prescreve

que a reparação da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima.

É exatamente pela impossibilidade de reparar o dano final que doutrinadores e magistrados afirmam, com muita frequencia, que a reparação pela perda de uma chance não se presta a reparação integral do prejuízo. Consoante tal situação já se afirmou que 'isso não quer dizer que o dano pela perda de uma chance não esteja sujeito aos princípios da reparação integral; pelo contrário, a indenização concedida sempre repara de forma integral as chances perdidas, pois a perda de uma chance é um dano específico e independente em relação ao dano final, que era a vantagem esperada que foi definitivamente perdida'. (SILVA, Rafael Peteffi da. Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007, pp.137/138).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.075967-1, da comarca de Campos Novos (1ª Vara Cível), em que é apte/rdoad Transportes Maicás Ltda, e apdo/rtead Raster Rastreamento Ltda:

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por maioria, conhecer e dar parcial provimento ao apelo da autora, prejudicado o recurso adesivo da ré. Vencido o Exmo. Des. Jaime Luiz Vicari que negava provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jaime Luiz Vicari, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Stanley da Silva Braga.

Florianópolis, 13 de dezembro de 2012.

Ronei Danielli
RELATOR

RELATÓRIO

Transportes Maicás Ltda. promoveu, perante o juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Campos Novos, ação indenizatória em face de Raster Rastreamento Ltda.

A sentença julgou improcedente o pedido, condenando o autor a arcar com as custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Irresignado, o autor apelou, sustentando, em síntese, que: a) aplica-se no caso em tela o Código de Defesa do Consumidor; b) a apelada não cumpriu os serviços contratados, quais sejam: bloquear o veículo monitorado, avisar a apelante do sinistro e comunicar a polícia; c) o caminhão roubado rodou por quase 02 horas antes do sistema de proteção ser desarmado, podendo o bloqueio ter sido ativado pela recorrida, que não o fez por negligência; d) a relação entre as partes é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, devendo a apelada responder pelos danos causados, independentemente da existência de culpa.

De outro lado, recorre adesivamente a empresa demandada, pugnando pela majoração da verba honorária arbitrada, tendo-se em conta os dispositivos específicos do Código de Processo Civil, notadamente o artigo 20, § 4º, do citado Diploma Legal.

Apresentadas contrarrazões, os autos ascenderam à esta Corte Estadual de Justiça.

Esse é o relatório.

VOTO

Compulsando os autos, verifica-se que a autora contratou com a ré o serviço de cadastro, pesquisa e monitoramento de sua frota de caminhões (fls. 31/36). No dia 30.03.2009, um dos caminhões da autora, um Volvo

Modelo FH12 380 4X2T, placa MFG 2912, parou para pernoitar, às 23h:33 em Louveira – SP, informando à central de monitoramento sua senha e a informação de que daria continuidade à viagem às 05 h:00 do dia seguinte.

Entretanto, conforme se extrai do boletim de ocorrência (fls. 38/41) e do depoimento do motorista do caminhão (fls. 183/184), próximo às 02 horas da manhã, a janela do caminhão foi estourada por assaltantes armados e o motorista foi dominado; os criminosos mexeram no painel por 15 minutos, conseguindo desbloquear o caminhão para fazê-lo dar a partida. Com o veículo em movimento, viajaram na velocidade limite até desativarem os sistemas de controle de velocidade e de rastreamento, quando então o motorista foi abandonado, amarrado e vendado, na beira da estrada.

Dessa forma, atribuiu a ocorrência do prejuízo à negligência da empresa ré, que não procedeu ao bloqueio do veículo quando percebeu que o mesmo começou a se locomover antes do horário previsto, além de não ter contatado as autoridades, pleiteando, por conseguinte, danos materiais equivalentes ao valor do caminhão e lucros cessantes pelo que deixou de auferir com a utilização do veículo roubado.

1. Do recurso principal

1.1. Aplicação do CDC

Registre-se, inicialmente, a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

Embora controversa a pertinência do caso em exame à legislação consumerista, tem-se que, pela teoria finalista aprofundada, pode ser equiparada ao conceito de consumidor, pessoa jurídica definida como hipossuficiente (ainda que meramente do ponto de vista técnico) frente à fornecedora dos bens ou serviços necessários à sua atividade fim:

> Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de *expertise* ou com uma utilização mista, *principalmente na área dos serviços; provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente.* (MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 593). (sem grifo no original)

Segundo esse raciocínio, a caracterização da relação de consumo pauta-se a partir da noção de vulnerabilidade do adquirente e a circunstância do bem ou serviço, mostrando-se imprescindível apenas, que o consumidor não adquira o produto com objetivo de revenda. Sendo assim, não configura óbice à aplicação do Código de Defesa do Consumidor a aquisição pela empresa dos produtos necessários à sua atividade profissional, notadamente quando evidenciada sua vulnerabilidade econômica, técnica ou mesmo fática.

Sobre a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações negociais entre duas pessoas jurídicas, esse Egrégio Tribunal assim entendeu no Agravo de Instrumento n. 2007.042169-0, de Blumenau, relatora Desembargadora Denise Volpato, Primeira Câmara de Direito Civil, DJe de 02.03.2010:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PEDIDO LIMINAR. DECISÃO AGRAVADA QUE DEFERIU A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR EM RAZÃO DA VULNERABILIDADE ECONÔMICA E TÉCNICA DA EMPRESA AGRAVADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.
>
> "No que tange à definição de consumidor, a Segunda Seção desta Corte, ao julgar, aos 10.11.2004, o REsp nº 541.867/BA, perfilhou-se à orientação doutrinária finalista ou subjetiva, de sorte que, de regra, o consumidor intermediário, por adquirir produto ou usufruir

> de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo, não se enquadra na definição constante no art. 2º do CDC. Denota-se, todavia, certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente, a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que demonstrada, in concreto, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica." (RESP 660.026/RJ, Relator: Min. Jorge Scartezzini, julgado em 02/05/2005).

No mesmo sentido, segue o precedente deste relator e desta Câmara, consubstanciado na Apelação Cível n. 2010.026731-9, de Imbituba, DJe de 30.06.2011:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ÀS RELAÇÕES NEGOCIAIS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS. EVIDENCIADA A HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA E TÉCNICA. REMESSA DOS DOCUMENTOS NECESSÁRIOS PARA BAIXA DE PROTESTOS CERCA DE SETE MESES APÓS O PAGAMENTO, EFETUADO ATRAVÉS DE DEPÓSITO BANCÁRIO, CONFORME ORIENTAÇÃO DA CREDORA. DANO MORAL CARACTERIZADO PELO DESCASO DA EMPRESA FORNECEDORA. VALOR ARBITRADO EM R$ 5.000,00. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Percebe-se, no caso em análise, que a aquisição dos serviços de monitoramento e rastreamento pela parte autora, em que pese tenha se dado para incrementar sua atividade profissional – empresa do ramo de transporte de cargas - , não descaracteriza relação de consumo, considerando-se a adquirente como destinatária final do produto, porquanto não se presta o serviço contratado à revenda, tampouco representa a atividade fim da pessoa jurídica consumidora.

Há, de outro lado, evidente vulnerabilidade técnica da contratante, uma vez que o serviço adquirido constitui-se do uso da mais alta tecnologia disponível no mercado, sendo extremamente improvável o conhecimento

aprofundado dos meandros e mecanismos pelos quais se possibilita o pleno funcionamento dos serviços postos à disposição dos consumidores, tornando-se simplesmente crível a convicção na infalibilidade do processo de rastreamento e localização dos automóveis sujeitos à cobertura contratual.

Tal circunstância, delimita a hipossuficência técnica, responsável pela aplicação da legislação consumerista ao caso em debate, tendo em vista a especialidade dos serviços contratados e a crença incutida, inclusive pela propaganda da empresa prestadora do serviço, do uso da tecnologia de ponta para a minimização dos riscos da atividade de transporte de cargas.

Lê-se da página principal do sítio da empresa fornecedora, as seguintes premissas (ou promessas) acerca da utilização de seus serviços:

> Nascemos e nos profissionalizamos dia-a-dia para sermos uma eficiente gerenciadora de riscos; Com o tempo percebemos que muitas transportadoras e indústrias precisam da "dose" certa de segurança pois o item "custos x benefícios" é determinante para o sucesso das operações do cliente;
>
> Pensando neste contexto a RASTER criou um sistema de rastreamento e logística, denominado RASTERNET que visa adequar a dose correta de segurança que o cliente precisa e, ao mesmo tempo que gere uma expectativa de redução de custos e aumento dos benefícios a curto prazo de tempo;
>
> [...]
>
> Não bastasse o alto índice de recuperação de cargas, poucos sinistros/roubos, e a apreensão de inúmeras quadrilhas , o grande sucesso da RASTER está na simplicidade de fazer o certo ;
>
> [...]
>
> A principal vantagem é de ter um excelente serviço com o menor custo e fazendo uso do software RASTERLOG (moderno sistema de gestão logística em tempo real) o cliente ganha dinheiro por otimizar sua gestão de frotas;
>
> [...]

> Mediante essa preocupação, a RASTER desenvolveu um poderoso software de gerenciamento de risco, denominado RASTERNET, o qual elimina em aproximadamente 98% as possibilidades de falhas humanas;
>
> Desenvolvido minuciosamente por mestres e doutores em tecnologia da informação. o RASTERNET garante ao cliente um serviço com elevado padrão de qualidade e de vasta confiabilidade. (http://www.rastergr.com.br/?id=diferenciais, capturado em 20.11.2012)

Assim, verifica-se que a contratação desse tipo de serviço tornou-se indispensável para o desenvolvimento da atividade fim de transportadoras de carga em geral, na medida em que a violência e a criminalidade ameaçam inviabilizar ou tornar excessivamente oneroso o desempenho desse mister.

Por esses exatos fundamentos a promessa de gerenciamento dos riscos da atividade fim da contratante é tão sedutora, motivando o dispêndio com o monitoramento e rastreamento dos caminhões e cargas transportadas.

Tem-se, por conseguinte, que, no caso em tela, a empresa apelante pode e deve ser enquadrada como destinatária final do serviço de rastreamento oferecido pela ré.

1.2. Mérito recursal

Sustenta a recorrente tratar-se de hipótese de relação de consumo, remetendo a discussão à responsabilidade objetiva da empresa prestadora do serviço, razão pela qual sua obrigação ressarcitória independe de culpa, sendo suficiente a ocorrência do dano e a existência de nexo de causalidade entre a atuação e o prejuízo sofrido.

Conforme o contrato firmado entre as partes, cabia à contratada/apelada as obrigações de: (1) manter central de operações 24 horas ativa durante todo o ano, para pronto atendimento; e (2) acionar órgãos policiais, seguradora, contratante e demais órgãos competentes em caso de sinistros, difundindo os pedidos de auxílio do motorista em risco (fl. 33).

Extrai-se dos autos que no horário de 01h58min da madrugada de 31.03.2009, o sistema registrou que o caminhão voltou a se movimentar (fl. 37), ainda que o motorista tivesse programado, com a central de monitoramento, a continuação da viagem apenas às 05h daquele dia. Ocorre que, a despeito de ter sido detectada a movimentação não programada do caminhão, apenas às 03 h32min o sistema automaticamente requereu a informação de senha para evitar seu bloqueio, e somente às 03h45min ocorreu a tentativa automática (mas inexitosa) de bloqueio do caminhão, quando o veículo já se encontrava em Jundiaí – SP.

Além disso, conforme o boletim de ocorrência, a comunicação do roubo à polícia foi feita pelo próprio caminhoneiro às 05h20min do dia 31.03.2009, mais de 03 (três) horas após o sistema de monitoramento denunciar o sinistro (fls. 38/41).

Lembra-se, em tempo, que os encargos contratuais da ré não se restringiam a fornecer o serviço de monitoramento do veículo, mas englobavam, também, a obrigação de tomar todas as providências possíveis para viabilizar a recuperação do veículo furtado, através de monitoramento/rastreamento 24 horas por dia, 365 dias por ano (cláusula terceira, fl. 33), comunicação ao contratante, à seguradora e às autoridades, além de proceder ao bloqueio do veículo.

No entanto, vislumbra-se que a empresa negligenciou essas outras condutas, sendo a postura desidiosa da contratada evidenciada pelo fato de ter se resumido sua única providência a uma tentativa frustrada de bloqueio do veículo roubado, exatas 02 (duas) horas após o evento danoso.

O próprio funcionário da demandada, um dos operadores da empresa ré, declarou que não estava trabalhando no momento dos fatos narrados, todavia prestou esclarecimentos de como a empresa agiu no momento do sinistro (fls. 185/186), revelando indício de que não havia nenhum funcionário responsável pelo monitoramento na oportunidade dos fatos.

De acordo com o disposto no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilização do prestador de serviço acontece sempre que decorra prejuízo ao consumidor, seja pela falha em sua prestação, seja pela deficiência nas informações fornecidas sobre a sua fruição e seus riscos, conforme se depreende da leitura:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
>
> § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:
>
> I - o modo de seu fornecimento;
>
> II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
>
> [...]

O prestador de serviço exime-se da obrigação de indenizar os prejuízos causados ao consumidor somente quando provar que prestou o serviço de forma adequada e segundo as previsões contratuais ou o dano é originado de conduta atribuível exclusivamente ao próprio consumidor ou terceiro:

> § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
>
> I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
>
> II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Sob o enfoque da legislação consumerista, não subsiste a sentença atacada, uma vez que não há prova convincente acerca da prestação adequada dos serviços contratados, tampouco de culpa exclusiva da empresa vítima pelo ato criminoso ou mesmo a comprovação de que a ação da quadrilha configura hipótese de força maior, capaz de elidir as

obrigações contratuais da demandada. Pelo contrário, as atuações de grupos criminosos, notadamente no roubo de caminhões e cargas, representam a razão de existir da empresa ré, sendo, no mínimo, contraditório que ao se deparar com ação de quadrilha especializada possa defender-se sob o pálio da imprevisibilidade ou irresistibilidade da conduta implementada.

Em resumo, deve-se afastar essa linha de argumentação, sobretudo porque, se tal pessoa jurídica se estabelece e cresce no mercado, motivando seus contratantes a investirem na *segurança* e *gerenciamento dos riscos de sua atividade*, retirando desse *slogan* os bônus de seu empreendimento, nada mais natural do que arcar com os ônus da mesma atividade lucrativa, dos quais se destaca o preparo para o enfrentamento de situações como a relatada nos autos.

Nesse sentido colacionam-se os precedentes desta Corte:

> 1) PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO. INCIDÊNCIA DO CDC. FURTO NO ESTABELECIMENTO DA CONTRATANTE. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL DA RÉ. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO. Sob o prisma da legislação consumerista, não havendo prova de que o serviço de segurança, por monitoramento, foi adequadamente prestado pela empresa ré, dando margem a furto no estabelecimento da contratante, impõe-se reconhecer o descumprimento contratual por parte da ré para condená-la a reparar os danos decorrentes do evento. (TJSC, Apelação Cível n. 2009.075021-2, de Criciúma, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben , j. 12-07-2012)
>
> 2) APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO 24 HORAS - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - FURTO NO ESTABELECIMENTO VIGIADO - SISTEMA DE ALARME INOPERANTE - NEGLIGÊNCIA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO -

> RESPONSABILIDADE OBJETIVA - NÃO CONFIGURAÇÃO DE QUAISQUER EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE - DEVER DE INDENIZAR - ART. 6º, VI, CDC. Recurso desprovido. (TJSC, Apelação Cível n. 2010.003117-8, de Chapecó, rel. Des. Guilherme Nunes Born , j. 26-07-2011)

De outro vértice, abandonadas as premissas consumeristas e concentradas as argumentações na responsabilidade civil contratual, o resultado não seria diferente.

Explica-se.

Do ponto de vista da responsabilidade civil contratual, a natureza dos serviços prestados pela apelada deixa claro que o monitoramento é atividade de meio, e não de resultado. Acerca da matéria, preleciona Silvio de Salvo Venosa:

> Na primeira modalidade, obrigação de resultado, o que importa é a aferição se o resultado colimado foi alcançado. Só assim a obrigação será tida como cumprida. Na segunda hipótese, obrigação de meio, deve ser aferido se o devedor empregou boa diligência no cumprimento da obrigação. [...]
>
> Nas obrigações de meio, por outro lado, o descumprimento deve ser examinado na *conduta* do devedor, de modo que a culpa não pode ser presumida, incumbindo ao credor prová-la cabalmente. (*in* Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, Editora Atlas, 2006, p. 59 e 60).

Sob essa perspectiva, forçoso concluir que a demandada não cumpriu com todas as obrigações contratualmente assumidas e remuneradas, negligenciando sobremaneira as suas responsabilidades ao demorar a despender seu conhecimento, meios e técnicas para o rastreamento do veículo ou mesmo na comunicação às autoridades policiais ou à contratante para as providências de recuperação do bem subtraído (parte indissociável de sua dita "obrigação de meio").

Ainda que o contrato entabulado entre as partes preveja que "*[...] a Contratada não terá qualquer responsabilidade civil em decorrência de atos de terceiros, que não sejam seus empregados ou prepostos*" (fl. 33), pode-se afirmar não ser o caso dos autos, pois houve efetiva falha na prestação do serviço ou conduta negligente dos prepostos da demandada, evidenciada pela inexecução da obrigação de fornecer monitoramento 24h e alertar às autoridades o quanto antes, atitude que privou a outra parte da oportunidade de recuperar o bem.

Configurados, pois, a inexecução contratual pelo descumprimento da obrigação de meio assumida no pacto e o dano patrimonial suportado pela demandante.

Todavia, resta em aberto a questão do nexo de causalidade entre o prejuízo total verificado e a conduta da empresa demandada.

Note-se que, como dito anteriormente, a obrigação contratualmente assumida era de meio, e não de fim; ou seja, não havia garantia assumida no sentido de evitar o furto ou roubo do caminhão ou da mercadoria, bem como inexistia a garantia de sua devolução.

Nesse sentido, poder-se-ia afirmar a ausência de nexo de causalidade a ligar, inexoravelmente, o evento do roubo, e os prejuízos dele decorrentes, com a conduta da prestadora do serviço de monitoramento.

Possível cogitar-se, ainda, da ocorrência do roubo e da não recuperação do veículo, não obstante o emprego de conduta diligente da contratada.

Entretanto, inegável que havendo a falha na prestação de serviço tão vital para a garantia da segurança e minimização dos riscos da atividade da empresa contratante, como de fato ocorrido na espécie, resta caracterizado o mínimo exigido em termos de nexo causal entre a negligência da

empresa e a perda concreta da chance de reaver o bem objeto do serviço de monitoramento e rastreamento.

O estudo do caso remete, então, à *teoria da perda de uma chance.*

Segundo doutrina de Fernando Noronha, ao lado da clássica concepção de perda da chance de obtenção de uma vantagem futura, equipara-se a tese da perda de uma chance de evitar um dano presente, hipótese que se amolda perfeitamente aos contornos da presente demanda:

> Similarmente ao que acontece com relação à perda de uma chance de realizar um benefício em expectativa ou de evitar um prejuízo futuro, também agora, para que se possa falar em perda da chance de ter evitado um prejuízo que efetivamente se verificou (e por isso é dano presente), é imprescindível que já estivesse em curso o processo que levou ao dano e que houvesse possibilidades de ele ser interrompido por uma certa atuação, que fosse exigível do indigitado responsável, mesmo que não seja possível garantir que com tal atuação o dano teria sido evitado. (Direito das Obrigações. V.1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 676)

Nos precisos termos da transcrição doutrinária, enquadra-se a hipótese em comento, consistindo em obrigação contratualmente assumida não a recuperação do veículo, mas a mobilização de todos os esforços e tecnologia disponíveis na tentativa de interceptar ou, dito de outro modo, interromper o processo aleatório iniciado com a subtração do caminhão. Caso as providências ajustadas entre as partes tivessem sido tomada a contento, ainda que o furto não restasse evitado, as chances de recuperação do veículo seriam significativas, conforme as peculiaridades fáticas do caso.

Relembra-se que o evento danoso tomou lugar em uma rodovia estadual (Rodovia Bandeirantes/SP), próximo a cidade de Jundiaí, notadamente em distrito industrial do referido município, tornando grandes as probabilidades de recuperação do bem, caso a comunicação às autoridades policiais seguissem os protocolos de segurança e celeridade propostos pela própria empresa de monitoramento e rastreamento. Ao não

obedecer a esses primados, falhando gravemente na prestação do serviço a que se propôs, a demandada comprometeu as chances da contratante de evitar o prejuízo ao final constatado.

A despeito da impossibilidade de estabelecer-se um processo determinista de causa e efeito diante da álea, própria da circunstância em apreço, e de antemão assumindo-se a ignorância acerca do desfecho final caso a postura da demandada tivesse sido adequada, pode-se, sem sombra de dúvida, relacionar a conduta antijurídica da empresa de monitoramento e a perda definitiva da chance de evitar a lesão suportada.

Embora nesta Corte de Justiça o tema apresente-se inexplorado, a tese da perda de uma chance, há muito, provoca debates no Superior Tribunal de Justiça.

Cita-se, a título de exemplo os seguintes julgados, nos quais a teoria foi utilizada para o embasamento de dano material ou moral:

> 1) EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. OMISSÃO. E CONTRADIÇÃO. EXISTÊNCIA. SORTEIO. PROMOÇÃO PUBLICITÁRIA. VIOLAÇÃO DE DEVER CONTRATUAL. PERDA DE UMA CHANCE.
>
> 1. A recorrente recebeu bilhete para participar de sorteio em razão de compras efetuadas em hipermercado. Neste constava "você concorre a 900 vales-compras de R$ 100,00 e a 30 casas." Foi sorteada e, ao comparecer para receber o prêmio, obteve apenas um vale-compras, tomando, então, conhecimento de que, segundo o regulamento, as casas seriam sorteadas àqueles que tivessem sido premiados com os vale-compras. Este segundo sorteio, todavia, já tinha ocorrido, sem a sua participação. As trinta casas já haviam sido sorteadas entre os demais participantes.
>
> 2. Violação do dever contratual, previsto no regulamento, de comunicação à autora de que fora uma das contempladas no primeiro sorteio e de que receberia um segundo bilhete, com novo número, para concorrer às casas em novo sorteio. Fato incontroverso, reconhecido pelo acórdão recorrido, de que a falta de comunicação

a cargo dos recorridos a impediu de participar do segundo sorteio e, portanto, de concorrer, efetivamente, a uma das trinta casas.

3. A circunstância de a participação no sorteio não ter sido diretamente remunerada pelos consumidores, sendo contrapartida à aquisição de produtos no hipermercado, não exime os promotores do evento do dever de cumprir o regulamento da promoção, ao qual se vincularam.

4. Dano material que, na espécie, não corresponde ao valor de uma das trinta casas sorteadas, mas à perda da chance, no caso, de 30 chances, em 900, de obter o bem da vida almejado.

[...]

6. Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos. (EDcl no AgRg no Ag 1196957/DF, relatora Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 18.04.2012)

2) RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE.

1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.

2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (REsp 788.459/BA, relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, DJe de 13.03.2006);

3) PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO.

> - A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato.
>
> - Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frusta as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de "uma simples esperança subjetiva", nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance.
>
> - A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais.
>
> [..] (REsp 1.079.185/MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 04.08.2009);

Nada mais se requer para o nascimento da obrigação indenizatória pela perda de uma chance. A questão de maior complexidade traduz-se na quantificação da indenização devida. Para alguns deve ser calculada com base no valor integral do dano ao final observado, enquanto para outros deve corresponder às probabilidades da conquista do benefício esperado e perdido ou, no caso em questão, de recuperação do veículo roubado.

Lecionando sobre o tema, reflete Rafael Peteffi da Silva:

> Vale recordar que a responsabilidade pela perda de uma chance somente é utilizada porque a vítima está impossibilitada de provar o nexo causal entre a conduta do agente e a perda definitiva da vantagem esperada. [...] Resta para a vítima, portanto, a reparação pela perda de uma chance, já que poderá provar o nexo causal entre a conduta do agente e as chances perdidas.
>
> Desse modo, pode-se afirmar que a regra fundamental a ser obedecida em casos de responsabilidade pela perda de uma chance prescreve que a reparação da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima.

> [...]
>
> É exatamente pela impossibilidade de reparar o dano final que doutrinadores e magistrados afirmam, com muita frequencia, que a reparação pela perda de uma chance não se presta a reparação integral do prejuízo. Consoante tal situação já se afirmou que 'isso não quer dizer que o dano pela perda de uma chance não esteja sujeito aos princípios da reparação integral; pelo contrário, a indenização concedida sempre repara de forma integral as chances perdidas, pois a perda de uma chance é um dano específico e independente em relação ao dano final, que era a vantagem esperada que foi definitivamente perdida'. (Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007, pp.137/138).

Esclarece referido doutrinador que, mesmo aos que defendem a interdependência da perda de uma chance e o dano final, em uma espécie de aplicação de causalidade parcial, a indenização deverá ser precedida de cálculo voltado à perquirição da probabilidade com que cada conduta atuou na determinação do evento danoso, ou, segundo as palavras de Fernando Noronha, "*a reparação deve corresponder à percentagem das chances com que o fato do responsável contribuiu para o dano final: esse será o valor da chance subtraída ao lesado*". (*Op. Cit*, p. 684).

Ainda: "*A chance supostamente perdida pelo agravante deve apresentar-se real e séria, não podendo se tratar de meras conjecturas e/ou ilações*". (AgRg no REsp 1.22.0911/RS, relator Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe de 25.3.2011).

E:

"A adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o improvável do quase certo, bem como a probabilidade de perda de chance de lucro, para atribuir a tais fatos as consequências adequadas". (REsp 965.758/RS, Terceira Turma, relatora Min. Nancy Andrighi, DJe de 03.09.2008).

Como se vê, embora reconhecido o dano final – perda do caminhão, além dos lucros cessantes pela paralisação proporcional das atividades, somente se pode correlacionar (nexo de causalidade) a conduta do agente (empresa de monitoramento) à perda da chance de se recuperar o bem, após sua subtração. Sendo essa a circunstância posta, sob qualquer ângulo ou teoria adotada, a indenização merece ponderação, seja por representar dano autônomo e independente do dano patrimonial final (soma do valor de mercado do veículo e dos alegados lucros cessantes), seja porque, ainda que relacionado ao prejuízo total, a causalidade observada em relação a esse último é apenas parcial e nessa proporção deve ser ressarcida.

Diante de todas as perspectivas estudadas, tem-se que pela singularidade do caso em exame, a conduta da empresa demandada subtraiu chance concreta e considerável de recuperação do caminhão, devendo, portanto, responder por metade dos prejuízos efetivamente verificados.

Quanto à conclusão, apontando a indenização de metade dos prejuízos demonstrados, tem-se por juízo de ponderação e de probabilidade que a conduta culposa da empresa demandada responde tão somente por metade dos danos, pois ainda que cumpridas todas as suas obrigações contratuais, restaria a ação da polícia para a recuperação do bem. Considera-se, portanto, a álea com relação às duas ações sobrepostas – a da empresa ré e a da polícia.

Registre-se, por fim, em contraposição ao posicionamento vencido, não se vislumbrar, na espécie, julgamento *extra* ou *ultra petita*, na medida em que a *causa de pedir* revela o inconformismo com a conduta da empresa ré no que concerne ao cumprimento dos protocolos contratados para a hipótese da subtração do bem. Em nenhum momento se afirmou ou se pode inferir da causa de pedir que o autor imputasse responsabilidade à demandada pelo roubo do caminhão, ressentindo-se apenas da perda

da chance de recuperá-lo, tendo em vista a falha na prestação do serviço pactuado de rastreamento e monitoramento do veículo.

Ademais, o precedente citado no voto dissidente reconhece o julgamento *extra petita* porque o lesado deduziu pedido de dano material, quantificado e individualizado, ao passo que acórdão recorrido condenou o réu ao pagamento de danos morais.

Nesse rumo, mesmo que no caso em foco o pedido deduzido ao final possa não ter expressamente referido-se à perda da chance, toda a argumentação desenvolvida pela parte autora permeia a teoria.

O Superior Tribunal de Justiça, em diferentes precedentes, assentou sobre o tema:

1) Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1115942/RJ, relator Min. Vasco Della Giustina, Sexta Turma, DJe de 12.03.2012:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA ALTERAR A DECISÃO AGRAVADA. PEDIDO. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA DA INICIAL. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. INEXISTÊNCIA. PEDIDO IMPLÍCITO. NOMENCLATURA DA AÇÃO. IRRELEVÂNCIA.
>
> 1. A agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa do provimento ao agravo regimental.
>
> *2. O pedido emana de interpretação lógico-sistemática da petição inicial, não podendo ser restringido somente ao capítulo especial que contenha a denominação "dos pedidos".*
>
> 3. "Não ocorre julgamento extra ou ultra petita na hipótese em que o tribunal reconhece os pedidos implicitamente formulados na inicial."
>
> *4."Nome ou título da ação utilizado pelo autor, na inicial, não conduz nem tampouco condiciona a atividade jurisdicional, a qual está adstrita tão-somente à causa de pedir e ao pedido".* Precedentes.

> 5. Agravo regimental a que se nega seguimento. (sem grifo no original)

2)Agravo Regimental na Ação Rescisória n. 4190/RJ, relator p/ Acórdão Min. Sidnei Beneti, Segunda Seção, DJe de 25.10.2011:

> AÇÃO RESCISÓRIA. CABIMENTO. ACÓRDÃO RESCINDENDO QUE EFETIVAMENTE ENFRENTOU O MÉRITO. VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. NÃO OCORRÊNCIA. JULGAMENTO EXTRA PETITA NÃO CARACTERIZADO.
>
> I - O acórdão que enfrentou e rejeitou a alegação de julgamento extra petita trazida nas razões de recurso especial consubstancia decisão de mérito que desafia ação rescisória.
>
> II - Somente ocorre julgamento extra petita, quando constatada discrepância entre o decisum e o pedido, interpretado este em consonância com a causa de pedir.
>
> III - Quando coincidem a tutela estatal prestada, o pedido e a causa de pedir próxima, não há falar em ofensa ao princípio da correlação ou à literal disposição dos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil.
>
> IV- Agravo Regimental improvido.

Há, ainda:

> *O acolhimento de pedido extraído da interpretação lógico-sistemática de toda a argumentação desenvolvida na peça inicial, e não apenas do pleito formulado no fecho da petição, não implica julgamento extra petita.* (AgRg no Ag 1.351.484/RJ, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 26.3.2012).
>
> *Não se mostra 'extra petita' o julgado pelo simples fato de se afastar dos argumentos formulados pelos recorrentes, quando entrega exatamente o que foi pedido, fundando-se em questões ligadas à causa de pedir.* (Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1153723 /GO, relator Min. Paulo de Tarso Sanverino, Terceira Turma, DJe de 15.03.2012).

Consequentemente, o recurso deve ser parcialmente provido para acolher o dever de indenizar da empresa ré, na proporção de metade dos

prejuízos verificados, sob o auspício da teoria da perda de uma chance. Logo, condena-se a demandada ao pagamento de 120.372,50 (cento e vinte mil, trezentos e setenta e dois reais e cinquenta centavos), correspondente à metade do valor do caminhão, corrigidos monetariamente do evento danoso e com juros de mora a contar da citação, remetendo-se o cálculo da metade dos lucros cessantes à liquidação de sentença.

Diante da conclusão, necessária a redistribuição dos ônus sucumbenciais, que devem ser suportados na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada parte, porquanto houve o decaimento de metade da pretensão autoral.

Do mesmo modo, deve-se ajustar os honorários advocatícios dos procuradores dos litigantes, arbitrando-se em 10% sobre o valor da condenação ao advogado da empresa autora e, em contrapartida, em R$ 20.000,00 (vinte mil reais) a verba devida ao procurador da empresa ré.

2. Recurso adesivo

Em vista da reforma parcial do julgado e da consequente redistribuição dos ônus sucumbenciais e honorários advocatícios realizada de ofício, tem-se por prejudicado o recurso adesivo.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

Esse é o voto.

Declaração de voto vencido do Excelentíssimo Senhor Desembargador Jaime Luiz Vicari

Cuida-se de ação indenizatória por meio da qual empresa de transporte busca a reparação de dano sofrido em decorrência de falha da empresa ré na prestação do serviço de rastreamento e monitoramento de veículos.

Após o exame detido dos autos, concluí que o conjunto de provas não demonstra suficientemente o defeito na prestação do serviço, evidenciando, ao invés, o fato exclusivo de terceiros como causa determinante do evento danoso.

Não é possível dizer que houve defeito na prestação do serviço de monitoramento e rastreamento de veículo quando agentes criminosos, demonstrando destreza, logram violar o sistema e desativá-lo. O depoimento do motorista da empresa autora evidencia que os criminosos conheciam o sistema de proteção e sabiam como desarmá-lo. Ademais, explicita que eles foram muito bem sucedidos nesse intento, pois, caso contrário, sequer teriam conseguido dar a partida no caminhão. Oportuna a transcrição de parte da narrativa da testemunha (fls. 183-184):

> "(...) Naquele dia, eu parei o caminhão no posto para dormir. O caminhão era equipado com um dispositivo eletrônico, através do qual eu informava a empresa ré da parada do caminhão e também informava o horário que eu retornaria a viagem. Lembro que naquela noite, por volta das vinte e três horas e trinta e sete minutos, eu enviei a mensagem para a empresa ré avisando que eu estava parando o caminhão para dormir e que o reinício da viagem ocorreria no dia seguinte, às cinco da madrugada. Depois de avisar a empresa ré sobre minha parada, eu fui dormir. Por volta de uma hora da madrugada, os bandidos estouraram o vidro do caminhão e me dominaram. Três bandidos entraram no caminhão. Um deles ficou encarregado de me vigiar. O outro ingressou no banco do motorista. O terceiro entrou na cabine para cuidar do mecanismo eletrônico de rastreamento. Imediatamente eu avisei os bandidos que o caminhão estava bloqueado e que eles não conseguiriam sair dali. Escutei os bandidos mexendo no painel durante uns 15 minutos. Os bandidos diziam para eu ficar quieto porque eles sabiam o que estavam fazendo. Depois de uns quinze minutos os bandidos conseguiram dar partida no caminhão. Não sei como eles conseguiram desbloquear o caminhão. Eu fiquei dentro da cabine sob o domínio dos bandidos. Os bandidos me perguntaram se o caminhão tinha dispositivo controlador de velocidade. Eu respondi que positivamente, avisando aos bandidos que toda vez que o caminhão ultrapassava 90km/h

> a empresa ré recebia tal informação e mandava uma mensagem eletrônica determinando que eu diminuísse a velocidade. Ciente disso, os bandidos respeitaram o limite de 90 km/h durante algum tempo, até que o bandido que estava cuidando do computador disse para o outro para andar mais rápido, porque tinha desativado o sistema de controle de velocidade. Os bandidos então pararam o caminhão num outro posto de gasolina. Os bandidos ficaram uns quarenta minutos tentando desativar o sistema de rastreamento, até o momento que um dos bandidos disse que tinha conseguido isso. (...) Eu não sei dizer como os bandidos conseguiram desbloquear o caminhão. (...) Quando o caminhão está bloqueado, não é possível ligar o seu motor. (...) O equipamento do caminhão em questão sempre funcionou corretamente. (...)."

Segundo o art. 14, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, *"o serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais o modo de seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido"*.

Ora, não pode ser considerada legítima a expectativa do consumidor de que o serviço de rastreamento e monitoramento seja infalível e atinja seus fins mesmo quando o equipamento instalado no veículo é violado.

No quadro fático-probatório dos autos, portanto, entendo que não se configura a responsabilidade da empresa fornecedora do serviço, excluída pela causalidade determinada por fato exclusivo de terceiro (art. 14, §3º, inc. II, do CDC).

Para além disso, superada a questão da configuração do defeito na prestação do serviço, não deixo de registrar meu entendimento no sentido de que a aplicação da teoria da perda de uma chance, no caso, configura julgamento *extra petita.* No precedente Resp n.º 1.190.180/RS, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a nulidade de decisão que acolheu pretensão indenizatória deduzida contra advogado que perdeu prazo para contestar,

aplicando a teoria da perda de uma chance, causa de pedir não deduzida na inicial.

Por fim, alerto, ainda, para a existência de informação nos autos de que o veículo era segurado. E, assim sendo, é certo que a condenação da fornecedora do serviço ao pagamento de valor maior que a franquia eventualmente desembolsada pode configurar enriquecimento sem causa.

Assim, ousei divergir da Douta maioria e fiquei vencido, votando no sentido de desprover o recurso para confirmar a sentença de improcedência.

Florianópolis, 17 de dezembro de 2012.

Jaime Luiz Vicari
Desembargador

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2011.080322-8, de Criciúma

Relator: Des. Rodrigo Antônio

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FALÊNCIA. IMPUGNAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. CRÉDITOS CLASSIFICADOS COMO QUIROGRAFÁRIOS. INSURGÊNCIA VISANDO A RECLASSIFICAÇÃO COMO EXTRACONCURSAIS. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. CONVERSÃO DE CONCORDATA PREVENTIVA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. MERO PROCESSAMENTO. INEXISTÊNCIA DE DEFERIMENTO DESTA. QUEBRA PRECEDENTE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

O provimento judicial, determinando o processamento do pedido de recuperação judicial, lastrado nas normas ínsitas no art. 192, §§ 2º e 3º, da Lei 11.101/95, em se tratando de fruto de *summaria cognitio* constitui-se em mero despacho de expediente ou ordinatório, destinado a dar acesso à jurisdição, não guardando similitude com a Decisão concessiva do benefício postulado que, obrigatoriamente, deverá fundar-se em requisitos distintos a ser aferidos, inclusive, na fase deliberativa.

"*O despacho de processamento não se confunde também com a decisão concessiva da recuperação judicial. O pedido de tramitação*

> *é acolhido no despacho de processamento, em vista apenas de dois fatores – a legitimidade ativa da parte requerente e a instrução nos termos da lei. Ainda não está definido, porém, que a empresa do devedor é viável, e portanto, ele tem o direito ao benefício. Só a tramitação do processo, ao longo da fase deliberativa, fornecerá os elementos para a concessão da recuperação judicial*" (COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 153-154).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2011.080322-8, da comarca de Criciúma (1ª Vara da Fazenda), em que é agravante FAMCRED Factoring Mercantil de Crédito Ltda, e agravada De Lucca Revestimentos Cerâmicos Ltda.:

A Primeira Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer e negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. Ricardo Fontes, presidente com voto, e o Exmo. Sr. Des. Subst. Saul Steil.

Florianópolis, 22 de novembro de 2012.

Rodrigo Antônio
RELATOR

RELATÓRIO

FAMCRED FACTORING MERCANTIL DE CRÉDITO LTDA irresignada com o teor da Decisão que, em sede falimentar não reconheceu sua titularidade a créditos extraconcursais sendo enquadrados na classe de créditos quirografários manejou, a tempo e modo agravo de instrumento,

tendo por desiderato a desconstituição integral do provimento judicial vergastado, ao argumento de que fomentava a sociedade empresária falida, *De Lucca Revestimentos Cerâmicos Ltda* adquirindo a "*matéria-prima necessária a mantença de sua produção industrial, pois, somente continuando a produzir poderia alcançar recursos para fazer frente ao pagamento de seus credores*"(*sic*) situação esta que perdurou da concordata até o pedido de auto-falência.

Assim, por discordar com a concorrência com os demais credores, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, mantendo-se a classificação originária de seus créditos postulando, inclusive, a concessão de efeito suspensivo ao agravo que, em sede de delibação sumária restou indeferido vindo-me, só então os autos conclusos, após regular distribuição a este Órgão Fracionário sendo que, encaminhados os autos à Douta Procuradoria Geral de Justiça, manifestou-se a mesma, em Parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr Durval da Silva Amorim.

Este em breve escorço, o relatório.

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por credor colimando a reforma da Decisão que deixou de classificar seus créditos como extraconcursais, reclassificando-os como quirografários, ao argumento de que, "*inegável perceber que, de fato, ocorreu a partir do deferimento da convolação da concordata em recuperação judicial da empresa De Lucca, tendo a empresa Famcred, ora agravante, negociado com a empresa falida, devendo, nos termos do arts. 67 cc 84 da lei n. 11.101/05, merecendo seu crédito ser considerado de natureza extraconcursal*" (*sic*).

Rogando *venia* aos argumentos aduzidos à exaustão pela recorrente em seu reclamo, de percuciente análise aos elementos constantes dos autos verifica-se que, em data de 25/10/2004, ou seja, ainda sob a

égide do Decreto-Lei n. 7.661/45 restou deferido o processamento da concordata preventiva em favor da sociedade empresária DE LUCCA REVESTIMENTOS CERÂMICOS LTDA sendo que, precedendo o resgate da primeira parcela de suas obrigações, com o advento da Lei n. 11.101/2005 veio a então concordatária a postular, já em data de 18/10/2005, o processamento da recuperação judicial, com a consequente extinção da concordata em tramitação, o que restou deferido pelo Juízo *a quo* em data de 28/11/2005 que, na mesma ocasião assinou-lhe o prazo de 60 dias para apresentação do plano de recuperação tendo a mesma, contudo, antes mesmo de finda a dilação que lhe foi assinada formulado nos autos, já agora em data de 10/4/2006, pedido de autofalência, que mereceu deferido em data de 11/4/2006, às 16:30 horas, fixando-se o termo legal da falência em 90 (noventa) dias, ou seja, em 18/10/2005, provimento judicial este que restou irrecorrido.

Nada obstante a cronologia e a modalidade dos atos processuais praticados nos autos, ainda assim se insurge a agravante contra a Decisão objurgada que, a seu sentir, no tocante à reclassificação de seus créditos, não merece prevalecer, pois seriam eles oriundos dos períodos da concordata (art. 124, §1º, II, do Dec.-Lei n. 7661/45) e da recuperação judicial, devendo ser mantidos na classe dos extraconcursais, *ex vi* do art. 84, V, da Lei 11.101/05.

Proemialmente, no que concerne à pretensão deduzida pela agravante, no sentido venham a ser classificados seus créditos, durante o breve período da concordata como preferenciais estribando-se, para tanto, na norma ínsita no art. 124, § 1º, II, do Decreto-Lei n. 7.661/45, diante da redação por demais clara dada ao preceito legal em comento estabelecendo, sem deixar margem a dúvidas ou exegeses que "*Os encargos e dívidas da massa são pagos com preferência sobre todos os créditos admitidos à falência ressalvado o disposto no art. 125. § 1º São encargos da massa: [...] II - as quantias fornecidas à massa pelo síndico ou pelos credores*", em se tendo presente a

circunstância, por demais relevante, que durante o normal processamento da concordata preventiva não há falar-se em MASSA, pois atributo típico do Instituto da falência, aflora manifesta e injurídica, *concessa venia*, sua pretensão de emprestar exegese extensiva à preceito aplicável tão só ao Instituto da Falência, fazendo-o também alcançar o Instituto da concordata preventiva, com o fito exclusivo de erigir seus créditos à classe que os mesmos não ostentam havendo registrar-se ainda, para que não pairem dúvidas acerca da injuridicidade de tal pretensão que, se de um lado a norma insculpida no art. 192, § 3º, da Lei 11.101/05 reconheça que os créditos habilitados na concordata preventiva são inscritos na recuperação judicial pelo seu valor original, deduzidas as parcelas pagas pelo concordatário, nenhuma alusão, explícita ou implícita faz no tocante à classificação de tais créditos, o que deixa às escâncaras a intenção do legislador venha a ser aplicada à risca a Lei Específica vigente à qual, induvidosamente, deve se submeter o procedimento falimentar da sociedade empresária DE LUCCA REVESTIMENTOS CERÂMICOS LTDA motivos pelos quais, à míngua de suporte legal a lhe dar sustentação, rechaço a pretensão deduzida posto que, volto a repetir, em sede de concordata preventiva, mesmo venha a mesma a ser integralmente cumprida, o que jamais ocorreu no caso vertente, não há previsão legal acerca da classificação de créditos e, muito menos a pessoa jurídica denominada Massa, diversa da sociedade empresária e das ou da pessoa natural que a compõem.

Não se olvida absolutamente que, aos créditos originários do período de recuperação judicial aplicam-se, no tocante à sua classificação, os ditames estatuídos nos artigos 67 e 84, V, da Lei n. 11.101/2005.

> Entrementes, para que se acene como acena a agravante, com a propalada classe de seus créditos, insuficiente se apresenta, como pretende a mesma fazer crer, mero despacho ordinatório lançado pelo togado ao pedido de recuperação judicial, determinando o seu processamento, em obediência ao enunciado no art. 52 da Lei n.11.101/2005, preconizando que "*Estando em termos a documen-*

tação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial" erigindo-se, contudo, em *conditio sine qua non* ao reconhecimento da própria existência da recuperação judicial, Decisão interlocutória motivada, imposta pelo art. 58 do mesmo diploma legal estabelecendo que, "*Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.*", normas legais estas que deixam à calva e sem rebuço que, só há falar-se em "recuperação judicial" após vir a mesma a ser concedida pelo Juízo responsável por seu processamento. Até que tal venha a ocorrer, há mera expectativa de direito por parte de quem a postula o benefício legal.

No caso em apreço, tal qual já dito alhures, infere-se dos autos que a sociedade empresária DE LUCCA REVESTIMENTOS CERÂMICOS LTDA, já em concordata preventiva e, sem que houvesse inadimplido qualquer obrigação para com seus credores, com o advento da Lei n. 11.101/2005 postulou, em 18/10/2005, pleito visante à sua recuperação judicial, o que mereceu deferido em 28/10/2005 sendo-lhe assinado, na ocasião, o prazo de 60 dias para apresentação do plano de recuperação sendo que, precedendo o término da dilação assinada, a implementar-se no mês de maio de 2.006, ao argumento de que não mais poderia dar continuidade as suas atividades, diante do corte do fornecimento de gás requereu e teve deferida sua autofalência em 11/04/2006.

Ora, diante da situação fática encontradiça nos autos comprovando *quantum satis* que a agora falida DE LUCCA REVESTIMENTOS CERÂMICOS LTDA requereu e teve deferido o processamento de seu pedido de recuperação judicial e, além mais, se jamais teve concedida, por Decisão Judicial e muito menos iniciada a recuperação judicial pleiteada vindo, ao contrário, a requerer e ver deferida sua autofalência, *data maxima venia*, desborda ao teratológico a pretensão formulada pela agravante em graciosamente, emprestar aos seus créditos junto à falida, a qualidade de créditos extraconcursais que, tal qual já acentuado não ostentam e jamais ostentaram, com o fito exclusivo de sobrepor os mesmos aos demais créditos habilitados na classe dos quirografários, onde merecem mantidos, sem qualquer ressalva, como com muito acerto determinado pelo Juízo *a quo*.

Insta ponderar ainda que a Douta Procuradoria Geral de Justiça, por seu turno, ao lançar seu Parecer nos autos de agravo de instrumento n. 2011.098959-7, envolvendo as mesmas partes e tendo por objeto a mesma matéria, com extrema acuidade anotou que "*juridicamente a empresa somente estará em recuperação judicial após a decisão concessiva do magistrado: antes disso, há uma pretensão que poderá ou não ser acolhida, conforme atendidos os requisitos legais. E, uma vez que a situação jurídica que permite classificar os créditos oriundos desse período como extraconcursais ainda não se verificou, não podem eles ser classificados como tal*.

A doutrina pátria, ao se debruçar sobre a matéria versada nestes autos, desde o advento da Lei n. 11.101/2005 e, ao abordar a distinção entre o deferimento do processamento e a concessão da recuperação judicial pontifica:

"Enquanto o art. 52 trata do despacho de deferimento do processamento da recuperação judicial, o art. 58 disciplina o despacho de concessão da recuperação judicial propriamente dita.

Ressaltamos que o despacho de deferimento do processamento da recuperação judicial depende apenas da apreciação – vale dizer, o juiz examinará o pedido formulado independentemente da ouvida dos terceiros (MILANI, Mario Sergio. *Lei de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência comentada*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 241/242)'.

"Se a petição inicial preencher os requisitos do art. 282 do CPC, e estiver instruída com os documentos essenciais especificados no art. 51 da LRE, [...] o juiz proferirá despacho de processamento da recuperação; [...]. O procedimento preliminar vai do ajuizamento da ação é o deferimento da petição inicial (arts. 51 e 52); o procedimento preparatório, do deferimento da inicial até a concessão da recuperação (art. 52 a 58); o procedimento de execução se inicia com a concessão e termina dois anos após (arts. 59 a 63). Provando o devedor haver "cumprido as exigências" da LRE (art. 58, *caput*), o juízo proferirá sentença de natureza constitutiva, que novará "os créditos anteriores ao pedido" inicial (art. 59) e "constituirá título executivo judicial" (art. 59, § 1º)." (TOLEDO. Paulo F. C. Salles de. ABRÃO, Carlos Henrique, coordenadores. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 157-178)

> "A Lei n. 11.101, de fevereiro de 2005, estabeleceu dois momentos distintos quanto à apreciação pelo juiz, do pedido de recuperação judicial formulado pelo devedor. O primeiro corresponde ao ato que defere o processamento da recuperação judicial, com nomeação de administrador judicial e adoção de outras providências estabelecidas no art. 52.
>
> Outra etapa corresponde, efetivamente, à concessão da recuperação judicial pelo juiz, que está submetida à apreciação do plano pela assembléia geral de credores, que poderá, inclusive, propor alterações ao plano originariamente apresentado (art. 58)" (CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato. Falência e recuperação. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. P . 109-110)

A jurisprudência, inclusive a emanada deste Órgão Fracionário assim já deixou assentado, *verbis*:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA - DEFERIMENTO APENAS DO PROCESSAMENTO E EXTINÇÃO DA CONCORDATA CORRELATA - POSSIBILIDADE - INCIDÊNCIA DO ART. 192, §§ 2º E 3º, DA LEI N. 11.101/05 - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. "(...) não se confunde o despacho que determina o processamento da recuperação judicial com a decisão concessiva do benefício. Essa última será proferida depois, na conclusão da fase deliberativa, caso confirmada a viabilidade da empresa em crise. Aquele, embora produza já os efeitos de suspensão das ações e execuções contra a requerente tão-só inaugura a fase de deliberação com a constituição dos órgãos específicos da recuperação judicial." (COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. v. III. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 381/382). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2006.002650-7, de Braço do Norte, rel. Des. Ricardo Fontes, j. 17-08-2006)
>
> ADMINISTRATIVO - CAUTELAR INCIDENTAL A PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL - PEDIDO PARA IMPEDIR A INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA À EMPRESA RECUPERANDA - PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL INICIADO - INADMISSIBILIDADE DO CORTE DE FORNECIMENTO APENAS QUANDO DECORRENTE DE DÉBITOS ANTE-

> RIORES AO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL - *FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA* PRESENTES - MANUTENÇÃO DA LIMINAR PARA IMPEDIR O CORTE ATÉ DELIBERAÇÃO QUANTO À CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS PELO VENCIDO EM MEDIDA CAUTELAR, UMA VEZ QUE ESTA NÃO PERDE A CARACTERÍSTICA DE AÇÃO, SUJEITANDO-SE A REGRA GERAL DO ART. 20, DO CPC - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2010.036865-9, de Lages, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz , j. 13-07-2010)

No mesmo sentido:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – APONTAMENTOS DOS DÉBITOS DA EMPRESA NOS CARTÓRIOS DE PROTESTO E NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – ART. 52, III DA LRF – PLANO DE RECUPERAÇÃO NÃO HOMOLOGADO – RECURSO DESPROVIDO – *O despacho que determina o processamento da recuperação judicial não se confunde com a decisão que a concede. "A decisão que defere a recuperação judicial apenas suspende as ações e execuções em curso, mas não abrange os protestos e anotações nós órgãos de proteção ao crédito." (TJMT, RAI nº 2113/2010) No período que decorre entre o despacho e a homologação do plano, não há certeza quanto à possibilidade ou não de recuperação judicial, pois somente a tramitação do processo, ao longo da fase deliberativa (LFR, arts. 55 a 58), fornecerá os elementos para a sua concessão.* (TJMT – AI 69561/2011 – Rel. Des. Marcos Machado – DJe 12.06.2012 – p. 8)

> EMPRESA SUJEITA À RECUPERAÇÃO JUDICIAL – SUSPENSÃO DAS EXECUÇÕES TRABALHISTAS – LEI 11.101/2005 – O fato de a empresa demandada ter deferido, no juízo cível competente, o processamento de sua recuperação judicial, impõe a suspensão das execuções trabalhistas, cujos créditos já estejam liquidados, pelo prazo máximo de 180 dias, nos termos do art. 6º da Lei 11.101/2005. Contudo, decorrido o referido prazo, *a manutenção da suspensão subsistirá apenas se a empresa demandada obtiver a efetiva concessão da recuperação judicial*, hipótese em que os créditos trabalhistas deverão ser quitados de acordo com o plano de recuperação judicial homologado pelo Juízo Cível competente(inteligência dos

> artigos 6º, 52, 54 e 58, da Lei 11.101/2005). Como no caso vertente a demandada não comprovou a efetiva concessão da recuperação judicial, está correto o prosseguimento da execução perante esta Especializada. (TRT 18ª R. – AP 0075600-21.2008.5.18.0131 – 1ª T. – Rel. Des. Júlio César Cardoso de Brito – J 17.08.2011)v94

Assim, em não havendo JAMAIS o deferimento da recuperação judicial, mas sim e, tão somente mero despacho ordinatório determinando o processamento formulado pela agora falida neste sentido, não há se falar ou cogitar em créditos extraconcursais, razão pela qual merece mantida a Decisão vergastada no tocante à classificação dos créditos, negando-se provimento ao agravo.

Este é o voto.

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2012.061137-4, de Jaraguá do Sul

Relator: Des. Ricardo Fontes

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR RESCISÃO DE CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL CUMULADA COM DANOS MORAIS E MATERIAIS. AGRAVOS RETIDOS. AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DE ANÁLISE NAS RAZÕES RECURSAIS. NÃO CONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA PELA NÃO INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE MEMORIAIS. REPRESENTANTE QUE DEMONSTRA A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. QUITAÇÃO DAS COMISSÕES DEVIDAS. ÔNUS DE QUEM ALEGA O TOTAL PAGAMENTO. AUSÊNCIA DE PROVA. ART. 333, II, DO CPC INOBSERVADO. CONDENAÇÃO AO ADIMPLEMENTO EM VALORES A SEREM OBTIDOS EM LIQUIDAÇÃO. EXTINÇÃO IMOTIVADA DO INSTRUMENTO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA OCORRÊNCIA DA JUSTA CAUSA. NECESSÁRIO PAGAMENTO DAS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI N. 4.886/1965. DANO MORAL E MATERIAL INEXISTENTES. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. VIOLAÇÃO AO ART. 333, I, DO DIPLOMA PROCESSUAL. RECIPROCIDADE OBSERVADA. ÔNUS SUCUMBENCIAIS READEQUADOS. APELO DA PARTE AUTORA DESPROVIDO E RECURSO DA DEMANDADA PARCIALMENTE PROVIDO.

A ausência de intimação para juntada de memoriais não acarreta nulidade e tampouco cerceamento de defesa quando as partes não demonstram o efetivo prejuízo do julgamento antecipado.

"[...] Se a representada não apresenta os comprovantes de quitação, é justa a condenação no pagamento das comissões (Ape-

lação cível n.º 1999.017924-9, de Brusque, Relator Des. Cercato Padilha, j. 22-8-2002) [...]" (TJSC, Ap. Cív. n. 2008.082732-1, de São João Batista, Rel. Des. Subst. Stanley da Silva Braga, DJe de 13-8-2010).

"1. A rescisão imotivada do contrato de representação comercial por prazo indeterminado importa no pagamento do aviso prévio, nos termos do artigo 34 da Lei n. 4.886, de 9.12.1965. 2. O representante comercial tem direito à indenização de que trata o artigo 27, alínea "j", da Lei n. 4.886, de 9.12.1965, se o contrato foi rescindido de forma unilateral e sem justa causa. [...]" (TJSC, Ap. Cív. n. 2008.013050-3, de Criciúma, Rel. Des. Jânio Machado, DJe de 29-5-2012).

"À parte autora incumbe, com exclusividade, de acordo com o enunciado no art. 333, I, do Código de Processo Civil, o ônus da prova no que se reporta à existência do direito que objetiva ver assegurado pela tutela jurisdicional invocada. Não produzida essa prova de forma suficiente, a postulação de ressarcimento de danos materiais tem na rejeição a solução adequada" (TJSC, Ap. Cív. n. 2010.069149-3, de Joinville, Rel. Des. Trindade dos Santos, DJe de 27-8-2012).

Ainda que tenha havido a resolução imotivada do contrato de representação firmado entre as partes, a mera extinção da parceria negocial não é causa de abalo moral indenizável.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.061137-4, da comarca de Jaraguá do Sul (1ª Vara Cível), em que são apelantes e apelados Sanphar Química e Farmacêutica Ltda. e Equipave Comércio e Representações Ltda.:

A Primeira Câmara de Direito Comercial decidiu, não conhecer dos agravos retidos e negar provimento ao recurso oferecido por Equipave Comércio e Representações Ltda. Quanto à apelação interposta por Sanphar Química e Farmacêutica Ltda., dar parcial provimento, a fim de reformar os ônus sucumbenciais, nos termos da fundamentação. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Salim Schead dos Santos e Rodrigo Antônio.

Florianópolis, 1º de novembro de 2012.

Ricardo Fontes
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca de Jaraguá do Sul (1ª Vara Cível), Equipave Comércio e Representações Ltda. propôs "ação de indenização por rescisão de contrato de representação comercial e incidente de apresentação de documento" n. 036.05.007075-0 contra Sanphar Química e Farmacêutica Ltda.

Na petição inicial a autora alega, em suma, que: a) possuía com a requerida contrato de representação comercial desde o ano de 2001; b) em 2004 o pacto foi rescindido pela empresa Sanphar por supostamente praticar concorrência desleal ao oferecer aos clientes o produto concorrente Vulgel fabricado pela empresa Sanex; c) jamais praticou conduta inidônea em suas relações comerciais; d) não foram pagas devidamentes as comissões acertadas verbalmente e decorrentes de suas vendas à empresa Seara, que estava fora de sua área de atuação; e e) deve receber indenização por danos morais e materiais em virtude da injusta extinção do instrumento particular de representação.

Sanphar Química e Farmacêutica Ltda. contestou nas fls. 158-179.

Réplica às fls. 226-240.

Foram juntados diversos documentos pelas partes, bem como produzida prova testemunhal.

Nas fls. 496-509 o Magistrado decidiu a demanda em sentença que contou com a seguinte parte dispositiva:

> Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE os pedidos formulados por Equipave Comércio e Representações Ltda. em face de Sanphar Química e Farmacêutica Ltda. e resolvo o mérito de acordo com art. 269, inc. I, do CPC. Em consequência:
>
> I CONDENO a Requerida ao pagamento de 1/12 dos valores monetariamente corrigidos das comissões pagas no período do contrato (18/07/2001 a 25/11/2004) e de 1/3 dos valores auferidos pela representante nos três meses anteriores à rescisão, a título de aviso prévio, atualizados pelo INPC desde os respectivos vencimentos, e juros de mora de 1% ao mês, desde a citação;
>
> II CONDENO a Requerida ao pagamento das comissões sobre as vendas intermediadas pela Autora, fora da sua zona de atuação, com incidência dos reflexos nas verbas rescisórias do item I, a atualização pelo INPC desde os respectivos vencimentos e juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação;
>
> III CONDENO a Requerida ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 15% sobre o valor da condenação, a teor do contido no § 3º do art. 20 do CPC;
>
> IV DETERMINO que a Requerida junte aos autos, no prazo de 05 (cinco) dias da data da intimação da presente, todas as notas fiscais/faturamento e demonstrativos de vendas de produtos intermediadas pela Autora, na região litoral norte de Santa Catarina e nas cidades de Dourados-MS, Sindrolândia-MS, Nuporanga-SP, Jacarezinho-PR, São Miguel do Oeste-SC e Xanxerê-SC, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais) (fls. 508-509).

Às fls. 515-532, Sanphar Química e Farmacêutica Ltda. interpôs apelação, na qual aduz, em síntese, que: a) houve cerceamento de defesa pela ausência de intimação para a juntada de memoriais; b) não foi intimada

do despacho de fl. 148 que determinou o acostamento de documentos; c) há prova nos autos de que foram quitadas todas as comissões em favor da empresa autora e tampouco foi demonstrada a ausência de pagamento das referidas verbas; e) a autora efetivamente deu causa à rescisão do contrato de representação ao oferecer aos clientes produto concorrente; f) a empresa representante possui todos os documentos e faturas de venda, sendo desnecessária a determinação para que junte aos autos os referidos documentos; e g) os honorários advocatícios necessitam readequação.

Equipave Comércio e Representações Ltda., por sua vez, interpôs recurso nas fls. 536-544, no qual sustenta, em suma, que: a) faz jus aos danos morais e materiais em virtude da injusta e abusiva extinção do contrato de representação; e b) a verba honorária merece majoração.

VOTO

1 Não conhecimento do agravo retido

De início, não se conhece dos agravos retidos interpostos nas fls. 355, 376 e 450 pelos apelantes em virtude da ausência de formulação, nas razões dos recursos, de pedido expresso de apreciação, consoante prevê o art. 523, § 1º, do CPC.

Nesse sentido: TJSC, Ap. Cív. n. 2011.094810-6, de Lages, Rel. Des. Subst. Saul Steil, DJe de 29-3-2012.

2 Cerceamento de defesa

Afasta-se, de plano, a assertiva levantada pela empresa Sanphar de ocorrência de cerceamento de defesa.

Isso porque não é verdadeira a alegação de que a requerida não foi intimada para a apresentação de memoriais.

Depreende-se das fls. 473-474 a efetiva realização do ato de intimação em nome dos procuradores das partes para que apresentassem manifestação acerca do retorno das cartas precatórias.

Além disso, a demandada se manifestou regularmente nas fls. 476-481, de modo que não há falar em cerceamento de defesa nesse tocante.

A propósito:

> [...] "A ausência de oportunidade para apresentação de memoriais (art. 454, § 3º, do CPC) somente acarreta a nulidade da sentença quando for demonstrada a ocorrência de prejuízo ao interessado" (REsp .727271/MA, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 06.02.2006; AgRg no Ag 840835/SP, 4ª T., Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 12.11.2007). (STJ - REsp 819024/SP. Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, j. em: 24.06.2008) [...] (Ap. Cív. n. 2010.087672-3, de Presidente Getúlio, Rel. Des. Henry Petry Junior, DJe de 1º-8-2012).

Dos autos se pode perceber, ademais, que a empresa Sanphar, por diversas vezes e durante o longo trâmite da demanda em primeira grau, foi intimada a se manifestar ou apresentar alegações, bem como providenciou a juntada de diversos documentos que colaboraram em sua defesa.

Frisa-se que o CPC expressamente dispõe no art. 300 que a parte requerida, ao oferecer contestação, deve responder todos os fatos alegados e especificar e juntar os documentos necessários a sua defesa.

Não há falar, logo, em ocorrência de nulidade ou cerceamento de defesa, por suposta ausência de intimação para a juntada de documentos e memoriais.

3 Pagamento das comissões

A empresa Sanphar sustenta estar devidamente demonstrada nos autos a quitação de todas as comissões, em favor da parte autora, relativas ao acordo verbal nas vendas à compradora Seara. Aduz, ainda, que não foram produzidas provas de que os pagamentos não ocorreram.

Razão, contudo, não assiste à sociedade empresarial representada.

Da inicial e dos demais documentos juntados pela requerente pode-se depreender que efetivamente foram realizadas as vendas e a intermediação das negociações nas áreas que não estavam em sua zona de atuação.

As faturas juntadas nas fls. 61, 64, 70, 76, 79, 85 e 91 comprovam a existência dos negócios e o recebimento de comissões relativas à área diversa da região em que a autora prestava seu serviço.

Como bem observado pelo Magistrado *a quo*, a sociedade representante, logo, em observância ao art. 333, I, do CPC, demonstra a ocorrência dessa espécie de negociação e alega ter havido o pagamento de forma parcial.

Importante frisar que a empresa Sanphar inclusive confessa a existência do contrato verbal, mas alega ter havido a quitação de todas as comissões devidas pelos negócios realizados nessas áreas de atuação.

Ocorre que a sociedade empresarial representada, em desatenção ao art. 333, II, do Diploma Processual, não juntou nenhum documento ou comprovação de que houve de fato o total pagamento das comissões, o que inviabiliza o acolhimento das assertivas trazidas em sede de contestação e nas suas razões recursais.

Ora, a efetiva quitação de uma dívida não se pode presumir, deve ser demonstrada de forma evidente, conforme assentada jurisprudência do TJSC:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. AUSÊNCIA DE PACTO FORMAL E ESCRITO. PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DE COMISSÕES SOBRE DETERMINADO PERÍODO. RELATÓRIOS DE COMISSÕES DEVIDAMENTE ACOSTADOS AOS AUTOS PELA PARTE AUTORA. ALEGAÇÃO DE QUITAÇÃO PELA RÉ. ÔNUS DA PROVA QUE LHE COMPETIA. ART. 333, II DO CPC. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

> Se a representada não apresenta os comprovantes de quitação, é justa a condenação no pagamento das comissões (Apelação cível n.º 1999.017924-9, de Brusque, Relator Des. Cercato Padilha, j. 22-8-2002).
>
> Pela dicção do art. 333, II do CPC, compete ao réu o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (Ap. Cív. n. 2008.082732-1, de São João Batista, Rel. Des. Subst. Stanley da Silva Braga, DJe de 13-8-2010).
>
> [...] O ônus de provar a quitação é do devedor, na forma do art. 333, II, do CPC, mormente quando o credor traz a juízo o título representativo do crédito cuja posse induz a presunção de inadimplemento, a qual só é rechaçada mediante prova robusta e conclusiva demonstrando o efetivo resgate da cártula. (Apelação Cível n. 2006.026692-9, da Capital, Terceira Câmara de Direito Comercial, Rel. Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, j. em 03/04/08). (Apelação cível n. 2005.042519-7, de Chapecó, Terceira Câmara de Direito Comercial, relatora a desembargadora Rejane Andersen, j. em 15.10.2009) [...] (Ap. Cív. n. 2009.031797-1, de Tangará, Rel. Des. Subst. Altamiro de Oliveira, DJe de 28-8-2012).

A empresa demandante, portanto, faz jus ao pagamento da totalidade das comissões relativa aos negócios fora de sua área de atuação, consoante demonstrado pelos documentos juntados e, do mesmo modo, pelas demais faturas a serem juntadas em liquidação de sentença, conforme determinado em primeiro grau.

Por outro lado, não merece acolhimento o argumento de que a requerente não demonstrou o não pagamento das comissões, uma vez que impossível atribuir à parte a produção de prova negativa.

Frisa-se, ainda, que cabe à empresa representada a juntada dos documentos e notas fiscais que conduzirão ao real valor devido a título de comissão em favor da representante.

A demandada Sanphar, como representada, detém o controle de suas vendas e de seus pagamentos, motivo pelo qual deve possuir os documentos necessários ao deslinde da questão relativa às comissões.

Não merece alteração, portanto, a determinação para que junte os documentos e notas fiscais, a fim de viabilizar posterior liquidação de sentença.

4 Ausência de justa causa para resolução do contrato de representação

Melhor sorte não socorre a empresa representada Sanphar, quanto à alegada ocorrência de justa causa para a extinção do contrato de representação, motivo este que afastaria o dever de pagamento de sanção em favor da demandante.

Com efeito, dispõe o art. 35 da Lei n. 4.886/1965:

> Art. 35. Constituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representado:
>
> a) a desídia do representante no cumprimento das obrigações decorrentes do contrato;
>
> b) a prática de atos que importem em descrédito comercial do representado;
>
> c) a falta de cumprimento de quaisquer obrigações inerentes ao contrato de representação comercial;
>
> d) a condenação definitiva por crime considerado infamante;
>
> e) fôrça maior.

Sustenta a requerida ter havido prática de concorrência desleal por parte da Equipave durante a vigência do contrato de representação *sub judice*, ao supostamente vender o produto Vulgel, fabricado pela empresa Sanex, este concorrente do produto Mycofix, comercializado pela empresa Sanphar.

Ocorre que pelas provas testemunhais produzidas durante a instrução do feito, a referida prática inidônea e a má-fé por parte da empresa representante Equipave não ocorreu.

Observa-se dos autos que em diversos relatos houve constatação expressa de que os produtos mencionados não eram concorrentes e, ainda que o fossem, a empresa demandante não ofertava Vulgel aos seus clientes.

Os depoimentos não deixam dúvidas quanto a não ocorrência de oferta do produto Vulgel aos clientes da empresa Sanphar, então representada pela autora Equipave, conforme se pode depreender dos termos acostados ao feito:

> [...] Que a empresa Equipave mantém relacionamento comercial com a Tyson e anteriormente com a Macedo há mais de 12 anos; que a Equipave, como pessoa física de Dirceu Nardi, nunca promoveram ou tentaram vender outros produtos para a Tyson e Macedo a não ser aqueles da Sanphar [...] (fl. 367, depoimento de Wilson Bevilacqua).
>
> [...] Que conhece os produtos Micofix e Vulgel e do ponto de vista comercial os produtos não disputam o mesmo mercado; que pelo seu conhecimento de mercado de trabalho sabe afirmar que empresas como a Seara/Cargill e Perdigão fazem uso concomitante dos dois produtos; que pode afirmar que a Equipave teve bom desempenho no exercício de suas funções e aumentou de maneira significativa as vendas da SANPHAR em sua área de atuação [...] (fl. 377, depoimento de Joel Germano Grzybonski).
>
> [...] Que ao que sabe a autora não vendia produto similar à aqueles da representada, de outra representada; [...] Que ao que se recorda a autora deixou de representar a requerida em 2005; Que apenas em 2006 tiveram contato com a Sanex e antes disto os representantes da autora ou qualquer outro representante não ofereceu qualquer produto da Sanex ao depoente; [...] (fl. 428, depoimento de Rogério Bonetto).
>
> [...] Que os produtos Micofix e Vulgel não são concorrentes, tendo em vista que são produtos com fórmulas diferentes; que adquiriu para a sua empresa produtos Micofix da empresa autora, que não comprou produtos Vulgel da empresa Equipave; que a empresa Equipave nunca ofereceu produtos da Sanex enquanto representante da Sanphar; [...] que o produto Micofix pode ser usado para o combate da aflatoxina, sendo que também pode ser utilizado para

> combater outras toxinas; que o produto Vulgel serve para combater especificamente a Aflotoxina; [...] (fl. 469, depoimento de Fernando Sell da Costa).

Diante da efetiva inexistência de justa causa para a extinção de contrato de representação, deve a representada Sanphar arcar com pagamento do aviso prévio previsto no art. 34, bem como a indenização prevista no art. 27, alínea "j" (com redação dada pela Lei 8.420/1992), ambos da Lei n. 4.886/1965, e consoante determinado na decisão de primeiro grau.

A jurisprudência do TJSC não destoa quanto ao cabimento das mencionadas sanções no caso de extinção imotivada do contrato de representação:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. RESCISÃO QUE NÃO FOI PRECEDIDA DO AVISO PRÉVIO. PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE, QUE É ASSEGURADO PELO ARTIGO 34 DA LEI N. 4.886, DE 9.12.1965. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA QUE TAMBÉM ACARRETA O DEVER DE PAGAR A INDENIZAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 27, ALÍNEA "J", DA LEI N. 4.886, DE 9.12.1965, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 8.420, DE 8.5.1992. INVALIDADE DO INSTRUMENTO DE DISTRATO, PORQUE UNILATERAL. VALORES PAGOS PELA REPRESENTADA A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO QUE DEVEM SER DESCONTADOS DA QUANTIA AINDA DEVIDA. PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DE COMISSÕES NÃO PAGAS. EXISTÊNCIA DE PROVA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. REPRESENTADA QUE NÃO COMPROVA O PAGAMENTO DE TODAS AS COMISSÕES DEVIDAS À REPRESENTANTE. ÔNUS DA PROVA QUE LHE INCUMBIA. ARTIGO 333, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DIREITO DE CRÉDITO ASSEGURADO. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA QUE É IMPOSTO À REQUERIDA, COM EXCLUSIVIDADE. ARTIGO 20, "CAPUT", DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO DA AUTORA PROVIDO EM PARTE E APELO DA REQUERIDA DESPROVIDO.

1. A rescisão imotivada do contrato de representação comercial por prazo indeterminado importa no pagamento do aviso prévio, nos termos do artigo 34 da Lei n. 4.886, de 9.12.1965.

2. O representante comercial tem direito à indenização de que trata o artigo 27, alínea "j", da Lei n. 4.886, de 9.12.1965, se o contrato foi rescindido de forma unilateral e sem justa causa.

3. O ônus da prova da quitação de todas as comissões devidas ao representante comercial é da representada (Ap. Cív. n. 2008.013050-3, de Criciúma, Rel. Des. Jânio Machado, DJe de 29-5-2012).

APELAÇÃO CÍVEL - REPRESENTAÇÃO COMERCIAL - RESCISÃO CONTRATUAL - DISCUSSÃO ACERCA DA OCORRÊNCIA DE JUSTA CAUSA – PROVA INSUFICIENTE À DESCONSTITUIÇÃO DO DIREITO ALEGADO PELA AUTORA – ÔNUS PROBATÓRIO QUE COMPETIA À RÉ APELANTE – ART. 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA AO PAGAMENTO DAS VERBAS DECORRENTES DA RESCISÃO DESMOTIVADA.

A Lei n. 4.886/65 estabelece que a rescisão de contrato de representação comercial por iniciativa do representado pode se dar por justa causa nas hipóteses elencadas no art. 35. Em se tratando de rescisão desmotivada, será devida indenização de 1/12 do total das comissões auferidas pelo representante comercial, além do valor equivalente a 1/3 das comissões dos três meses anteriores à rescisão a título de aviso prévio.

Consoante a regra do art. 333 do Código de Processo Civil, compete ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito, enquanto ao réu é imputado o ônus de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo deste direito.

Tendo a representante comercial comprovado a notificação da rescisão sem a configuração de justa causa, caberia à ré comprovar suas alegações de fraude ao sistema de vendas ou de outro fato capaz de caracterizar (Ap. Cív. n. 2006.032344-9, de Criciúma, Rel. Des. Robson Luz Varella, DJe de 25-3-2010).

A sentença, portanto, deve permanecer incólume nesse tocante.

5 Dano moral e material

Frisa-se, de plano, que o pedido de indenização por danos materiais sustentado pela sociedade empresarial demandante não merece guarida.

De fato, não se depreende dos autos nenhum efetivo prejuízo material que desse guarida à pleiteada condenação, motivo pelo qual a sentença não merece nenhuma reforma nessa seara.

A jurisprudência desta Corte, em casos análogos, segue o mesmo norte, conforme os seguintes arestos:

> À parte autora incumbe, com exclusividade, de acordo com o enunciado no art. 333, I, do Código de Processo Civil, o ônus da prova no que se reporta à existência do direito que objetiva ver assegurado pela tutela jurisdicional invocada. Não produzida essa prova de forma suficiente, a postulação de ressarcimento de danos materiais tem na rejeição a solução adequada (Ap. Cív. n. 2010.069149-3, de Joinville, Rel. Des. Trindade dos Santos, DJe de 27-8-2012).
>
> [...] O dano material é devido quando comprovado estreme de dúvidas o seu dispêndio, quando não há prova ou, em havendo, é insuficiente para delimitar o *quantum*; a indenização passa a ser indevida [...] (Ap. Cív. n. 2007.052721-5, de Chapecó, Rel. Des. Fernando Carioni, DJe de 12-2-2008).

O pedido de indenização por danos materiais, logo, em virtude da ausência de provas de perda patrimonial, deve ser afastado.

Quanto aos danos morais, não há como acolher as alegações e o pleito da autora.

Ainda que tenha havido a resolução imotivada do contrato de representação firmado entre as partes, a mera extinção da parceria não pode ser causa de abalo moral.

Tal situação é decorrência normal da relação negocial a qual os contratantes, representante e representada, estão submetidos. Por óbvio,

ninguém é obrigado a permanecer eternamente preso a um contrato no qual não possui mais interesse em sua vigência ou continuação.

A sanção prevista no instrumento particular ou na própria norma jurídica, como ocorre no presente caso, assim, indeniza a parte surpreendida com a extinção imotivada, sendo desnecessária a condenação por danos morais.

Além disso, cotidianamente ocorrem problemas nos mais diversos negócios jurídicos realizados em sociedade e nas relações comerciais, razão por que não gera abalo moral passível de indenização o simples fato de a contratação não ter tido o fim na forma esperada pela empresa representante.

Nesse tocante, encontra-se assentado na jurisprudência deste Tribunal:

> DANO MORAL INEXISTENTE. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL NÃO GERA O DIREITO A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS (Ap. Cív. n. 2010.057950-6, de Blumenau, Rel. Des. Subst. Guilherme Nunes Born, DJe de 20-8-2012).
>
> [...] O dano moral possui caráter estritamente pessoal de dor, vergonha, humilhação do agente, e não se enquadra nesse contexto o simples aborrecimento advindo do insucesso no negócio jurídico [...] (Ap. Cív. n. 2007.052721-5, de Chapecó, Rel. Des. Fernando Carioni, DJe de 12-2-2008).
>
> CIVIL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. DANO MORAL. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. INSUCESSO DO NEGÓCIO JURÍDICO. INEXISTÊNCIA DE ABALO PSÍQUICO INDENIZÁVEL. RECURSO PROVIDO.
>
> O mero inadimplemento contratual não se traduz em danos morais sem que haja prova do sofrimento, pelo ofendido, de abalo psicológico apto a expor-lhe a situação vexatória pública ou a desequilíbrio emocional grave (Ap. Cív. n. 2004.026662-4, da Capital, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, DJe de 9-9-2009).

A condenação por dano moral pleiteada pela empresa Equipave, desse modo, não merece guarida.

6 Ônus da sucumbência

No presente caso, é evidente a ocorrência da reciprocidade entre os litigantes, em virtude de a parte demandante ter decaído do pedido de danos morais e materiais, porém ter obtido sucesso na condenação relacionada ao pagamento das comissões e da sanção prevista na Lei n. 4.886/1965.

Sendo assim, é imperioso o emprego do *caput* do art. 21 do CPC, motivo por que as partes arcarão com as custas *pro rata* (em divisão igual) e com os honorários de advogado, estes, porém, declarados compensados (Súmula 306 do STJ).

DISPOSITIVO

Em face do que foi dito, não se conhece dos agravos retidos e nega-se provimento ao recurso oferecido por Equipave Comércio e Representações Ltda. Quanto à apelação interposta por Sanphar Química e Farmacêutica Ltda., dá-se parcial provimento, a fim de reformar os ônus sucumbenciais, nos termos da fundamentação.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2011.087708-9, de Joaçaba

Relator: Desembargador Robson Luz Varella

APELAÇÃO CÍVEL – CUMPRIMENTO DE DECISÃO PROFERIDA NOS AUTOS DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA – EXPURGOS INFLACIONÁRIOS EM CADERNETA DE POUPANÇA.

SENTENÇA QUE RECONHECEU A AUSÊNCIA DE TÍTULO JUDICIAL EXEQUÍVEL, SOB O FUNDAMENTO DE QUE, DENTRE OUTROS ACÓRDÃOS QUE ANALISARAM A MESMA MATÉRIA, APENAS O PRIMEIRO E O ÚLTIMO *DECISUM*, DEPENDENDO DO ENTENDIMENTO ADOTADO, PODERIAM GERAR EFEITOS, NÃO SENDO ESTE O CASO DOS AUTOS, EM QUE A DECISÃO EXEQUENDA TERIA SIDO PROLATADA EM SEGUNDO LUGAR – REFORMA DA SENTENÇA – ENTENDIMENTO DESTA CORTE DE QUE, EXISTINDO VÁRIAS AÇÕES COLETIVAS DISCUTINDO IDÊNTICA QUESTÃO, PODE A PARTE EXEQUENTE DECIDIR LIVREMENTE ACERCA DE QUAL JULGADO PRETENDE VER EXECUTADO O SEU DIREITO, POUCO IMPORTANDO A ORDEM CRONOLÓGICA DO JULGAMENTO.

"[...] o art. 16 da Lei 7.347/1985 determina que a sentença faz coisa julgada *erga omnes*, limitando-se unicamente às questões materiais nela decididas, podendo ser utilizada qualquer das decisões proferidas em ação coletiva, já que inexiste óbice ao

direito de ação por mero aspecto temporal, garantia essa que não pode ser obstada às partes" (Apelação Cível n. 2011.044927-5, Des. Guilherme Nunes Born, j. em 11/10/2012).

POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO DO MÉRITO PELO JUÍZO *AD QUEM* – INCIDÊNCIA DO ART. 515, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PROCESSO – DESCABIMENTO – DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DETERMINANDO O SOBRESTAMENTO DOS RECURSOS RELATIVOS ÀS AÇÕES ENVOLVENDO OS PLANOS BRESSER, VERÃO, COLLOR I E COLLOR II – RESSALVA EXPRESSA AOS PROCESSOS EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.

O sobrestamento de ações envolvendo os planos econômicos Bresser, Verão e Collor I e II, pelo Supremo Tribunal Federal, não atinge os processos em fase de cumprimento de sentença (Recursos Extraordinários n. 626.307/SP e 591.797/SP e no Agravo de Instrumento n. 754.745).

ILEGITIMIDADE ATIVA DA PARTE EXEQUENTE – PREFACIAL REJEITADA.

BANCO BAMERINDUS DO BRASIL S/A. E HSBC BANK BRASIL S.A. BANCO MÚLTIPLO – PROVA DA SUCESSÃO EMPRESARIAL – NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE OS VALORES DECORRENTES DAS CONTAS POUPANÇAS DA EXEQUENTE NÃO TERIAM SIDO ABRANGIDOS PELA COMPRA E VENDA DE ATIVOS E PASSIVOS – ÔNUS DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA IMPUGNANTE – EXEGESE DO ART. 333, INC. II, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

É notório que HSBC Bank Brasil S/A - Banco Múltiplo adquiriu o Banco Bamerindus do Brasil S.A., assumindo as atividades bancárias desta, incumbindo, assim, à instituição

financeira impugnante, a demonstração de que os valores decorrentes das contas do poupador não teriam sido abrangidos pela compra e venda de ativos e passivos, conforme a letra do art. 333, inc. II, do Código de Processo Civil.

DEMONSTRAÇÃO DE VÍNCULO ASSOCIATIVO DA EXEQUENTE AO INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CIDADÃO DEMANDANTE À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DESNECESSIDADE.

Para a comprovação da legitimidade ativa do poupador que ajuizou pedido de cumprimento de sentença com lastro no título executivo judicial exarado em ação civil pública, mostra-se desnecessária a associação ao Instituto Brasileiro de Defesa do Cidadão – IBDCI demandante à época da propositura da demanda coletiva.

AVENTADA LITISPENDÊNCIA – NÃO CONFIGURAÇÃO.

A teor do disposto no art. 301 do Código de Processo Civil, para se configurar a litispendência é também necessário que duas ações estejam tramitando concomitantemente. Não havendo pedido de cumprimento de sentença em duplicidade sobre o mesmo título exequendo, não há falar em litispendência.

ALEGADO EXCESSO DE EXECUÇÃO RELATIVAMENTE À CORREÇÃO MONETÁRIA, AOS JUROS REMUNERATÓRIOS E AOS JUROS DE MORA – INOCORRÊNCIA – CÁLCULO APRESENTADO PELA PARTE EXEQUENTE QUE NÃO ALTEROU A DECISÃO EM CUMPRIMENTO.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CASO DE REJEIÇÃO DA IMPUGNAÇÃO – INVIABILIDADE DE CONDENAÇÃO – QUESTÃO DECIDIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Segundo orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (Resp n. 1.134.186/RS), havendo rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença, mostra-se inviável a fixação de honorários advocatícios.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.087708-9, da comarca de Joaçaba (2ª Vara Cível), em que é apelante Maria Veronica dos Santos, e apelado HSBC Bank Brasil S/A - Banco Múltiplo:

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso para reformar a sentença e, com fulcro no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, julgar improcedente a impugnação ao cumprimento de sentença. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Exma. Sra. Desa. Rejane Andersen com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Dinart Francisco Machado.

Florianópolis, 4 de dezembro de 2012.

Robson Luz Varella
RELATOR

RELATÓRIO

Maria Veronica dos Santos ajuizou ação de cumprimento de sentença coletiva proferida na ação civil pública n. 023.03.060382-2 proposta pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Cidadão – IBDCI contra HSBC Bank Brasil S/A - Banco Múltiplo. Afirmou que, após a interposição do recurso de Apelação Cível n. 2006.011186-8, a instituição financeira restou

condenada ao ressarcimento dos poupadores pelo não creditamento em caderneta de poupança com aniversário até o dia quinze de janeiro de 1989 dos valores correspondentes à correção monetária no percentual de 42,72%. Requereu a condenação da instituição financeira ao pagamento do valor de R$ 30.578,85 (trinta mil quinhentos e setenta e oito reais e oitenta e cinco centavos) - montante acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) desde a citação perfectibilizada na ação civil pública -, e dos honorários advocatícios no patamar de 20% "sobre o montante total excutido".

O Magistrado de Primeiro Grau determinou a intimação da instituição financeira para que, no prazo de 15 (quinze) dias, efetuasse o adimplemento voluntário do crédito pleiteado, sob pena de fixação da multa disposta no art. 475-J do Código de Processo Civil, e arbitrou os honorários advocatícios em 10% (dez por cento).

Foi efetivado o depósito da garantia em juízo.

Posteriormente, HSBC Bank Brasil S/A - Banco Múltiplo apresentou impugnação ao cumprimento de sentença, que recebeu o n. 037.10.002899-0/001. Sustentou a ilegitimidade ativa da exequente, uma vez que não teria comprovado que era filiada ao Instituto Brasileiro de Defesa do Cidadão – IBDCI à época da propositura da ação civil pública, e acrescentou que sequer há evidências de que os valores creditados às contas poupanças n. 402.559-0 e n. 402.418-6 do Banco Bamerindus tenham sido cedidos à instituição financeira. Defendeu que o título judicial é inexequível, mesmo sendo considerada a sua abrangência a todos os poupadores do estado, porque ofende coisa julgada constituída sobre a matéria (Plano Verão) na Ação Civil Pública n. 023.03.660151-1, transitada em julgado anteriormente e na qual foi reconhecida a prescrição (2006.026587-9). Por outro lado, disse que há litispendência entre a presente demanda coletiva e a Ação Civil Pública n. 023.03.660151-1 por

identidade quanto ao "grupo de pessoas atingidas" (fl. 14). Aduziu, ainda, que o regime de transferência de ativos e passivos de instituições em crise é forma de aquisição originária, cujos atos não comportam interpretação extensiva. Alegou, também, o excesso de execução, porque no cálculo apresentado pela impugnada teriam sido incluídos valor que não constam do título executivo ("percentuais espúrios para os meses de março, abril e maio de 1990, e fevereiro de 1991", referentes aos Planos Collor I e Collor II; juros remuneratórios; juros moratórios tomando por base termo inicial equivocado). Argumentou, por fim, a necessidade de suspensão do processo até decisão definitiva a respeito da questão no Supremo Tribunal Federal, conforme regra inserta no art. 475-L, § 1º (segunda parte), do Código de Processo Civil. Requereu o acolhimento da impugnação com a consequente condenação da impugnada ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

Conclusos os autos, o Magistrado *a quo* acolheu a preliminar de ineficácia do título executivo e, por consequência, julgou procedente a impugnação e extinto o pedido de cumprimento de sentença, nos termos do art. 267, inc. IV, do Código de Processo Civil, condenando a impugnada/exequente ao pagamento de custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.000,00 (um mil reais).

Maria Veronica dos Santos opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados.

Ainda irresignada, interpôs recurso de apelação cível, defendendo a validade do título judicial em questão, isto é, do acórdão lavrado na Apelação Cível n. 2006.011186-8. Sustentou que, para haver a comparação entre o título exequendo e os acórdãos 2006.026587-9, 2007.006645-6 e 2009.074446-0, como efetuado na sentença, era indispensável a ocorrência da coisa julgada, o que alegou não restar configurado na hipótese dos autos, porque inexistente o pressuposto da identidade de partes, afastando-se, assim, a dependência entre os julgados. Acrescentou que a instituição

financeira já havia requerido o reconhecimento da coisa julgada nos autos da ação civil pública 023.03.660151-1, que gerou o acórdão 2006.026587-9, e que a tese foi afastada. Aduziu, também, que "*os acórdãos n. 2006.011186-8 e n. 2007.006645-6 - que determinou o pagamento da diferença apontada nos planos econômicos - possuem o mesmo efeito prático*" (fl. 211), de modo que qualquer um que fosse executado importaria à instituição financeira o dever de pagamento. Disse, por derradeiro, que "*diante da inexistência de coisa julgada entre os 4 (quatro) acórdãos citados na sentença objurgada, não há como um 'eliminar' o outro, sendo que todos têm seu efeito jurídico e processual próprio, não se podendo falar em ineficácia do título*" (fl. 212).

Foram apresentadas contrarrazões.

Após, ascenderam os autos a esta Corte de Justiça.

Este é o relatório.

VOTO

No caso sob enfoque, foi pedido o cumprimento de sentença com supedâneo no acórdão lavrado na Apelação Cível n. 2006.011186-8, prolatado em 12/4/2007, originário da Ação Civil Pública n. 023.03.060382-2.

O juízo *a quo* entendeu que referido julgado não seria exequível, porque dentre outros três acórdãos que analisaram a mesma matéria, isto é, ressarcimento das perdas inflacionárias decorrentes dos planos econômicos (2006.026587-9, 2007.006645-6 e 2009.074446-0), apenas o primeiro e o último *decisum* sentenciados (2006.026587-9 e 2009.074446-0), dependendo do entendimento adotado, poderiam gerar efeitos, não sendo este o caso do objeto do pedido de cumprimento de sentença, que teria sido prolatado em segundo lugar. Por consequência, julgou procedente a impugnação e extinto o pedido de cumprimento de sentença, nos termos do art. 267, inc. IV, do Código de Processo Civil, condenando a

impugnada/exequente ao pagamento de custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.000,00 (um mil reais).

Da referida decisão, vale transcrever o seguinte excerto:

> *A parte exequente/impugnada busca o cumprimento de acórdão prolatado na Ação Civil Pública 2006.011186-8* em que houve a condenação do HSBC ao pagamento dos planos econômicos referentes ao plano Bresser (1987) e Verão (1989).
>
> O referido acórdão transitou em julgado em 26/07/2007.
>
> Compulsando os autos, *este Juízo observa que há no Estado de Santa Catarina quatro Ações Civis Públicas sobre a mesma matéria*, isto é, restituição dos planos econômicos (Bresser e Verão) que são: *2006.011186-8, 2006.026587-9, 2007.006645-6 e 2009.074446-0.*
>
> De acordo com os referidos acórdãos temos a seguinte situação, por ordem de prolação dos acórdãos:
>
> - 2006.026587-9 – reconheceu a prescrição da ação civil pública para conhecer da matéria (prolatado em 21/09/2006);
>
> - 2006.011186-8 – determinou o pagamento da diferença apontada nos planos econômicos (prolatado em 12/04/2007);
>
> - 2007.006645-6 - determinou o pagamento da diferença apontada nos planos econômicos (prolatado em 09/08/2007);
>
> - 2009.074446-0 – reconheceu a prescrição da ação civil pública para conhecer da matéria (prolatado em 01/03/2010).
>
> Não há no ordenamento jurídico previsão expressa para a situação aqui presente.
>
> Porém *existem duas correntes jurisprudenciais para o caso.*
>
> *A primeira determina que apenas a primeira sentença gera efeito.* Logo, as demais sentenças em nada não alteram os efeitos gerados pela primeira (RT 707/51, RJTJESP 88/125 e RF 267/217).
>
> *Enquanto a segunda corrente entende que a última sentença tem validade*, perdendo efeito todas as sentenças anteriores (LEX-JTA 166/23, RSTJ 129/29).

> Portanto, *qual seja o entendimento adotado, temos que no presente caso a primeira e a última sentença reconheceram a prescrição* da ação civil pública para conhecer da matéria.
>
> No caso dos autos *a exequente busca o cumprimento do acórdão prolatado em 12/04/2007 (acórdão 2006.011186-8), que como se viu, foi o segundo a ser proferido.* Portanto, não sendo o primeiro, nem o último, *independentemente da corrente supracitada, este não gera efeito.*
>
> *Diante do exposto, este Juízo acolhe a prejudicial levantada e reconhece a ineficácia do presente acórdão em face dos prolatados nos autos 2006.026587-9 e 2009.074446-0*, julgando procedente a presente impugnação e extinto o pedido de cumprimento de sentença, nos termos do art. 267, IV, do CPC. Custas do presente incidente e da execução de sentença, bem como os honorários advocatícios pela parte impugnada, que fixo em R$ 1.000,00 (um mil reais) para ambos os feitos, com base no art. 20, § 3º, 'a', 'b', 'c' e § 4º, do CPC (sem grifos no original).

Irresignada, a impugnada/exequente interpõe o presente recurso de apelação cível, defendendo a validade do título judicial em questão, argumentando que: a) embora existentes outros julgados que analisaram a mesma matéria (2006.026587-9, 2007.006645-6 e 2009.074446-0), para haver a comparação entre estes e o acórdão exequendo (2006.011186-8), como efetuado na sentença, era indispensável a ocorrência da coisa julgada, o que alegou não restar configurado na hipótese dos autos, porque inexistente o pressuposto da identidade de partes, afastando-se, assim, a dependência entre os julgados; b) a instituição financeira já havia sustentado a existência de coisa julgada nos autos da ação civil pública 023.03.660151-1, que gerou o acórdão 2006.026587-9, tese, todavia, afastada; c) a decisão proferida nos acórdãos n. 2006.011186-8 e n. 2007.006645-6, que julgou procedentes os pleitos deduzidos na exordial da ação, possuem o mesmo efeito prático, de modo que qualquer um poderia ser objeto de cumprimento de sentença; d) "diante da inexistência de coisa julgada entre os 4 (quatro) acórdãos citados na sentença objurgada, não há como um

'eliminar' o outro, sendo que todos têm seu efeito jurídico e processual próprio, não se podendo falar em ineficácia do título" (fl. 212).

Pois bem.

Muito embora reconheça a força dos argumentos expendidos pelo douto magistrado, neste caso, data venia, entende-se que o acórdão lavrado na Apelação Cível n. 2006.011186-8 é título executivo judicial exequível.

Esta Corte de Justiça posiciona-se no sentido de que, existindo várias ações coletivas discutindo uma mesma matéria, pode a parte exequente decidir livremente acerca de qual julgado pretende ver executado o seu direito, pouco importando a ordem cronológica do julgamento.

A esse respeito, colaciona-se esclarecedor voto proferido pelo Exmo. Des. Guilherme Nunes Born no julgamento da Apelação Cível n. 2011.044927-5, no qual consignou:

> [...] o art. 16 da Lei 7.347/1985 determina que a sentença faz coisa julgada *erga omnes,* limitando-se unicamente às questões materiais nela decididas, *podendo ser utilizada qualquer das decisões proferidas em ação coletiva, já que inexiste óbice ao direito de ação por mero aspecto temporal, garantia essa que não pode ser obstada às partes.*
>
> Conclui-se que *o consumidor, parte hipossuficiente na relação firmada, pode executar a sentença coletiva que bem entender, respeitada a competência territorial,* a qual no presente caso é estadual.
>
> É o que se retira do art. 97 do Código de Defesa do Consumidor:
>
> Art. 97, CDC- A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82.
>
> [...]
>
> No mesmo sentido, o e. STJ, no julgamento do R.E. N. 1.243.887 – PR, da relatoria do Min. Luiz Felipe Salomão, o qual detém força de recurso repetitivo, firmou o seguinte entedimento:
>
> *1.1 A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do*

beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC).

Nesta toada, esta Câmara, atendendo a nova diretriz emanada pelo e. STJ, já se manifestou no mesmo sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL DIANTE DA INEXISTÊNCIA DE TÍTULO HÁBIL A EMBASAR O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO INTENTADA PELO INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR QUE POSSUI ABRANGÊNCIA NACIONAL. ENTENDIMENTO ESPOSADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, QUANDO DO JULGAMENTO DO RESP N. 1243887 / PR, QUE FOI SUBMETIDO AO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CÓDIGO PROCESSUALISTA. SENTENÇA CASSADA. RETORNO A ORIGEM PARA REGULAR PROCESSAMENTO DO FEITO. HIPÓTESE QUE NÃO SE ADEQUA AO ARTIGO 515, §3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO PROVIDO. "A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC)." (Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, REsp. n. 1243887 / PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, diário de justiça em 12.12.2011) (Apelação Cível n. 2011.070496-8. Rel. Des. Substituto Eduardo Matos Gallo Júnior. Julgada em 27.01.2012).

Portanto, [...], não se deve fazer distinção acerca cumprimento de sentença lastreado em sentença diversa, porquanto, alicerçado por título executivo judicial e nos limites do foro da ação coletiva, [...] (sem grifos no original - Apelação Cível n. 2011.044927-5, Des. Guilherme Nunes Born, j. em 11/10/2012).

Dessa forma, não obstante a constatação pelo juízo *a quo* da existência de outras ações civis públicas que versaram sobre a mesma questão tratada na presente demanda, em fase de cumprimento de sentença, não há negar a titularidade da exequente, ora apelante, de pleitear o direito reconhecido na decisão da Apelação Cível n. 2006.011186-8.

Diante dos argumentos expostos, reforma-se a sentença no ponto e, com fundamento no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, passa-se ao exame dos autos em toda sua inteireza.

Do pedido de suspensão do processo

A instituição financeira impugnante requereu, com fundamento no art. 475-L, § 1º (segunda parte), do Código de Processo Civil, a suspensão do processo até decisão definitiva a respeito da questão constitucional que serve de base à decisão exequenda no Supremo Tribunal Federal (Recursos Extraordinários n. 626307/SP e 591797/SP).

O Código de Processo Civil preceitua:

> Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:
>
> [...]
>
> II – inexigibilidade do título;
>
> [...]
>
> § 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Sem razão, todavia.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral de matéria constitucional relativa aos expurgos inflacionários supostamente ocorridos nos planos econômicos Bresser, Verão e Collor I

e II (Recursos Extraordinários n. 626.307/SP e 591.797/SP e no Agravo de Instrumento n. 754.745), determinando o sobrestamento de todos os recursos concernentes às ações cujo objeto fosse a cobrança dos referidos valores. Todavia, tal decisão foi expressa ao excluir a suspensão de processos em fase de instrução ou de execução e/ou cumprimento de sentença.

Do voto proferido pelo Ministro Dias Toffoli, é oportuno transcrever o seguinte excerto:

> *O sobrestamento de todos os recursos que se refiram ao objeto desta repercussão geral, excluindo-se, conforme delineado pelo Ministério Público, as ações em sede executiva* (decorrente de sentença trânsita em julgado) e as que se encontrem em fase instrutória.
>
> [...]
>
> Ante o exposto, determino a incidência do artigo 238, RISTF, aos processos que tenham por objeto da lide a discussão sobre os expurgos inflacionários advindos, em tese, dos Planos Econômicos Bresser e Verão, em curso em todo o País, em grau de recurso, independentemente de juízo ou tribunal, até julgamento final da controvérsia pelo STF. Não é obstada a propositura de novas ações, nem a tramitação das que forem distribuídas ou das que se encontrem em fase instrutória.
>
> *Não se aplica esta decisão aos processos em fase de execução definitiva e às transações efetuadas ou que vierem a ser concluídas* (sem grifos no original - STF, Recurso Extraordinário n. 626.307/SP, rel. Ministro Dias Toffoli, j. em 1º/9/2010).

No caso, o presente processo está em fase de cumprimento de sentença, logo, não está abrangido pelo aludido sobrestamento, não havendo óbice ao seu regular trâmite.

Da alegada ilegitimidade ativa da exequente

A alegada ilegitimidade da exequente para figurar no polo ativo do pedido de cumprimento de sentença funda-se na ausência de comprovação acerca da associação ao Instituto Brasileiro de Defesa do Cidadão – IBDCI à época da propositura da ação civil pública, bem como no fato de não haver evidências de que os valores creditados às contas poupanças n. 402.559-0 e n. 402.418-6 do Banco Bamerindus do Brasil S/A teriam sido cedidos à instituição financeira impugnante.

É de conhecimento desta Corte de Justiça que HSBC Bank Brasil S/A - Banco Múltiplo incorporou ao seu conglomerado o Banco Bamerindus do Brasil S/A, tendo aquele adquirido, por consequência, também as responsabilidades por todos os valores decorrentes das obrigações contraídas por este.

A propósito:

> [...] o Banco Bamerindus do Brasil S/A teve seu controle acionário adquirido por HSBC Bank Brasil S/A – Banco Múltiplo, de modo que em razão disso tornou-se seu sucessor legal.
>
> Dessa forma, o HSBC Bank Brasil S/A - Banco Múltiplo tornou-se responsável pelos contratos firmados pelo Banco Bamerindus do Brasil S/A.
>
> Essa Corte de Justiça reiteradamente tem se manifestado a favor da incidência do referido instituto, posicionando-se no sentido de ser o ora Apelante parte legítima para figurar no pólo passivo de demandas ajuizadas por clientes que mantinham relação jurídica com o Banco sucedido (Apelação Cível n. 2010.011201-4, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. em 24/11/2011).

No caso, foi juntado ao feito o "contrato de compra e venda de ativos, assunção de direitos e obrigações e outras avenças" firmado entre Banco

HSBC S/A e Banco Bamerindus do Brasil S/A, no qual é mencionado que aquela instituição financeira assumiu as atividades bancárias desta.

Resta indemonstrado, contudo, que os valores decorrentes das contas poupanças n. 402.559-0 e n. 402.418-6 do Banco Bamerindus do Brasil S/A não teriam sido abrangidos pelo referido ajuste, ônus que incumbia à impugnante, conforme a letra do art. 333, inc. II, do Código de Processo Civil.

Dessa forma, não há razões para o acolhimento dessa preliminar sob esse aspecto.

Por outro lado, para a comprovação da legitimidade ativa da exequente que ajuizou o pedido de cumprimento de sentença com lastro no título executivo judicial exarado na Ação Civil Pública n. 023.03.060382-2 (Apelação Cível n. 2006.011186-8), mostrava-se desnecessária a associação ao Instituto Brasileiro de Defesa do Cidadão – IBDCI.

Constatado está que a ação civil pública sobre cuja decisão se baseia o cumprimento impugnado teve por objeto direito individual homogêneo, o qual não exige um vínculo associativo para a sua configuração.

A respeito da matéria, em caso análogo, averbou o Tribunal de Justiça do Paraná:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA AÇÃO CIVIL PÚBLICA [...] ILEGITIMIDADE ATIVA INOCORRÊNCIA EFICÁCIA DA SENTENÇA QUE ATINGE TODOS OS POUPADORES DO ESTADO DO PARANÁ TITULARES DE CONTA À ÉPOCA JUNTO ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS COMPROVAÇÃO DE VÍNCULO COM A ASSOCIAÇÃO AUTORA DA AÇÃO COLETIVA DESNECESSIDADE [...] 2. Desnecessária a existência de vínculo associativo do poupador com a APADECO à época do ajuizamento da ação. Assim, tratando-se de tutela coletiva, possui a APADECO legitimidade para pleitear as diferenças de poupança em nome dos poupadores, por se tratar de interesse

> individual homogêneo [...] (Agravo de Instrumento n. 877559-3, rel. Des. Luís Carlos Xavier, j. em 25/7/2012).

Retira-se do corpo do acórdão:

> [...] tem direito às diferenças de remuneração todos os poupadores por ocasião dos planos econômicos, pois em se tratando de direito individual homogêneo, descabe a aplicação do artigo 16, da Lei 7.347/85.
>
> As sentenças proferidas na ação civil pública, cujos efeitos são, em regra, *erga omnes*, se estendem a todo território sobre o qual exerça jurisdição o Tribunal local a que esteja vinculado o juízo prolator.
>
> Desta forma, no caso dos autos, a sentença proferida na ação civil pública terá efeitos sobre todo o Estado do Paraná.
>
> Neste sentido é a jurisprudência:
>
> "*[...] Em se tratando de direito individual homogêneo descabe a aplicação do art. 16 da Lei nº 7.347/85. 4. As sentenças proferidas na ação civil pública, cujos efeitos são, em regra, erga omnes se estendem a todo território sobre o qual exerça jurisdição o Tribunal local a que esteja vinculado o juízo prolator. [...]*" (TJPR, Agravo de Instrumento nº 803750-3, 15ª Câmara Cível, Rel. Des. Jucimar Novochadlo, publ. 23.08.2011).
>
> [...]
>
> Desta feita, desnecessária a existência de vínculo associativo do poupador com a APADECO à época do ajuizamento da ação, pois as relações mantidas com as instituições financeiras constituem-se em relações de consumo amparadas, portanto, pelo Código de Defesa do Consumidor. E, tratando-se de tutela coletiva, possui a APADECO legitimidade para pleitear as diferenças de poupança em nome dos poupadores, por se tratar de interesse individual homogêneo.
>
> Entretanto, uma vez acolhida a pretensão inaugural na ação civil pública, caberá a cada interessado habilitar-se na causa, detalhando sua situação junto à instituição financeira, não cabendo à APADECO nem à instituição financeira identificar os beneficiários da decisão (Agravo de Instrumento n. 877559-3).

Ademais, é importante ressaltar o efeito *erga omnes* da decisão ditada na lide posta em juízo, até porque a razão de ser da ação civil pública "é beneficiar todas as pessoas que estejam na mesma situação, rompendo com o individualismo do processo civil clássico" (TJPR - Agravo de Instrumento n. 854706-4, rel. Des. Edson Vidal Pinto, j. em 5/9/2012).

Considerando que a decisão exequenda registrou os seus efeitos a todos os poupadores do Estado de Santa Catarina que mantiveram contas de caderneta de poupança iniciadas ou renovadas até 15/6/1987 e 15/1/1989, nada dispondo sobre o limite do *decisum* apenas aos associados do Instituto Brasileiro de Defesa do Cidadão – IBDCI, por certo que todos aqueles que forem poupadores por ocasião dos planos econômicos editados nos referidos períodos possuem direito às diferenças de remuneração.

Logo, contrária a alegação da instituição financeira impugnante, a exequente possui sim legitimidade ativa *ad causam*.

Rejeita-se, por conseguinte, a preliminar invocada.

Da suscitada litispendência

Asseverou a instituição financeira que a ação civil pública autuada sob n. 023.03.660151-1 e a demanda coletiva ora em execução tutelam direitos individuais homogêneos "*do mesmo grupo de substituídos, qual seja, de consumidores que supostamente tiveram prejuízo em razão do Plano Verão. Ou seja, o grupo de pessoas atingidas pelas duas decisões é exatamente o mesmo*" (fls. 13/14), razão pela qual suscitou a existência de litispendência relativamente ao "Plano Verão".

Preceitua o Código de Processo Civil:

> Art. 301 [...]
>
> § 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

> § 2º Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.
>
> § 3º Há litispendência, quando se repete ação que está em curso;

Em comentários ao referido dispositivo legal, lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> Dá-se a litispendência quando se repete ação idêntica a uma que se encontra em curso, isto é, quando a ação proposta tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir (próxima e remota) e o mesmo pedido (mediato e imediato) (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 502).

Pois bem.

Não se desconhece que, "tratando-se de ações coletivas, para efeito de aferição de litispendência, a identidade de partes deverá ser apreciada sob a ótica dos beneficiários dos efeitos da sentença, e não apenas pelo simples exame das partes que figuram no pólo ativo da demanda" (REsp n. 1168391/SC, rela. Ministra Eliana Calmon, DJ de 31/5/2010).

À vista disso, não há deixar de reconhecer a identidade dos beneficiários dos efeitos da sentença da Ação Civil Pública 023.03.060382-2 ajuizada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Cidadão – IBDCI com os beneficiários dos efeitos da sentença da Ação Civil Pública 023.03.660151-1 deduzida pela Adocon - Associação das Donas de Casa, dos Consumidores e da Cidadania de Santa Catarina.

Ocorre que, para se configurar a litispendência, é também necessário que duas ações estejam tramitando concomitantemente, o que não se verifica na hipótese.

Em consulta ao Sistema de Automação Judiciário – SAJ, constata-se que a Ação Civil Pública 023.03.060382-2 transitou em julgado em 4/6/2007, enquanto que a Ação Civil Pública 023.03.660151-1 apenas

em 13/1/2009. Ora, tendo ocorrido o trânsito em julgado de ambas as demandas, evidentemente que não é caso de litispendência, mas de coisa julgada.

Além disso, verifica-se que foi ajuizado somente pedido de cumprimento do acórdão 2006.011186-8, originário da Ação Civil Pública n. 023.03.060382-2, no qual a impugnada/executada busca o ressarcimento das perdas inflacionárias das contas poupanças n. 402.559-0 e n. 402.418-6.

Portanto, não houve pedido de cumprimento de sentença em duplicidade sobre o mesmo título exequendo.

Nesse contexto, não há prosperar a aventada litispendência.

Do excesso de execução

A instituição financeira sustentou, por fim, que houve excesso de execução, porquanto no cálculo apresentado pela exequente teriam sido incluídos valores que não constam da decisão exequenda.

Para fins didáticos, convém o exame apartado de cada uma das assertivas.

a) Expurgos inflacionários

A instituição financeira alegou que, no cálculo do valor devido, foram inclusos "percentuais espúrios para os meses de março, abril e maio de 1990, e fevereiro de 1991" (fl. 34), referentes aos Planos Collor I e Collor II, os quais não foram previstos no título executivo.

Sem razão, todavia.

Na decisão exequenda foi determinado que, para a correção monetária dos valores decorrentes das contas poupanças, deveria ser observada a variação do IPC de junho de 1987 (26,06%) – Plano Bresser – e de janeiro de 1989 (42,72%) – Plano Verão (fl. 66).

A propósito, aludem as Súmulas 32 e 37 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

> Súmula 32. No cálculo de liquidação de débito judicial, inclui-se o índice de 42,72% relativo à correção monetária de janeiro de 1989.
>
> Súmula 37. Na liquidação de débito resultante de decisão judicial, incluem-se os índices relativos ao IPC de março, abril e maio de 1990 e fevereiro de 1991.

De acordo com os verbetes, os expurgos inflacionários referentes aos meses de março, abril e maio de 1990, (84,32%, 44,80% e 7,87%), e ao mês de fevereiro de 1991 (21,87%), devem ser incluídos no cálculo da correção monetária do montante decorrente da decisão judicial, ainda que para fins de ressarcimento da diferença de percentuais de atualização monetária devidos sobre os saldos de caderneta de poupança no período de janeiro de 1989.

Dessa forma, os expurgos inflacionários previstos nas Súmulas 32 e 37 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região são consectários lógicos do direito reconhecido, estando, pois, inclusos na decisão exequenda.

Nesse sentido:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERLOCUTÓRIA QUE REJEITOU IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IRRESIGNAÇÃO DO DEVEDOR. EXCESSO DE EXECUÇÃO. AVENTADA IMPOSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DOS ÍNDICES RELATIVOS AOS PLANOS COLLOR I E II NO CÁLCULO DO VALOR DEVIDO. TESE RECHAÇADA. NECESSIDADE DE A RECOMPOSIÇÃO DO PODER DE COMPRA DA MOEDA CORRESPONDER EFETIVAMENTE AOS ÍNDICES INFLACIONÁRIOS OCORRIDOS NOS MESES DE JUNHO DE 1987, JANEIRO DE 1989, MARÇO A MAIO DE 1990 E FEVEREIRO DE 1991. APLICABILIDADE DE OFÍCIO DAS SÚMULAS NS. 32 E 37, DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, POR SE TRATAR DE CONSECTÁRIO LÓGICO DO DIREITO

> RECONHECIDO. REBELDIA DESPROVIDA (Agravo de Instrumento n. 2011.044750-1, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. em 22/5/2012).

Vale registrar que "a correção monetária paga pelas cadernetas de poupança não se confunde com a atualização monetária do débito determinada pelas sentenças judiciais. [...], pois não haveria sentido em se condenar o banco a arcar com os expurgos ocorridos em 1987 e em 1989 e, na atualização desse débito, ignorar os que sobrevieram em 1989 (para o primeiro) e em 1990 e 1991 (para ambos)" (Apelação Cível n. 2009.065421-9, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, j. em 26/7/2010).

Portanto, não falar em excesso de execução por esse prisma.

b) Juros remuneratórios

A instituição financeira asseverou que nada fora disposto no julgado exequendo acerca do pagamento de juros remuneratórios de 0,5% (zero vírgula cinco por cento) ao mês após o período de fevereiro de 1989. Por outro lado, sustentou que os juros remuneratórios não poderiam incidir após o encerramento das contas poupanças.

Improcede, contudo, a argumentação.

O reconhecimento de diferenças de correção dos valores depositados nas cadernetas de poupança implica a incidência dos juros remuneratórios.

Conforme é cediço, os juros remuneratórios "são devidos a título de compensação pelo capital depositado, que esteve à disposição da instituição financeira e que deve ser remunerado" (TJRS - Agravo de Instrumento n. 70051530467, rel. Des. Jorge Maraschin dos Santos, j. em 28/11/2012).

Ademais, a cobrança dos juros remuneratórios à razão de 0,5% (zero vírgula cinco por cento) ao mês decorre de previsão legal.

Prevê o art. 1º, § 3º, do Decreto-Lei 2.311/1986, *in verbis*:

> Art. 1º. O parágrafo único do artigo 6º e o artigo 12 do Decreto-Lei n. 2.284, de 10 de março de 1986, passam a vigorar com a seguinte redação:
>
> [...]
>
> § 3º. A taxa de juros incidente sobre os depósitos de Cadernetas de Poupança será, no mínimo, de 6% (seis por cento) ao ano, podendo ser majorada pelo Conselho Monetário Nacional.

Relativamente à impossibilidade de incidência dos juros remuneratórios após o encerramento das contas poupanças, entende-se que se trata de alegação genérica, uma vez que a instituição financeira não faz prova de que tenha ocorrido a extinção ou rescisão contratual, conforme lhe competia, nos termos do art. 333, inc. II, do Código de Processo Civil.

A par do esmiuçado, tocante à incidência dos juros remuneratórios, não há falar em excesso no cálculo apresentado pela exequente.

c) Juros moratórios

No particular, a inconformidade gravita sobre o termo inicial de incidência dos juros moratórios, uma vez que a instituição financeira pretende sua aplicação a partir da data da citação no pedido de cumprimento de sentença (agosto de 2010).

No cálculo do *quantum debeatur* (fls. 17/18), a exequente incluiu juros moratórios com incidência a partir da data da citação na ação civil pública (outubro de 2003).

Vê-se que a exequente observou a estipulação contida na decisão exequenda, considerando que o Instituto Brasileiro de Defesa do Cidadão – IBDCI postulou que à diferença da remuneração das cadernetas de poupança incidissem juros de mora a partir da citação na ação coletiva, e que o acórdão deu provimento ao recurso do demandante.

Ônus sucumbenciais

Não obstante a reforma da sentença e a alteração do resultado obtido com a demanda, é necessário consignar o entendimento desta Câmara de Direito Comercial no sentido de que, ocorrendo a instauração de impugnação ao cumprimento da sentença, apenas são cabíveis honorários advocatícios no caso de acolhimento total ou parcial do referido incidente processual. Resultando rejeitada a impugnação, subsistirão somente os honorários advocatícios fixados no pedido de cumprimento da sentença.

Tal entendimento está consubstanciado em decisão do Superior Tribunal de Justiça, que através do julgamento do Recurso Especial n. 1.134.186/RS (Acórdão publicado em 21/10/2011), com base no procedimento dos recursos repetitivos (CPC, art. 543-C) e na Resolução n. 8/2008-STJ, consagrou que "*somente são cabíveis honorários advocatícios na impugnação ao cumprimento de sentença em caso de acolhimento dela, com a consequente extinção do procedimento executório*", acrescentando que, "*em caso de rejeição da impugnação, somente os honorários fixados no pedido de cumprimento da sentença subsistirão*" (Informativo da Jurisprudência n. 480 do Superior Tribunal de Justiça).

Na hipótese *in concreto*, mostra-se inviável a condenação da parte impugnante à verba honorária, pela improcedência da impugnação.

Registra-se, todavia, a ausência de prejuízo do arbitramento dos honorários advocatícios no pedido de cumprimento de sentença, caso ainda não tenham sido fixados.

Diante do exposto, vota-se no sentido de dar provimento ao recurso para reformar a sentença e, com fulcro no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, julgar improcedente a impugnação ao cumprimento de sentença.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2011.063732-0, de Braço do Norte

Relator: Desembargador Tulio Pinheiro

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA, TRANSITADA EM JULGADO, DE ACORDO FIRMADO EM AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO QUE COMPROMISSOU OS AGRAVANTES À OBRIGAÇÃO DE SUBSCREVER NOVOS CONTRATOS SOCIAIS REFERENTES ÀS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS ENVOLVIDAS NO LITÍGIO. RECURSO DOS EXECUTADOS CONTRA DECISÃO QUE REJEITOU A IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.

PREFACIAIS AO EXAME DO RECURSO. PEÇA DE ADITAMENTO AO RECLAMO, REITERANDO O PEDIDO DE CONCESSÃO DO EFEITO SUSPENSIVO. NÃO CONHECIMENTO. PLEITO JÁ INDEFERIDO POR DECISÃO AGASALHADA SOB O MANTO DA COISA JULGADA FORMAL. ADEMAIS, INOCORRÊNCIA DE FATO NOVO A ENSEJAR A MODIFICAÇÃO DO INTERLOCUTÓRIO ANTERIOR. ALMEJADO DESENTRANHAMENTO DA DOCUMENTAÇÃO ANEXADA PELOS AGRAVADOS EM SEDE DE CONTRARRAZÕES. INVIABILIDADE. FACULDADE DOS RECORRIDOS DE TRAZER AOS AUTOS OS DOCUMENTOS QUE ENTENDEREM CONVENIENTES À DEFESA DA DECISÃO COMBATIDA. EXEGESE DO ART. 527, INC. V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECORRENTES, ADEMAIS, QUE RESTARAM DEVIDAMENTE INTIMADOS A SE MANIFESTAR ACERCA DA JUNTADA DA DOCUMENTAÇÃO EM VOGA.

RAZÕES RECURSAIS. ILEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA. TESES RECHAÇADAS. EXEQUENTES E EXECUTADOS QUE, INDEPENDENTE DE SEREM OU NÃO PARTES NA FASE DE CONHECIMENTO DA AÇÃO, PARTICIPARAM ATIVAMENTE DA TRANSAÇÃO JUDICIAL, ATRIBUINDO-SE MUTUAMENTE COMO CREDORES E DEVEDORES DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS NAQUELA OPORTUNIDADE. ALEGAÇÃO DE QUE A DECISÃO IMPUGNADA É *EXTRA* OU *ULTRA PETITA*. AFASTAMENTO. *DECISUM* QUE SE LIMITOU A REJEITAR A JUSTIFICATIVA DOS AGRAVANTES E A DETERMINAR O CUMPRIMENTO DO PACTO CONSUBSTANCIADO EM TÍTULO JUDICIAL. MÉRITO. SUSCITADA TESE DE QUE OS TERMOS DO ACORDO NÃO ABARCAM A OBRIGAÇÃO DE ASSINAR AS ALTERAÇÕES CONTRATUAIS DE TODAS AS EMPRESAS. DESCABIMENTO. TEXTO DA ATA DE AUDIÊNCIA INEQUÍVOCO NESSE SENTIDO. ASTREINTES. FIXAÇÃO E *QUANTUM* IRROGADOS ADEQUADOS À HIPÓTESE. EXCESSO INOCORRENTE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2011.063732-0, da Comarca de Braço do Norte (2ª Vara Cível), em que são agravantes Guido Valsírio Biehues e outro, e são agravados Sérgio de Oliveira Knabben e outros:

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer e negar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Paulo Roberto Camargo Costa (Presidente) e Des. Gerson Cherem II.

Florianópolis, 13 de setembro de 2012.

Tulio Pinheiro
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Guido Valsírio Niehues e Tani Maris Niehues Felipe contra decisão exarada no incidente de cumprimento de sentença (Autos n. 010.08.000142-4/003) proposto por Sérgio de Oliveira Knabben, Eliege Souza Niehues, Luiz Henrique Volpato Niehues, Ivana Niehues Nunes, Fabio Brognoli Niehues e Jamile Souza Niehues Meurer (fls. 29/31), no qual foi requerido o adimplemento forçado das obrigações consubstanciadas em acordo realizado em juízo e homologado por sentença transitada em julgado na ação de dissolução/liquidação de sociedade comercial (Autos n. 010.08.000142-4).

No *decisum* agravado, o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Braço do Norte rejeitou as justificativas apresentadas pelos executados na impugnação ao cumprimento de sentença e determinou fosse cumprido o acordo acostado à fl. 33, para que os ora agravantes assinem as alterações dos contratos sociais referentes às sociedades empresariais Indústria e Comércio de Bebidas Água da Serra Ltda. e Transbas Transportes de Bebidas Ltda., cujos teores são idênticos àquele aprovado e assinado por todos os sócios, naquela mesma audiência, para a Água da Serra Industrial de Bebidas Ltda..

Os agravantes alegaram, preliminarmente: a) que os agravados Fábio, Jamile, Eliege, Ivana e Luiz Henrique não possuem legitimidade para requerer o cumprimento do acordo, pois não são sócios das sociedades envolvidas no litígio, bem como não foram (alguns) partes na ação principal; b) que a agravante Tani não pode ser executada no incidente de cumprimento de sentença, porquanto não figurava no polo passivo da ação principal (Autos n. 010.08.000142-4), além do que seu nome não consta na ata da audiência em que se pactuou o acordo; e c) que a decisão impugnada é nula (*ultra* e *extra petita*), pois, segundo afirma, determinou a inclusão de novos sócios à revelia do que foi efetivamente requerido na inicial da ação principal. No mérito, sustentaram: a) a impossibilidade

de alteração do quadro societário por meio de deliberação tomada em audiência conciliatória; b) a inexistência de prova escrita a indicar a condição de sócios dos agravados, bem assim de deliberações autorizando modificações da denominação social, do capital social e da forma de gestão; c) a presença de disparidades entre os termos do contrato social objeto do acordo judicial e aquele que entende ser devido, com relação à Transbas Transportes de Bebidas Ltda.. Por fim, requereram fosse concedido efeito suspensivo ao agravo, alegando excesso na astreinte cominada pelo juízo *a quo* (fls. 2/19).

O efeito suspensivo almejado foi negado (fls. 158/160).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 168/186).

Os agravantes protocolizaram peça de aditamento ao agravo, reiterando o pedido de efeito suspensivo, sob a alegação de superveniência de fato novo, qual seja, a intimação da agravante Tani para que cumprisse a determinação judicial, sob pena de multa (fls. 248/265).

Cientificados acerca dos documentos trazidos nas contrarrazões (fls. 281 e 285), os agravantes se manifestaram, anotando, em suma, que: "*(...) porque não se tratam de documentos novos, ficam todos os documentos acostados impugnados por preclusa a oportunidade, mormente porque não é dado nesta fase processual do cumprimento do acordo exequendo, em contra razões de agravo reabrir o processo de cognição para eventualmente sustentar a decisão prolatada com a juntada de tais documentos."* (fls. 287/289).

Este é o relatório.

VOTO

Prefaciais ao exame do recurso.

Quanto ao petitório denominado pelos agravantes de "aditamento ao agravo", inviável o seu conhecimento.

Trata-se de peça em que os recorrentes repisam todas as argumentações aduzidas na peça recursal, reiterando, ao final, o pedido de concessão de efeito suspensivo, sob o argumento de que sobreveio fato novo no processo, a saber, a intimação da agravante Tani para cumprir a decisão impugnada.

No entanto, como cediço, "*A parte não pode, depois de interpor seu recurso, aditar ou acrescentar novos argumentos ao apelo, pois os limites de sua insurgência contra a sentença já estão definitivamente demarcados (preclusão consumativa), salvo prova de que não o pôde fazê-lo por motivo de força maior*" (Apelação Cível n. 2011.019071-2, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben; j. em 12.07.2011), o que não é o caso dos autos.

Não fosse isso, referido pedido já foi negado em decisão prolatada pelo Exmo. Des. Rodolfo C. R. S. Tridapalli (fls. 158/160) e a mera intimação da parte para cumprir a decisão "passa ao largo" de poder ser considerado "fato novo".

Doutro vértice, no que toca à peça protocolizada pelos agravantes às fls. 287/289, reputa-se descabido o pleito de desentranhamento ou desconsideração dos documentos apresentados pelos agravados em sede de contrarrazões ao agravo.

Com efeito, em se tratando de agravo por instrumento, afora os documentos de juntada obrigatória (art. 525, inc. I, do Código de Processo Civil), ao recorrente é conferida a faculdade de colacionar os documentos que julgue úteis ao convencimento do órgão julgador *ad quem* (art. 525, inc. II, do CPC).

Evidentemente, em decorrência da garantia do contraditório e por expressa previsão legal (art. 527, inc. V, do CPC), tal direito é igualmente estendido à parte agravada, que pode trazer aos autos a documentação que entender conveniente.

A propósito, vale transcrever o art. 527, inc. V, da Lei Adjetiva Processual Civil:

> Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: (...)
>
> V - *mandará intimar o agravado,* na mesma oportunidade, por ofício dirigido ao seu advogado, sob registro e com aviso de recebimento, para que responda no prazo de 10 (dez) dias (art. 525, § 2º), *facultando-lhe juntar a documentação que entender conveniente,* sendo que, nas comarcas sede de tribunal e naquelas em que o expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á mediante publicação no órgão oficial; (...) (destacou-se).

Quanto ao ponto, é clara a lição de Humberto Theodoro Júnior:

> (...) A nova redação do inc. V do art. 527 ampliou a possibilidade de instrução das contra-razões do agravado, que poderá ser feita não apenas com cópias de outras peças do processo, mas com qualquer documento que sirva para contrapor aos fundamentos do decisório agravado. Diante dessa ampliação do poder instrutório do agravado, não poderá o agravo ser julgado sem que previamente seja ouvido o agravante sobre a documentação nova (isto é, aquela que não seja simples reprodução de peças já existentes no processo principal) (arts. 397 e 398) (...) (Código de processo civil anotado. 11ª ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. pág. 395) (frisou-se).

No caso, a documentação colacionada às contrarrazões destina-se, claramente, apenas à impugnação dos argumentos levantados pelos recorrentes, tanto é que em ambas as contraminutas (fls. 168/170 e 172/186) não há qualquer pedido que não o de desprovimento do reclamo manejado.

Ademais, ainda que alguns dos documentos juntados pelos agravados sejam alheios aos autos principais, tal situação não é capaz de autorizar o desentranhamento: a uma porque destinados ao exercício do direito de defesa; a duas porquanto, como visto, há permissivo legal para o desiderato; e a três, porque devidamente intimados os ora agravantes acerca da juntada destes.

Acerca matéria, colige-se da jurisprudência:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - JUNTADA DE DOCUMENTOS NOVOS PELO AGRAVADO - POSSIBILIDADE - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - REQUISITOS - *PERICULUM IN MORA* - NÃO COMPROVAÇÃO - RECURSO PROVIDO. *Nos termos do art. 527, V, do CPC, pode o agravado, nas contra-razões, juntar qualquer documento que reputar necessário e conveniente ao julgamento do recurso.* O deferimento da tutela antecipatória está adstrito à conjugação de dois requisitos, quais sejam, a prova inequívoca da verossimilhança das alegações e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação ou o abuso do direito de defesa.Quanto ao perigo de lesão grave ou de difícil reparação, há que se ressaltar que meras alegações não têm o condão de ensejar a concessão da tutela antecipatória. É necessário, pois, fundado receio de dano. Em tendo sido evidenciado nos autos que a atividade de academia já vinha sendo desenvolvida no mesmo imóvel por outra pessoa jurídica há mais de quatro anos e sem qualquer reclamação, não se vislumbra qualquer dano iminente decorrente da exploração de tal atividade pela empresa agravante. A paralisação da atividade desenvolvida pela ré acarretará prejuízos, os quais poderão comprometer a solvabilidade da empresa e, conseqüentemente, a subsistência de seu quadro de funcionários, que retiram da academia o sustento próprio e de sua família. (Agravo de Instrumento n. 1.0702.06.275170-7/001, rel. Des. Elpídio Donizetti, j. Em 6.10.2006) (destacou-se).

E mais:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. PENHORA. IMÓVEL RESIDENCIAL. *O art. 527, inc. V do CPC faculta ao agravado juntar aos autos do recurso a documentação que entende conveniente.* Comprovado que o imóvel serve como residência da executada, rejeita-se a indicação à penhora feita pelo credor. Lei 8.009/90, art. 1.º. Agravo improvido. (Agravo de Instrumento n. 70033415589, rel. Des. Bayard Ney de Freitas Barcellos, j. em 1º.9.2010) (frisou-se).

Outrossim, devem ser ressaltadas a ausência de má-fé e deslealdade processual, bem como a plena observância ao contraditório, na presente hipótese.

Pelas razões expostas, ao contrário do que alegam os recorrentes, não há falar em preclusão, muito menos em violação ao contraditório no procedimento tomado, razão pela qual rechaça-se o pedido formulado na petição de fls. 287/289.

2. Breve contextualização fática.

No Juízo da Comarca de Braço do Norte, Guido Valsírio Niehues ajuizou ação de dissolução/liquidação de sociedade comercial em face de Sérgio de Oliveira Knabben, Jamile de Souza Niehues Meurer e Ivana Niehues Nunes, objetivando, em síntese, afastá-los do quadro societário da Indústria e Comércio de Bebidas Água da Serra Ltda.. Como terceiros interessados, arrolou Luiz Henrique Volpato Niehues, Eliege Souza Niehues e Indústria e Comércio Bebidas Água da Serra Ltda. (Autos n. 010.08.000142-4 – fls. 144/155).

Consoante se infere do caderno processual, as sociedades empresárias envolvidas no litígio – Indústria e Comércio de Bebidas Água da Serra Ltda., Transbas Transportes de Bebidas Ltda. e Água da Serra Industrial de Bebidas Ltda. – foram fundadas pelos irmãos Guido e Celso Niehues (fls. 203/205), os quais, mais adiante, cederam parte do capital a Sérgio Knabben (fls. 207/209). Com o óbito de Celso, a cota deste foi dividida, em parcelas iguais, entre seus 4 (quatro) filhos – Jamile Souza Niehues, Ivana Niehues Nunes, Luiz Henrique Volpato Niehues e Eliege Souza Niehues, divisão esta realizada e homologada nos autos do Inventário n. 010.00.002396-5, com o consentimento de Guido, que neste se habilitou como terceiro interessado (fls. 198/200, 221 e 215).

Depois de anuir com a inclusão dos herdeiros no quadro societário das aludidas companhias, Guido decidiu voltar atrás (fls. 216/217) e propôs ação de dissolução parcial da sociedade mencionada no primeiro parágrafo deste voto, alegando quebra da *affectio societatis* com relação a alguns dos sócios.

De acordo com os documentos apresentados, foram formalizados, em audiências de conciliação, dois acordos judiciais durante o trâmite desta ação. No primeiro, ocorrido em 21.7.2009, foram discutidos e delimitados os direitos societários referentes a Guido e seus filhos Fábio Niehues e Tani Niehues Felippe, momento em que esta última restou admitida como sócia das três sociedades empresárias (fl. 119). Na segunda audiência, por sua vez, realizada em 15.12.2009, foi resolvida a situação dos demais membros dos quadros sociais, consoante se infere do termo de audiência:

> (...) As partes conciliaram no sentido de aprovar por unanimidade, dada a presença de todos os sócios das empresas, o contrato social que é assinado neste ato e cujo teor também será aplicado à Indústria e Comércio de Bebidas Água da Serra Ltda. e Transbas Transportes de Bebidas Ltda. Requerem a extinção do feito, com quitação do objeto (...). (fl. 33).

A sentença que homologou este último acordo alcançou o trânsito em julgado no dia 5.4.2010 (consoante se extrai da movimentação processual do SAJ juntada à fl. 235).

Às fls. 34/51 está acostado um dos frutos das audiências conciliatórias mencionadas, isto é, mais precisamente a 4ª alteração de contrato social da Água da Serra Industrial de Bebidas Ltda., com a assinatura de todos os sócios – inclusive dos agravantes Guido e Tani – colhidas durante a última audiência suso referida.

Por sua vez, as outras duas alterações contratuais relativas à Transbas Transportes de Bebidas Ltda. e à Indústria e Comércio de Bebidas Água da Serra Ltda., acostadas respectivamente às fls. 58/82 e 89/105, não foram assinadas pelos sócios Guido e Tani, ora agravantes.

Segundo parecer exarado por consultor da empresa de assessoria Precisa, que acompanhou o acordo judicial e as reuniões realizadas pelo Conselho de Gestão das sociedades empresariais (fl. 83), "*o motivo da não assinatura pelo Sr. Guido e Tani é que eles estão vinculando a contratação do*

Sr. Atílio, como funcionário da Água da Serra, a assinatura dos Contratos Sociais.", o que não foi objeto de nenhuma negociação (fl. 85). Aludida discussão foi anotada em ata de reunião extraordinária do Conselho Gestor da Água da Serra Industrial de Bebidas Ltda. (fls. 55/56).

Por conseguinte, objetivando o suprimento das assinaturas faltantes por meio de determinação judicial, foi proposto incidente de cumprimento de sentença pelos ora agravados (Autos n. 010.08.000142-4/003), tendo o juízo *a quo* rejeitado os argumentos da peça de impugnação manejada pelos executados (ora agravantes), com base nos seguintes fundamentos:

> (...) Os executados beiram a má-fé em relação à interpretação do acordo realizado. São sabedores eles que diversas audiências de conciliação foram realizadas em 2009 nos processos envolvendo as partes. (...)
>
> O termo de audiências não deixa dúvida: a imposição não se limita à distribuição das cotas entre Guido, Fábio e Tani. Ela determina que os contratos sociais das empresas Indústria e Comércio de Bebidas Água da Serra Ltda e Transbas Transportes de Bebidas Ltda. devem ter o mesmo teor do contrato social da Água da Serra industrial de Bebias Ltda e que se encontra às fls. 07/25.
>
> Portanto, na condição de sócios, os exequentes não carecem de legitimidade ativa *ad causam* para a execução, e a recusa dos executados em assinar os contratos não é legítima.
>
> Destaco, por fim, que a inserção ou modificação de qualquer outra cláusula depende de aprovação nos termos do contrato social e não pode ser objeto de discussão nos presentes autos.
>
> Face ao exposto, rejeito a justificativa apresentada e determino aos executados que, no prazo de cinco dias, em cumprimento ao acordo de fl. 06 da presente execução: a) assinem o contrato social da empresa Indústria e Comércio de Bebidas Água da Serra Ltda que se encontra as fls. 62/78, sob pena de multa de no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada um deles que deixar de cumprir a obrigação; b) assinem o contrato social da empresa Transbas Transportes de Bebidas Ltda que se encontra as fls. 31/54, sob pena

> de multa de no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada um deles que deixar de cumprir a obrigação (...). (fls. 139/141).

Inconformados com o *decisum*, os executados interpuseram o presente recurso de agravo de instrumento, ao qual, conforme se verá, não deve ser dado provimento.

3. Preliminares.

3.1. Ilegitimidade ativa dos agravados.

Alegaram os agravantes que Jamile, Ivana, Luiz Henrique, Eliege e Fábio não possuem legitimidade para requerer o cumprimento do acordo, seja por não serem sócios das sociedades envolvidas no litígio, seja porque os três últimos não foram anotados como partes na ação principal.

De acordo com o art. 566, inc. I, do Código de Processo Civil, é parte legítima para promover a execução "*o credor a quem a lei confere título executivo.*".

O art. 475-N, inc. III, por sua vez, diz ser título executivo judicial: "*a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo.*" (grifou-se).

No caso, o título exequendo trata-se de sentença homologatória de acordo que foi celebrado e subscrito por todos os sócios das sociedades empresárias envolvidas na lide, incluídos os agravantes e agravados, em audiência conciliatória (fl. 33). Na oportunidade, conforme visto, foram pactuadas novas disposições para os termos dos contratos sociais referentes às sociedades empresariais Indústria e Comércio de Bebidas Água da Serra Ltda., Transbas Transportes de Bebidas Ltda. e Água da Serra Industrial de Bebidas Ltda..

Com relação ao contrato da Água da Serra Industrial de Bebidas Ltda., foi este assinado, já no ato da audiência, por todos os sócios, ora agravantes e agravados (fls. 34/51). Quanto aos contratos das demais

sociedades empresárias, Guido e Tani se negaram a subscrevê-los (fls. 58/82 e 89/105), muito embora tenham assumido tal obrigação naquela ocasião.

Evidente, portanto, a condição dos agravados de credores da obrigação assentada no título executivo judicial, que transitou em julgado no dia 5.4.2010 (fl. 235).

Mutatis mutandis, cita-se trecho de julgado desta Corte, no qual foi enfrentada questão similar à presente:

> (...) Ainda que se admita, por hipótese, a ilegitimidade passiva dos apelantes pessoas físicas no tocante ao processo de conhecimento - por não figurarem como parte no contrato de promessa de compra e venda cuja a rescisão se buscava -, tal circunstância em nada interfere na legitimidade desses mesmos apelantes no pólo passivo da execução.
>
> É que parte legítima passiva na execução é "*o devedor, reconhecido como tal no título executivo*" (artigo 568, inciso I, do Código de Processo Civil).
>
> Dessa forma, independemente da discussão acerca dos critérios adotados para a verificação da legitimidade dos apelantes pessoas físicas no processo de conhecimento, aqui interessa notar que eles figuram como devedores no título executivo.
>
> Vê-se, assim, que o acordo foi assinado por todos os apelantes (fls. 176-177 dos autos em apenso) e que de seus termos consta, sem nenhuma ressalva expressa à determinada parte, que "*as partes rescindem o contrato*", "*as partes requerem a extinção da ação e da reconvenção*", e que "*os requeridos honrarão com as custas finais da reconvenção*". (...)
>
> Por isso, figurando os apelantes como subscritores do acordo que aqui é título executivo, sem ressalva por parte de qualquer deles no que diz respeito ao cumprimento da obrigação estipulada, rejeita-se a preliminar de ilegitimidade passiva. (...) (Apelação Cível n. 2001.014370-4, rel. Des. Subst. Jaime Luiz Vicari; j. em 8.1.2009).

Não fosse isso, os fatos de os agravados terem estado presentes na referida audiência (conforme atesta a ata acostada à fl. 33) e de seus nomes

fazerem parte das alterações contratuais às quais os agravantes se negam a assinar (fls. 81 e 105) não deixam dúvida quanto à possibilidade de requererem o adimplemento forçado da obrigação.

Assim, também sob este ângulo, não há falar em ilegitimidade ativa dos recorridos, pouco importando, pois, a circunstância de que nem todos os sócios figuraram como parte inicial do processado que deu origem ao cumprimento de sentença, já que admitidos como tal em momento posterior (consoante denota a ata da audiência conciliatória de fl. 33), com a anuência de todos os envolvidos na lide.

3.2. Ilegitimidade passiva da agravante Tani.

Por razões similares, deve ser, também, afastada a tese de ilegitimidade passiva da agravante Tani.

É que embora não figurasse como parte na ação de dissolução parcial de sociedade e não tenha tido seu nome incluído textualmente na ata de audiência em que se pactuou a avença, Tani esteve presente, já na condição de sócia, à audiência em que foi formalizado o acordo, tendo, como os demais sócios, anuído com os termos pactuados, assinado a 4ª Alteração de Contrato Social da Água da Serra Industrial de Bebidas Ltda. (fls. 34/53), e obrigado-se a assinar as outras duas alterações de contrato social das sociedades empresariais Indústria e Comércio de Bebidas Água da Serra Ltda. e Transbas Transportes de Bebidas Ltda. (fl. 33).

Prova disso, repisa-se, encontra-se no fato de que Tani subscreveu o contrato social da Água da Serra Industrial de Bebidas Ltda. (fls. 34/53), o qual passou pelo crivo de todos os sócios no ato da audiência.

Destarte, não há dúvida de que a agravante fez parte da transação ocorrida naquela ocasião, sendo, pois, devedora de obrigação consubstanciada em título executivo judicial.

Nesse contexto, colhe-se precedente desta Corte:

> AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. INCIDENTES DE "EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE" REJEITADOS. DECISÃO FUNDAMENTADA DE FORMA CONCISA. NULIDADE INEXISTENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA CONFIGURADA. PARTE QUE ASSUME, SOLIDARIAMENTE, A RESPONSABILIDADE PELO CUMPRIMENTO DE ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE. EXEGESE DO ART. 265 DO CÓDIGO CIVIL. (...)
>
> 2. Aquele que se obriga, por vontade própria, como devedor solidário de obrigação assumida em acordo homologado judicialmente, é parte legítima para responder pela execução da sentença, porquanto, conforme dispõe o art. 265 do Código Civil, a solidariedade decorre da lei ou da vontade das partes. (...) (Agravo de Instrumento n. 2008.027506-5, rel. Des. Eládio Torret Rocha; j. em 2.3.2009).

Colige-se, ainda, da jurisprudência paulista:

> ILEGITIMIDADE *AD CAUSAM* - Execução por título judicial - Alegação de que o apelante não é parte legítima para figurar no pólo passivo da execução - Descabimento - Hipótese que, a partir do momento que o apelante subscreveu a transação descrita nos autos, sobreveio sua condição de parte legítima - Legitimidade passiva reconhecida - Preliminar rejeitada. (...) (TACSP; Processo n. 866920-5; rel. Des. Carlos Alberto Bondioli; j. em 18.08.2004) (grifou-se).

Destarte, afigura-se patente a legitimidade de Tani Niehues para figurar no polo passivo do incidente de cumprimento de sentença.

3.3. Julgamento *extra/ultra petita*.

Ainda em sede de preliminar, pretendem os agravantes seja reconhecida a nulidade da decisão combatida, ao argumento de que impõe obrigação não aventada no pedido inicial da ação de dissolução parcial de sociedade.

A argumentação, contudo, não prospera.

Primeiramente, oportuno gizar que o ato judicial digladiado consiste em decisão exarada em sede de incidente de cumprimento de sentença, à qual, como sabido, incumbe analisar as teses levantadas pelo executado na peça de impugnação.

Não obstante, cumpre enfatizar que o *decisum* limitou-se a rejeitar a justificativa dos agravantes (fls. 116/117) e ordenar fosse cumprido o acordo judicial firmado, sob pena de multa, tal como requerido pelos exequentes no petitório acostado às fls. 111/112. Nada mais.

Observa-se, ainda, que o objeto da transação judicial realizada consiste na definição das situações dos sócios das três sociedades empresárias citadas, questão que, de fato, foi posta em juízo por Guido na oportunidade da propositura da ação.

Ad argumentandum, ainda que possa ter havido a inclusão de algum ponto que não se tenha discutido até então, ou até mesmo de partes sobre as quais recaiam obrigações decorrentes da transação, tais circunstâncias não têm o condão de invalidar o acordo.

Aliás, consoante giza o já mencionado art. 475-N, inc. III, da Lei Adjetiva Civil, constitui título executivo judicial: "*a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo.*" (grifou-se).

Acerca do alcance do dispositivo de lei em comento, colhe-se a lição de Humberto Theodoro Júnior:

> (...) a transação, devidamente homologada, equipara-se ao julgamento do mérito da causa (art. 269, nº III) e importa composição definitiva da lide. Também, a conciliação das partes em audiência, reduzida a termo e homologada pelo juiz, resolve o litígio e tem "valor de sentença" (art. 449). A sentença de homologação de conciliação ou transação, de que fala o art. 475-N, III, refere-se a negócio jurídico estabelecido entre as partes para pôr fima processo pendente (art. 269, inc. III). O acordo, todavia, não precisa limitar-

> se ao objeto do processo findante. Como explicita o inc. III do art. 475-N a transação ou conciliação operada em juízo pode, também, se expandir para incluir matéria nova ainda não posta em juízo. Numa ação de cobrança de aluguel, por exemplo, podem as partes entrar em acordo para alterar cláusulas do contrato locatício, ou podem ajustar a sua rescisão; ou numa ação renovatória podem, em lugar da prorrogação postulada, convencionar a cessão do contrato ou seu encerramento findo um determinado prazo. (...) (Processo de execução e cumprimento da sentença. 26ª ed., rev. e atual. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2009. pág. 607).

Mutatis mutandis, colhe-se da jurisprudência:

> 1. CONCILIAÇÃO. DIREITO NÃO POSTULADO NA INICIAL. POSSIBILIDADE. EXEGESE DO ART. 475-N, III, DO CPC. ALEGAÇÃO DE FRAUDE. EXIGÊNCIA DE PROVA POR QUEM ALEGA - De acordo com os termos da norma do art. 475-N, inciso III, do CPC, aplicável ao processo laboral (arts. 8º e 769 da CLT), as partes têm o direito subjetivo de celebrar acordo a qualquer tempo, inclusive sobre matéria não posta em juízo, máxime na Justiça do Trabalho em que a conciliação é sempre uma meta a ser perseguida pelo julgador. Não se presume má-fé ou fraude a mera celebração de acordo com parcela não postulada na inicial, cabendo a quem alega comprovar de forma concreta. (RO n. 4800054200952456 MS 48000-54.2009.5.24.56, rel. Francisco das C. Lima Filho, j. em 24.3.2009).

Deste modo, não tendo a decisão agravada transpassado os limites fixados na peça de impugnação ao cumprimento de sentença, deve ser rechaçada a alegação de julgamento *extra* ou *ultra petita*.

Afastadas as proemiais suscitadas, passa-se ao exame do mérito.

4. Mérito.

No mérito, a tese central dos agravantes reside na assertiva de que o togado interpretou de maneira equivocada os termos da transação judicial entabulada, a qual, segundo alegam, visava, tão somente, definir a situação

das cotas de Guido e de seus filhos Fabio e Tani, a exemplo do que ocorreu na primeira audiência cuja ata encontra-se acostada às fls. 118/119.

Nas palavras dos recorrentes:

> (...) A decisão ainda merece reforma pois o que se decidiu naquela oportunidade (fl. 06) foi usar a audiência para consultar e pedir a todos os presentes que anuíssem com o acordo entre Guido X Fabio e Tani, é preciso ler os termos do acordo esta nos autos às fls. 25-26. (...) (fl. 12 – *sic*).

Todavia, como bem anotou o magistrado *a quo* na decisão digladiada (fls. 139/141), a argumentação ventilada merece rejeição.

Com efeito, a ata de audiência em que consta a formalização do acordo é clara ao dispor que as partes aprovaram, naquela ocasião, um novo contrato social, cujo teor deveria ser aplicado às três sociedades empresariais envolvidas.

Ocorre que no momento da audiência, provavelmente por ser o único que estivesse redigido e ali presente, somente o contrato referente à Água da Serra Indústria e Comércio de Bebidas Ltda. (fls. 34/53) foi assinado por todos os sócios (agravantes e agravados), o que, por óbvio, não retira a obrigação de subscrição em relação aos demais, ainda que em momento posterior.

Nesse contexto, cumpre transcrever trecho da decisão agravada, a qual foi proferida, saliente-se, pelo mesmo magistrado que presidiu a audiência na qual foi realizada a transação:

> (...) Os executados beiram a má-fé em relação à interpretação do acordo realizado. São sabedores eles que diversas audiências de conciliação foram realizadas em 2009 nos processos envolvendo as partes.
>
> Nestas audiências – longas e por mim presididas – o acordo foi 'costurado' em etapas.

> Primeiro, procurou-se resolver a situação societária entre Guido e seus filhos Fábio e Tani, resultando no acordo de fls. 91/92.
>
> Em um segundo momento, o esforço foi direcionado para a situação societária como um todo, discutindo-se os termos de um novo contrato social para as três empresas (Água da Serra industrial de Bebidas Ltda, Indústria e Comércio de Bebidas Água da Serra Ltda e Transbas Transportes de Bebidas Ltda) de forma não só a adequar os contratos ao Código Civil em vigor, mas também a impedir que os problemas pessoais existentes entre as partes interferissem na condução do negócio.
>
> Finalmente, na audiência de fl. 06, *"as partes conciliaram no sentido de aprovar por unanimidade dada a presença de todos os sócios das empresas o contrato social que é assinado neste ato e cujo teor também será aplicado à Indústria e Comércio de Bebidas Água da Serra Ltda e Transbas Transportes de Bebidas Ltda"*.
>
> O termo de audiências não deixa dúvida: a imposição não se limita à distribuição das cotas entre Guido, Fábio e Tani. Ela determina que os contratos sociais das empresas Indústria e Comércio de Bebidas Água da Serra Ltda e Transbas Transportes de Bebidas Ltda. devem ter o mesmo teor do contrato social da Água da Serra industrial de Bebidas Ltda e que se encontra às fls. 07/25. (...) (fls. 139/140).

Ressalta-se, ademais, que os próprios agravantes admitem que a alteração do contrato social da Água da Serra Industrial de Bebidas Ltda. decorreu do acordo exequendo. Ou seja, ao menos com relação a esta, não negam que foi discutida a situação dos demais sócios (entre os quais, os ora agravados), o que derruba, por conseguinte, a tese de que a transação versava somente sobre a divisão das cotas referentes a Guido, Tani e Fábio.

Ainda, ao contrário do que tentam fazer crer os recorrentes, o *decisum* objurgado não tratou de modificar os teores dos contratos sociais relativos às sociedades empresariais em voga. Pelo contrário, determinou, tão somente, fosse cumprido o acordo homologado, no qual, como visto, as próprias partes transigiram e aprovaram as alterações contratuais.

De outra banda, quanto à assertiva de que não há prova nos autos de que os agravados sejam sócios das sociedades empresárias envolvidas na lide, tem-se que totalmente irrelevante ao deslinde do presente incidente de cumprimento de sentença.

Isso porque o título judicial a que se está requerendo o cumprimento versa exatamente sobre a questão da inclusão/exclusão de sócios, dentre os quais os agravados. Portanto, ainda que não fossem membros das sociedades empresárias até então, isso não impediria que os ora recorridos postulassem o adimplemento do acordo, a fim de que viessem a se tornar sócios.

Nada obstante, cumpre observar que a premissa levantada nem sequer condiz com a realidade dos fatos.

Consoante se infere do Sistema de Automação do Judiciário – SAJ e do caderno processual, depreende-se que os agravados Jamile, Ivana, Eliege e Luiz Henrique, ao contrário do que sugerem os recorrentes, já haviam sido incluídos como sócios da Transbas Transportes de Bebidas Ltda. e da Indústria e Comércio de Bebidas Água da Serra Ltda., na condição de herdeiros de Celso Niehues e Janice Niehues, inclusive com o consentimento do agravante Guido (a agravante Tani ainda não possuía cotas nas sociedades empresárias à época), por força de decisões ofertadas nos autos do Inventário n. 010.00.002396-5 e seu formal de partilha – confira-se do teor da Terceira Alteração Contratual da Transbas Transportes de Bebidas Ltda. (fls. 128/130) e do termo de audiência relativo aos Autos n. 010.06.000768-0, constante do SAJ e acostado à fl. 215, no qual consta determinação expressa "*para que seja oficiado à junta comercial, visando a inclusão dos herdeiros de Celso Niehues e Janice Niehues no contrato social da empresa Indústria e Comércio de Bebidas Água da Serra LTDA, nos termos do formal de partilha do inventário n. 010.00.002396-5 (...)*".

Aliás, da análise dos documentos apresentados pelos agravados, percebe-se que já estão em vigor (há mais de três anos) os contratos sociais

relativos àquelas sociedades empresariais constando como membros Jamile, Ivana, Luiz Henrique e Eliege (fls. 225/228 e 230/232), fato, salienta-se, omitido pelos recorrentes no corpo do recurso.

Quanto ao contrato da Indústria e Comércio de Bebidas Água da Serra Ltda., embora tenha o agravante Guido Niehues anuído em juízo com os seus termos (conforme demonstram os documentos de fls. 198, 200 e 215, os dois primeiros relativos aos precitados autos de inventário e o último aos Autos n. 010.06.000768-0), verifica-se que negou-se, posteriormente, a subscrevê-lo (fl. 228), sob a assertiva de que a legitimidade acerca da inclusão dos referidos sócios seria objeto da presente demanda.

No entanto, extrai-se do caderno processual que a negativa de Guido não foi capaz de impedir que fossem averbadas ambas as alterações na Junta Comercial do Estado, do que dão conta os documentos de fls. 223, 225/228 e 230/232.

Por fim, inaceitável a assertiva de que o contrato social apresentado pelos agravantes (fls. 131/134), referente à Transbras Transportes de Bebidas Ltda., é o que melhor se adequa ao teor dos acordos firmados.

Na verdade, este novo contrato, produzido unilateralmente pelos agravantes, é fruto da interpretação que tentam os agravantes fazer prevalecer a qualquer custo nas razões do recurso, segundo a qual a transação judicial havida limitou-se a discutir a situação de Guido e seus herdeiros, o que, como já ressaltado, não prospera.

Repisa-se: a ata da audiência de conciliação assinada por todas partes envolvidas é inequívoca ao descrever que todos os sócios deliberaram a respeito da elaboração de um novo contrato social para a Água da Serra Industrial de Bebidas Ltda. (assinado na audiência e acostado às fls. 34/53) e acordaram a aplicação de seus termos às sociedades empresariais Indústria e Comércio de Bebidas Água da Serra Ltda. e Transbas Transportes de Bebidas Ltda., não cabendo discutir, neste momento, eventuais alterações

em seus teores, notadamente porquanto a avença restou homologada por sentença transitada em julgado.

E como cediço, "*em grau de cumprimento de sentença, o provimento jurisdicional tem como balizas o que foi decidido – no caso homologado – no título judicial, de modo que escapa completamente daquele e do que foi discutido no processo de conhecimento a validade deste negócio jurídico superveniente*." (Apelação Cível n. 2011.044995-2, rel. Des. Henry Petry Junior; j. em 3.5.2012).

4.1 Astreintes.

Sobre o instituto em voga, transcrevem-se as bem lançadas palavras da Exma. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta:

> As *astreintes* representam meio de coerção indireta vocacionado à tutela específica de obrigações de fazer, positivas ou negativas (art. 461, CPC), ou do dever jurídico de entregar coisa (art. 461-A, CPC), relegando para segundo plano o sucedâneo das perdas e danos (art. 461, § 1°, CPC). Não possuem tônica indenizatória ou compensatória ao credor da prestação inadimplida (art. 461, § 2°, CPC), tampouco gênese essencialmente punitiva, característica apenas remota, recôndita na forma de sanção pecuniária. O escopo das *astreintes*, na verdade, é dirigido ao fim de incutir pressão psicológica sobre o destinatário de ordem mandamental, instando-o, com cominação persuasiva, à adoção da postura de fazer, não fazer ou entregar em benefício da parte adversa. (...). (Agravo de Instrumento n. 2007.002085-2; j. em 22.06.2007).

A medida, como dito, encontra respaldo legal no art. 461-A do Código de Processo Civil, *in verbis:*

> Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (...)
>
> § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor,

> se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

Com relação ao valor da multa coercitiva, leciona Nelson Nery Júnior:

> O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das *astreintes* não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz. (...) (Código de processo civil comentado. 9ª edição. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2006, pág. 586).

Na hipótese vertente, o togado *a quo,* atendendo a pedido dos exequentes (fl. 31), aplicou multa no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), para cada um dos executados, a fim de compeli-los a cumprir a avença firmada na transação judicial realizada, especificamente no tocante à subscrição dos contratos sociais aprovados naquela ocasião (fls. 139/141).

A medida irrogada, adiante, afigura-se adequada.

Para fins de demonstração do cabimento e da necessidade tanto da imposição da *astreinte* quanto da fixação do valor arbitrado pelo magistrado, cabe relembrar alguns pontos constatados durante o decorrer do presente voto: a) a transação que resultou no acordo homologado (fl. 33) foi realizada no dia 18.12.2009; b) os agravantes, até a presente data, não assinaram as alterações contratuais relativas à Indústria e Comércio de Bebidas Água da Serra Ltda. e à Transbas Transportes de Bebidas Ltda., avocando, para tanto, teses manifestamente infundadas, com o nítido propósito de se furtar (ou protelar) ao adimplemento da obrigação; c) segundo a ata da reunião extraordinária do Conselho Gestor da Água da Serra Industrial de Bebidas Ltda., anexada à fl. 55, "*quanto a assinatura dos contratos da TRANSBAS*

e Água da Serra Empreendimentos, o sr. Guido se negou a assinar enquanto o assunto da contratação do Atílio ficar sem definição", o que foi corroborado pelo consultor do escritório que assessora as sociedades empresárias (fl. 85).

Por outro lado, de se destacar, ainda, que a instabilidade decorrente da indefinição no quadro societário e, por conseguinte, dos responsáveis pela administração das aludidas sociedades empresárias, é capaz de refletir nas atividades destas, podendo, sem dúvidas, vir a acarretar-lhes prejuízos.

A este respeito, observou o consultor Lúcio Nazareno:

> (...) A empresa precisa voltar a ter foco na gestão e no LUCRO e para que isso aconteça, precisa resolver as questões da assinatura dos contratos sociais, definir os Conselheiros e também definir os gestores e suas responsabilidades. Creio que com estas pendências resolvidas os gestores voltarão a ter autonomia e poderão se concentrar na gestão do negócio. (...) (fl. 85).

Assim, além de privar os exequentes de direitos a eles já reconhecidos judicialmente, a mora dos agravantes no cumprimento de suas obrigações (assinatura das alterações contratuais) interfere na gestão administrativa e financeira das próprias sociedades empresárias envolvidas e, via de consequência, de todas as pessoas atingidas pelos eventuais danos ocasionados.

Não obstante, ao que parece, nem mesmo a cominação da multa no *quantum* mencionado (em decisão datada de 26.7.2011) foi capaz de desencorajar os agravantes a ignorar os termos da avença homologada, bem assim a decisão que ordenou-lhes o cumprimento.

Destarte, diante do quadro narrado, tanto a fixação da multa quanto o valor arbitrado mostram-se razoáveis e, até mesmo, recomendáveis para o pretenso desiderato.

Em arremate, por todas as razões expostas, não carece de reparos a decisão impugnada, de sorte que deve ser negado provimento ao agravo.

Este é o voto.

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2012.078607-3, de São José

Relator: Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva

Apelação cível. Ação de busca e apreensão. Contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária. Sustentado inadimplemento das prestações ajustadas entre as partes.

Preliminares. Legitimidade ativa *ad causam* e interesse processual alegados. Matéria não apreciada em 1ª instância. Ausência de interesse recursal. Apelo não conhecido nesse ponto. Pretensa aplicação de orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça. Inexistência, todavia, de efeito vinculante do recurso repetitivo às instâncias inferiores. Prefacial afastada.

Mérito. Imprescindibilidade de constituição da mora. Súmula 72 do Superior Tribunal de Justiça. Pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo a ser preenchido, a critério do credor, por meio de notificação extrajudicial ou de protesto, e não pelo mero descumprimento das obrigações. Artigo 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 911/1969.

Notificação extrajudicial. Comunicação via postal que deve ser efetuada por serventia extrajudicial, sendo inviável ao credor promovê-la por qualquer ato particular (correio, escritório de advocacia, etc.). Realização por cartório situado em comarca diversa do domicílio do alienatário. Possibilidade. Desnecessidade de comprovação do recebimento pelo próprio destinatário. Validade da simples entrega no endereço informado no pacto. Precedentes.

Protesto. Procedimento a ser seguido conforme o disposto na Lei n. 9.492/1997. Apresentação do título preferencialmente na praça de pagamento nele descrito ou no domicílio do devedor ou, ainda, no do credor, sob pena de cerceamento do direito de elidir o ato notarial. Publicação de edital somente permitida depois de prévia tentativa de intimação pessoal.

Mora, *in casu,* devidamente constituída por protesto de título. Instrumento notarial que apresenta dois resultados distintos. Validade dos atos se observados de forma isolada. Condição de procedibilidade preenchida.

Sentença de extinção desconstituída. Recurso provido na parte conhecida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.078607-3, da comarca de São José (Vara de Direito Bancário), em que é apelante BV Financeira S/A Crédito Financiamento e Investimento, e apelado Maxwell de Azevedo Silva:

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, à unanimidade, conhecer, em parte, do recurso e, na parte conhecida, dar provimento, nos termos do voto do relator. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Tulio Pinheiro, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Gerson Cherem II.

Florianópolis, 22 de novembro de 2012.

Ronaldo Moritz Martins da Silva
RELATOR

RELATÓRIO

Perante o Juízo de Direito da Vara de Direito Bancário da comarca de São José, BV Financeira S/A Crédito, Financiamento e Investimento propôs "ação de busca e apreensão" (processo n. 064.12.502134-1) em face de Maxwell de Azevedo Silva, para recuperar o bem objeto de alienação fiduciária, atinente à "cédula de crédito bancário CDC/CP" n. 251020966, celebrada entre as partes.

O MM. Juiz de Direito, Dr. Rafael Fleck Arnt, prolatou sentença (fls. 22/24), cujo dispositivo foi assim redigido:

> POSTO ISTO, INDEFIRO A INICIAL, face a ausência de pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo, pela inexistência de documento indispensável à propositura, com fundamento no artigo 267, inciso IV, do CPC.
>
> Condeno o(s) autor(es) nas despesas processuais, sem honorários advocatícios, ante a não triangularização processual.
>
> Se for o caso, levantem-se eventuais restrições.
>
> Registre-se. Publique-se. Intimem-se.
>
> Após o trânsito, e não havendo pendências, arquivem-se, ficando desde já autorizado o desentranhamento de documentos que instruíram a inicial, mediante certidão e cópia autenticada, se for o caso expedindo-se alvará.

Inconformado, o requerente apelou (fls. 27/35), sustentando, em preliminar, que 1) possui legitimidade ativa *ad causam* e interesse processual; 2) "*[...] a exigência da comprovação da mora se apresenta apenas para o caso de concessão de liminar [...]"* (fl. 29); 3) as orientações emanadas no julgamento do Recurso Especial n. 1.061.530/RS, julgado em 22.10.2008 e representativo da Lei n. 11.672/2008, merecem ser acolhidas.

No mérito, alegou, em síntese, que 1) a constituição da mora foi devidamente comprovada por meio da notificação extrajudicial encaminhada por cartório, mediante AR, ao endereço do requerido; 2)

"*a atitude da parte recorrida notadamente beira a má-fé, visto que [...], no momento em firmou o pacto, estava plenamente ciente dos valores e condições contratuais, portanto, não poderia simplesmente deixar de cumprir suas obrigações"* (fl. 35).

Postulou o provimento do reclamo.

Esse é o relatório.

VOTO

O recurso é tempestivo (fls. 26/27) e o preparo foi devidamente efetuado (fls. 39/40).

Das preliminares

A instituição financeira recorrente aduziu ter legitimidade para propor a demanda acima relatada e possuir interesse processual.

Denota-se, *data venia,* que tais matérias não foram objeto de apreciação pelo Juízo de 1º grau.

Não há, portanto, interesse recursal a respeito dos temas, razão pela qual o apelo não merece ser conhecido nesse ponto.

O assunto atinente à comprovação da mora para concessão de liminar confunde-se com o mérito e com ele será analisado.

Da orientação jurisprudencial

A Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672/2008) busca dar maior celeridade na tramitação dos Recursos Especiais que versem sobre a mesma questão de direito no Superior Tribunal de Justiça, dando uniformidade a sua jurisprudência.

Sobre o tema, Humberto Theodoro Júnior

> Breves Comentários – No propósito de reduzir o exagerado volume de recursos especiais que afogam o STJ, a Lei n. 11.672/2008 instituiu, por meio do art. 543-C, acrescido ao CPC, um procedimento particular para as causas repetitivas. Ocorrida a presença de um grande número de recursos sobre idêntica questão de direito, o Presidente do Tribunal local não fará subir todos os recursos especiais. Selecionará um ou alguns processos para encaminhar ao STJ. Os demais ficarão retidos na origem, no aguardo do pronunciamento a ser manifestado pela Seção especializada ou pela Corte Especial do STJ. A tese que se firmar no julgamento paradigma prevalecerá para todos os demais processos idênticos. Os recursos afinados com o modelo do STJ serão inadmitidos pela autoridade local. Os acórdãos divergentes voltarão a um juízo de reexame pelo órgão que os prolatou. Se reformados, ficarão prejudicados os recursos pendentes. Se mantidos, submeter-se-ão ao juízo de admissibilidade do Presidente do Tribunal de origem. (*in* Código de Processo Civil anotado. 13ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 548)

Denota-se que eventual orientação jurisprudencial definida pelo aludido órgão, em decorrência de causas repetitivas, não produz efeito vinculante às instâncias inferiores.

Destarte, afasta-se a aludida prefacial.

Do mérito

Em ação de busca e apreensão de bem objeto de contrato de financiamento com garantia de alienação fiduciária, a constituição em mora do devedor é pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, como enuncia a Súmula 72 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.

A respeito da matéria, o artigo 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 911/1969 dispõe:

> Art. 2º. [...]

> § 2º. A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor.

A regular constituição da mora do devedor pressupõe a sua (1) notificação pessoal ou a (2) lavratura de protesto do título, objeto de sua relação com o credor.

O eventual inadimplemento da obrigação não demonstra, *ipso facto*, a caracterização da mora.

Nos termos do aludido dispositivo, a notificação extrajudicial deve ser realizada, necessariamente, por Serventia Extrajudicial, sendo inviável ao credor promovê-la por qualquer ato particular (correio, escritório de advocacia, etc.).

A respeito do tema:

> 1) Apelação Cível n. 2012.026562-7, de Laguna, rel. Des. Tulio Pinheiro, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 21.06.2012:
>
> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO, GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DECISÃO QUE EXTINGUIU O FEITO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, POR AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MORA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL LEVADA A EFEITO POR ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. INADMISSIBILIDADE. EXEGESE DO ART. 2º, § 2º, DO DECRETO-LEI N. 911/69. MORA NÃO COMPROVADA. FALTA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. [...] RECURSO DESPROVIDO. (grifou-se)
>
> 2) Apelação Cível n. 2012.020646-5, de Mafra, rel. Des. José Inácio Schaefer, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 08.05.2012:http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp

> CONSTITUIÇÃO EM MORA. Alienação fiduciária. Busca e apreensão extinta. Falta de pressuposto processual. Insurgência. Notificação expedida por escritório de advocacia. Documento inábil. Ausente requisito essencial. Emenda inviável. Provimento negado.
>
> O documento expedido por escritório de advocacia e enviado pelos Correios não equivale à notificação extrajudicial por Cartório e, portanto, é inválido para constituir o devedor em mora.

Em 29.02.2012, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1283834/BA, assentou que Cartório Extrajudicial de comarca distinta do domicílio do devedor pode promover a aludida comunicação.

Colhe-se do julgado:

> [...] o art. 9º da Lei nº 8.935/94, inserido na Seção II "Das Atribuições e Competências dos Notários", traz restrição à prática de atos fora do Município para o qual recebeu delegação, mas diz respeito expressamente ao tabelião de notas, não se aplicando ao cartório de títulos e documentos. Observe-se que, para este último, há seção específica na referida lei: "Atribuições e Competências dos Oficiais de Registros".
>
> Assim, por ausência de norma dispondo em contrário e tendo em vista o pleno alcance de sua finalidade (dar conhecimento da mora ao próprio devedor a quem é endereçada a notificação), tenho como válida a notificação extrajudicial realizada por via postal, no endereço do devedor, ainda que o título tenha sido apresentado em Cartório de Títulos e Documentos situado em comarca diversa do domicílio daquele. [...]

A propósito:

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE AUTOMÓVEL COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL REALIZADA POR CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS SITUADO EM COMARCA DIVERSA DA DO DOMICÍLIO DO DEVEDOR. VALIDADE.

> 1. A notificação extrajudicial realizada e entregue no endereço do devedor, por via postal e com aviso de recebimento, é válida quando realizada por Cartório de Títulos e Documentos de outra Comarca, mesmo que não seja aquele do domicílio do devedor. Precedentes.
>
> 2. Julgamento afetado à Segunda Seção com base no procedimento estabelecido pela Lei nº 11.672/2008 (Lei dos Recursos Repetitivos) e pela Resolução STJ nº 8/2008.
>
> 3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (STJ, REsp 1184570/MG, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, j. 09.05.2012).

Denota-se, ainda, que a simples entrega da notificação no endereço informado no pacto é suficiente para a sua validade, sendo desnecessária a demonstração do recebimento pelo próprio adquirente alienatário.

Sobre a matéria:

> 1) STJ, AgRg no REsp 659582/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 04.11.2008:
>
> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. COMPROVAÇÃO DA MORA. ENTREGA DA NOTIFICAÇÃO. ENDEREÇO DO DEVEDOR.
>
> É válida, para efeito de constituição em mora do devedor, a entrega da notificação em seu endereço, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário. Agravo improvido.
>
> 2) STJ, AgRg no REsp 885656/SC, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 26.10.2010:
>
> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. CONSTITUIÇÃO EM MORA DO DEVEDOR. NOTIFICAÇÃO ENTREGUE NO ENDEREÇO DO DEVEDOR. VALIDADE. REVISÃO DE OFÍCIO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. IMPOSSIBILIDADE. [...]
>
> 2. Nos termos do art. 2º, §2º, do Decreto-lei 911/69, a comprovação da mora, na alienação fiduciária, pode ser efetivada

> mediante notificação extrajudicial promovida por meio de Cartório de Títulos e Documentos e entregue no domicílio do devedor, não se exigindo o recebimento pessoal pelo devedor. Precedentes [...]. (grifou-se)

A constituição da mora pode ser promovida também por protesto de título, que, conforme o artigo 1º da Lei n. 9.492/1997, "*é ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida*".

Consoante estabelece o artigo 968 do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina, "*os documentos de dívida serão apresentados ao oficial de protestos do lugar do pagamento nele declarado, ou, na sua falta, do domicílio do devedor, indicado no próprio título, ou, faltando ainda tal indicação, do domicílio do credor*".

Assim, diferente da comunicação pessoal realizada por carta, o credor deve apresentar o título no Oficial de Registro de Protesto dos lugares mencionados no dispositivo supracitado, para que produza o efeito almejado, sem que se cerceie o direito do devedor de elidir o eventual débito.

Pertinente à espécie:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI N. 911/69. PROVA DA CONSTITUIÇÃO DA MORA DO DEVEDOR REALIZADA POR MEIO DE PROTESTO LAVRADO EM COMARCA DIVERSA DAQUELA DA RESIDÊNCIA DEVEDOR. ART. 728 DO CÓDIGO DE NORMAS DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA. NÃO-APLICAÇÃO. INCIDÊNCIA DO ART. 968 DO MESMO CÓDIGO. APRESENTAÇÃO DA CAMBIAL PREFERENCIALMENTE NA PRAÇA DE PAGAMENTO NELA DESCRITA, OU, SUBSIDIARIAMENTE, NO DOMICÍLIO DO DEVEDOR OU, AINDA, NAQUELE DO CREDOR. PROTESTO REALIZADO POR CARTÓRIO SEDIADO NO LUGAR AJUSTADO PARA RESGATE DA CÁRTULA, SENDO O MUTUÁRIO CIENTIFICADO VIA

> CARTA COM AVISO DE RECEBIMENTO E PUBLICAÇÃO EDITALÍCIA. MORA CONTRATUAL DEVIDAMENTE COMPROVADA. SENTENÇA EXTINTIVA CASSADA. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO JUÍZO A QUO PARA O REGULAR PROCESSAMENTO DO FEITO. RECURSO PROVIDO. [...]
>
> "No protesto de título de crédito não se aplica o art. 728, do Código de Normas da Corregedoria Geral de Justiça de Santa Catarina e o Provimento n. 11/01 da Corregedoria Geral de Justiça de Santa Catarina, acerca da delimitação territorial para a lavratura do ato por serventia situada no limite geográfico da jurisdição onde reside o devedor. Aplica-se, entretanto, o art. 968 daquele Código, determinando que o aludido ato notarial deve ser lavrado preferencialmente no cartório correspondente à praça de pagamento da cártula, ou no local do contrato, ou ainda, no domicílio do devedor" (TJSC, AI n. 2006.046371-2, de Balneário Piçarras, Rel. Des. Hilton Cunha Júnior, j. em 2-8-2007) (grifou-se). (Apelação Cível n. 2008.015384-8, de Blumenau, rel. Des. Ricardo Fontes, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 15.05.2008)

Considera-se válido o protesto quando a notificação do devedor for realizada segundo o procedimento descrito nos artigos 14 e 15 da referida lei, *in verbis:*

> Art. 14. Protocolizado o título ou documento de dívida, o Tabelião de Protesto expedirá a intimação ao devedor no endereço fornecido pelo apresentante do título ou documento, considerando-se cumprida quando comprovada a sua entrega no mesmo endereço.
>
> [...]
>
> Art. 15. A intimação será feita por edital se a pessoa indicada para aceitar ou pagar for desconhecida, sua localização incerta ou ignorada, for residente ou domiciliada fora da competência territorial do tabelionato, ou, ainda, ninguém se dispuser a receber a intimação no endereço fornecido pelo apresentante.

A lei exige prévia tentativa de intimação pessoal para que, somente após, seja publicado o edital.

Nessa direção, são os julgados deste Tribunal:

> 1) Apelação Cível n. 2012.030458-9, de São José, rel. Des. Tulio Pinheiro, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 21.06.2012:
>
> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO, GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DECISÃO QUE EXTINGUIU O FEITO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, POR AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO (ART. 267, INC. IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). [...] EXEGESE DO ART. 2º, § 2º, DO DECRETO-LEI N. 911/69. PROTESTO DO TÍTULO POR EDITAL. DESCABIMENTO. FALTA DE TENTATIVA PRÉVIA VÁLIDA DE CIENTIFICAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR. MORA NÃO COMPROVADA. [...] ANÁLISE PREJUDICADA. RECURSO DESPROVIDO.
>
> 2) Agravo de Instrumento n. 2009.072614-9, da Capital, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 08.09.2010:
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO - BUSCA E APREENSÃO - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - PROTESTO DO TÍTULO - INTIMAÇÃO VIA EDITAL, APÓS FRUSTRADA A TENTATIVA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA DEVEDORA - VIABILIDADE - EXEGESE DO ART. ART. 2º, § 2º DO DECRETO-LEI Nº 911/69 - RECURSO PROVIDO.
>
> Para a caracterização da mora autorizadora da deflagração de busca e apreensão decorrente de contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária, é imprescindível a prévia notificação pessoal do devedor.
>
> Frustrada a tentativa de intimação pessoal do devedor, se legitima a sua intimação via edital por ocasião do protesto do título, valendo o instrumento como comprovação da mora.

O edital só será expedido e publicado se, ao buscar a comunicação do devedor pessoalmente, for observada, em tese, alguma das hipóteses elencadas no artigo 15, quais sejam "*(1) se a pessoa indicada para aceitar ou pagar for desconhecida, (2) sua localização incerta ou ignorada, (3) for*

residente ou domiciliada fora da competência territorial do tabelionato, ou, ainda, (4) ninguém se dispuser a receber a intimação no endereço fornecido pelo apresentante".

A suposição do item 3 não prevalece e não pode ser aplicada nas relações jurídicas submetidas ao Código de Defesa do Consumidor.

No procedimento relativo ao protesto do título, o devedor será notificado para pagar o débito perante o Tabelião (artigo 19 da Lei n. 9.492/1997).

O adquirente alienatário residente ou domiciliado fora da competência territorial do tabelionato terá que se deslocar e suportar despesas para efetuar o pagamento.

Esses obstáculos determinam prejuízo e posição de inferioridade, o que é vedado pelo CDC.

Eventual justificativa diversa das regras aceitas nesse rol (itens 1, 2 e 4) importa na invalidação do protesto e, consequentemente, na constituição da mora.

Nesse sentido:

> 1) TJSC, Apelação Cível n. 2012.015847-0, de São José, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 10.04.2012:
>
> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE MÚTUO FINANCEIRO COM CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. MAGISTRADO *A QUO* QUE JULGA O PROCESSO EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, SOB O FUNDAMENTO DE INOCORRÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MORA. IRRESIGNAÇÃO DA DEMANDANTE.
>
> CONSTITUIÇÃO EM MORA. [...] COMUNICAÇÃO DA INADIMPLÊNCIA LEVADA A EFEITO POR PROTESTO DO TÍTULO VIA EDITAL. AUSÊNCIA DE TENTATIVA

> DE CIENTIFICAÇÃO DA DEMANDADA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DAS HIPÓTESES CONSTANTES DO ARTIGO 15 DA LEI N. 9.492, DE 10.9.1997. INVALIDADE DO PROCEDIMENTO ADOTADO. MORA NÃO COMPROVADA. FALTA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. INCIDÊNCIA DO ART. 267, INCISO IV, DO CÓDIGO BUZAID. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA EXTINTIVA, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. [...] (grifou-se)
>
> 2) TJRS, Agravo Interno n. 70047176557, de Porto Alegre, rel. Des. Jorge André Pereira Gailhard, Décima Quarta Câmara Cível, j. 17.05.2012:
>
> AGRAVO INTERNO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PROTESTO. INTIMAÇÃO POR EDITAL. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DAS POSSIBILIDADES DE LOCALIZAÇÃO DO DEVEDOR. MORA DESCARACTERIZADA. [...]
>
> II. É inválida a intimação do protesto por edital quando não configuradas as hipóteses do art. 15 da Lei nº 9.492/97 [...].
>
> 3) TJRS, Agravo de Instrumento n. 70036663565, de Porto Alegre, rel. Desa. Katia Elenise Oliveira da Silva, Décima Quarta Câmara Cível, j. 17.06.2010:
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. MORA CARACTERIZADA. VALIDADE DA NOTIFICAÇÃO DO PROTESTO ATRAVÉS DE EDITAL, TENDO EM VISTA TRATAR-SE DE HIPÓTESE PREVISTA NO ART. 15 DA LEI Nº 9.492/97, CONFORME CERTIFICAÇÃO DO TABELIÃO, QUE É DOTADA DE FÉ PÚBLICA. AGRAVO PROVIDO.

Admite-se, por outro lado, que, se a tentativa da notificação pessoal foi anteriormente realizada por Serventia Extrajudicial distinta daquela competente para o registro do protesto, não há necessidade desta repetir o ato, podendo, então, publicar diretamente o edital.

Acerca do assunto*:*

1) Apelação Cível n. 2009.056075-4, de Canoinhas, rel. Des. Raulino Jacó Brüning, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 30.11.2011:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO POR AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO PROCESSUAL. NOTIFICAÇÃO POR OFICIAL DO CARTÓRIO EXTRAJUDICIAL FRUSTRADA. POSTERIOR NOTIFICAÇÃO MEDIANTE PUBLICAÇÃO DE EDITAL NA IMPRENSA LOCAL. LAVRATURA DE INSTRUMENTO DE PROTESTO. CARACTERIZAÇÃO DA MORA. SATISFAÇÃO DOS REQUISITOS DO ART. 3º DO DECRETO-LEI N. 911/69. [...]

2) Apelação Cível n. 2011.060969-9, de São José, rel. Des. Túlio Pinheiro, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 24.05.2012:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DECRETO-LEI N. 911/1969. IRRESIGNAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA ACERCA DA DECISÃO QUE JULGOU EXTINTO O PROCESSO POR AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MORA. REFORMA NECESSÁRIA. EXISTÊNCIA DE CERTIDÃO DO OFICIAL DE CARTÓRIO DANDO CONTA DA TENTATIVA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DA PARTE EM ENDEREÇO ESTAMPADO NO CONTRATO DE FINANCIAMENTO. DEVEDOR QUE SE ENCONTRA EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO. SITUAÇÃO QUE AUTORIZA O PROTESTO DO TÍTULO, VIA EDITAL. PROVIDÊNCIA DEVIDAMENTE ATENDIDA. MORA CONFIGURADA. CASSAÇÃO DA SENTENÇA EXTINTIVA QUE SE IMPÕE. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA O REGULAR PROCESSAMENTO DO FEITO. RECURSO PROVIDO. (grifou-se)

A inobservância dos procedimentos acima descritos e de suas peculiaridades resulta na descaracterização da mora, pressuposto indispensável à propositura da demanda em apreço.

In casu, o Juízo *a quo* indeferiu a exordial e decretou a extinção do feito sem resolução do mérito (art. 267, IV, do CPC), à consideração de que "*[...] o devedor foi notificado pelo próprio escritório de advocacia patrocinante da demanda (fls. 13 e 15), o que se faz descabido, já que não possui a fé pública que alcança o Cartório de Títulos e Documentos, não restando, dessa forma, preenchidos os requisitos para caracterização da mora/inadimplemento"* (fl. 22).

O estabelecimento financeiro autor buscou notificar pessoalmente o requerido por meio da correspondência particular de fls. 13 e 15.

Denota-se que, ao contrário do que preceitua o Decreto-lei n. 911/1969, o aludido procedimento não foi realizado por intermédio de uma Serventia Extrajudicial.

O requerente utilizou-se da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, que não produz o efeito por ele desejado.

Além disso, consta na certidão de fl. 13 que a carta não foi entregue por inexistir o número indicado no pacto.

Assim, considera-se inválida essa pretensa comunicação extrajudicial.

Por outro lado, o postulante apresentou a cédula de crédito bancário de n. 251020966 a protesto no Tabelionato de Notas e Protesto de Títulos de São José.

Colhe-se do respectivo instrumento:

> [...] fiz a intimação devida, para que se manifestasse a respeito e não o fez até a presente data, foi então afixado o edital no mural e publicado em Jornal "Notícias do Dia" em 20.06.2012, após retorno da carta de intimação com o seguinte motivo: "a localização da pessoa indicada para aceitar ou pagar é incerta" (fl. 14).

Ao certificar no aludido documento o resultado da prévia tentativa de notificação pessoal do devedor, a "escrevente autorizada" apresentou duas conclusões que se opõem.

Num primeiro momento, afirmou que efetuou a intimação, mas, ao final, atestou não ter sido possível promover a comunicação, por ser incerta a localização do réu.

Não obstante esse equívoco no preenchimento, não se pode considerar inválido o protesto, pois as duas justificativas se encontram regulares se observadas de forma isolada (notificação pessoal ou por meio de publicação de edital).

Nesse último caso, diante da não localização do requerido, a comunicação foi promovida por edital afixado no tabelionato da mesma comarca do endereço mencionado no pacto e publicado em jornal de circulação local.

Reconhece-se a regularidade do protesto em comento e, consequentemente, da constituição em mora do requerido, estando preenchida a condição de procedibilidade da demanda.

Por essas razões, o apelo merece ser acolhido, para desconstituir a sentença e dar prosseguimento ao feito.

Salienta-se que foi acostada aos autos a fotocópia da cédula de crédito bancário (fls. 16/18), que embasa a pretensão do autor, devendo o magistrado *a quo* pronunciar-se a esse respeito.

Esse é voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2012.026447-4, de Urubici

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IRRESIGNAÇÃO DA CREDORA EM FACE DA INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERIU O PLEITO DE RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DOS SÓCIOS PELA INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL DA EMPRESA.
>
> PRETENDIDA RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DOS SÓCIOS DA AGRAVADA, NOS TERMOS DO ART. 1.052 DO CÓDIGO CIVIL. CASO CONCRETO EM QUE OS DOCUMENTOS EXISTENTES NOS AUTOS DEMONSTRAM DE FORMA INEQUÍVOCA A INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL. CIRCUNSTÂNCIA QUE OBSTA A APLICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL MENCIONADO. DECISÃO ATACADA MANTIDA.
>
> RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2012.026447-4, da Vara Única da Comarca de Urubici, em que é agravante Melford- Olson Honey Inc., e agravada API Silvestre Agroindustrial Exportadora Ltda:

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, negar provimento ao Agravo. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, com voto, e dele participou o Exmo. Srs. Des. José Inácio Schaefer.

Florianópolis, 28 de agosto de 2012.

Carstens Köhler
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento (fls. 2-18) interposto por Melford-Olson Honey Inc., em face da decisão interlocutória proferida na ação de cobrança em fase de cumprimento de sentença – autos n. 077.08.000741-0/001 – movida em face de API-Silvestre – Agroindustrial Exportadora Ltda., que indeferiu o pleito de responsabilização pessoal dos sócios pelo capital não integralizado na Empresa (fls. 324-325).

Nas razões recursais, sustenta a Agravante, resumidamente, que: a) com base na circunstância de que a Agravada, embora devidamente intimada, deixou de comprovar a ocorrência da real e efetiva integralização mediante incorporação de lucros no montante de um milhão de reais, de acordo com o que aponta a sua 6ª alteração contratual, clamou ao Juízo *a quo* a aplicação do art. 1.052 do Código Civil, para que fosse atribuída responsabilidade aos sócios da Empresa, quais sejam, Ronaldo Martins Machado (espólio), Andrea de Souza e Silva Machado e Osmar Machado, de modo que eles passassem a responder pela obrigação objeto do cumprimento de sentença, limitada ao valor de um milhão de reais, parcela não integralizada do capital; b) a Requerida não trouxe

qualquer documento que comprovasse a aludida integralização de capital, presumindo-se, então, que ela inocorreu; c) a decisão atacada deve ser reformada para que seja deferido o pleito de responsabilização pessoal dos sócios da Requerida, por ocorrer presunção legal no sentido de não ter ocorrido a real e efetiva integralização de capital mencionada na sexta alteração contratual, já que embora o aumento do capital para um milhão de reais tenha sido subscrito, não houve a correspondente e imediata integralização, em prejuízo dos credores, que só contam com o patrimônio da Ré como garantia dos negócios com ela celebrados.

Acompanharam a inicial os documentos de fls. 20-356.

Inexistindo pleito de carga suspensiva/ativa, foi determinado o cumprimento do art. 527, inciso V, do CPC, com posterior redistribuição do feito (fl. 360).

Transcorrido *in albis* o prazo para que fossem vertidas as contrarrazões (fl. 363), foram os autos redistribuídos a essa relatoria.

É o necessário escorço.

VOTO

A questão reveste-se de singeleza franciscana e dispensa vultosas divagações.

No caso concreto a Agravante funda seu pedido de aplicação do art. 1.052, do Código Civil, no argumento de que a Agravada não teria comprovado a real e efetiva integralização de capital mencionada na sexta alteração contratual no montante de um milhão de reais.

Estabelece o art. 1.052, do Código Civil:

> Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

Acerca do tema disserta Fábio Ulhoa Coelho:

> [...] Desse modo, consultado o contrato social da limitada, se dele consta encontrar-se o capital social totalmente integralizado, não há nenhuma responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, *de natureza negocial*. A falta de bens do patrimônio da sociedade, sobre os quais pudesse ser efetivada a garantia da recuperação do crédito, significa perda do credor. Se, contudo, a cláusula do contrato social sobre o capital noticia a subscrição a prazo, é cabível a responsabilização dos sócios pelo montante necessário à integralização. Qualquer credor, negocial ou não negocial, beneficia-se dessa exceção à limitação da responsabilidade dos sócios.
>
> (*Curso de direito comercial*: direito de empresa – sociedades. v. 2. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 405).

In casu, em primeiro lugar observa-se da 6ª Alteração, Consolidação e Adequação do Contrato Social (fls. 200-211) a previsão em sua Cláusula Terceira de que o capital social de R$ 1.250.000,00 (um milhão e duzentos e cinquenta mil reais) foi totalmente integralizado.

É importante ainda frisar que a expressão "lucros acumulados" utilizada na cláusula terceira da 6ª alteração do contrato social como forma de integralização do montante de um milhão de reais na Agravada não significa a injeção apenas de dinheiro em espécie na Sociedade, podendo também abranger outras formas como aquisição de bens materiais e imateriais.

E, neste aspecto, extrai-se do feito que a Cooperativa Apícola de Santa Catarina – adquirente do patrimônio material e imaterial da Agravada por meio de contrato celebrado em 15 de dezembro de 2009 – ao prestar informações no caderno processual (fl. 285), amealhou o "contrato de locação e venda de veículos, máquinas, equipamentos, móveis e outras avenças" (fls. 286-301) firmado entre a Cooperativa e a Api-Silvestre, sendo a aludida avença acompanhada de dois anexos contendo a descrição pormenorizada de todo o patrimônio da Ré, com indicação

dos valores respectivos de seus bens, permitindo aferir que o patrimônio total da Requerida naquela data ultrapassava o capital social indicado na 6ª Alteração Contratual, alcançado a cifra de R$ 1.555.000,00 (um milhão, quinhentos e cinquenta e cinco mil reais).

Assim, ao contrário do afirmado pela Agravante, os argumentos lançados pela Agravada na manifestação de fls. 248-256 encontram substrato documental no contrato de fls. 286-301, mostrando-se inviável o acolhimento do pleito da Agravante de aplicação da presunção legal de não integralização do capital social nos moldes clamados.

Logo, restando demonstrado nos autos que o capital social da Empresa Api-Silvestre foi integralizado, o pedido de aplicação ao caso concreto do art. 1.052, do Código Civil não pode ser acolhido, devendo ser mantida incólume a decisão atacada.

É o quanto basta.

Ante o exposto, por unanimidade, nega-se provimento ao Agravo.

Agravo de Instrumento n. 2012.045399-2, de Blumenau

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE PRECEITO COMINATÓRIO CUMULADA COM REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. CONCORRÊNCIA DESLEAL POR CONFUSÃO DE MARCA E DESVIO DE CLIENTELA. EMPRESAS DO RAMO DO VESTUÁRIO. INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERE O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DE BUSCA E APREENSÃO DE TODOS OS PRODUTOS PRETENSAMENTE SEMELHANTES NA EMPRESA AGRAVADA. IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA.

VENTILADA POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DA MEDIDA EM SEDE DE TUTELA ANTECIPADA, POR ESTAREM PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO *FUMUS BONI JURIS* E DO *PERICULUM IN MORA*. IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES. REQUISITOS CUMULATIVOS DO ART. 273 DO CÓDIGO DE RITOS NÃO SATISFEITOS. *PERICULUM IN MORA* INEXISTENTE. TUTELA ALMEJADA QUE SE MOSTRA EXTREMAMENTE ONEROSA E IRREVERSÍVEL. ATIVIDADES EMPRESARIAIS DA RECORRIDA QUE SE ESPALHAM POR TODO O PAÍS. INCONFORMADA QUE É EMPRESA NOTORIAMENTE CONHECIDA, COM PÚBLICO SELETO E ESPECÍFICO. AUSÊNCIA DE PROVAS DE QUE AS VENDAS PELA RÉ TÊM TRAZIDO PREJUÍZOS DE GRANDE MONTA À INTERESSADA NESTE MOMENTO PROCESSUAL. PUJANÇA ECONÔMICA DA AUTORA EVIDENTE. ESTIMATIVA DE FATURAMENTO

DA AGRAVANTE, PARA O ANO DE 2016, DE UM BILHÃO DE REAIS. MEDIDA INTENTADA QUE SE CONSTITUIRIA EM UMA VERDADEIRA PARALISAÇÃO, PARCIAL OU TOTAL, DAS ATIVIDADES DA EMPRESA RECORRIDA. CARACTERIZAÇÃO DO *PERICULUM IN MORA* INVERSO. IRRESIGNADA QUE SE LIMITA A FAZER ALEGAÇÕES AMPLAS, FUTURAS E GENÉRICAS DE RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. OUTROSSIM, AGRAVANTE QUE NÃO DEMONSTRA, SEQUER DE MODO PERFUNCTÓRIO, O DESVIO DE CLIENTELA METICULOSAMENTE CALCULADO E PLANEJADO POR SI AFIRMADO, QUE VEM LHE ACARRETANDO SÉRIOS PREJUÍZOS FINANCEIROS. AUSÊNCIA DE PERFECTIBILIZAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NOS AUTOS. BUSCA E APREENSÃO *INAUDITA ALTERA PARS* POSTULADA QUE SE MOSTRA ALTAMENTE PREJUDICIAL E IRREVERSÍVEL. RESPEITO, INCLUSIVE, AO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA EMPRESA. INTERLOCUTÓRIA QUE DEVE SER MANTIDA INCÓLUME.

REBELDIA DESPROVIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2012.045399-2, da 2ª Vara Cível da Comarca de Blumenau, em que é agravante Dudalina S.A., e agravada TG Camisaria Ltda. ME:

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, negar provimento ao Agravo de Instrumento. Custas legais.

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, 4 de dezembro de 2012.

Carstens Köhler
RELATOR

RELATÓRIO

Dudalina S.A. interpôs Agravo de Instrumento (fls. 2-16) em face da decisão prolatada pelo Togado *a quo* que, nos autos da ação de preceito cominatório c/c reparação por danos morais e tutela antecipada n. 008.12.011970-3, ajuizada perante a 2ª Vara Cível da Comarca de Blumenau em face de TG Camisaria Ltda. ME, indeferiu pedido de tutela antecipada de busca e apreensão de todas as mercadorias, produtos, objetos, embalagens e etiquetas da Ré que imitam os produtos da Demandante, para fins de repressão à concorrência desleal, bem como a retirada desses mesmos produtos do site da Recorrida e de seus catálogos, proibindo-a de fabricar novas peças, sob pena de multa diária (fls. 91-92).

A Agravante sustentou, em síntese, que: a) mais do que uma probabilidade, há um juízo de certeza da existência do seu direito, face a exaustiva documentação dos fatos alegados, bem como o relato do próprio Julgador de origem, em sua decisão, de que "há indícios de contrafação", tendo-se caracterizado o *fumus boni juris*; b) o *fumus boni juris* está consubstanciado no fato de ser a Recorrente titular dos direitos sobre a marca Dudalina, em todas as formas de apresentação, bem ainda na plausibilidade de sua argumentação, atinente à violação supostamente perpetrada pela Suplicada; c) o art. 209, § 2°, da Lei n. 9.279/96, por analogia, permite a busca e apreensão não só da marca falsificada, mas também da imitação das criações; d) o *periculum in mora* também está demonstrado na inicial, o qual decorre dos prejuízos alusivos à privação do

lucro, ou seja, de um ganho que teria a Recorrente caso fosse observado e respeitado, pela Demandada, seu direito de exclusividade e a proibição de qualquer reprodução ou imitação concernente a originar uma concorrência desleal no mercado em que atua; e) tem de suportar o desvio de seus consumidores, meticulosamente calculado e planejado, perda essa que certamente, caso não seja coibida, acarretará sérios prejuízos no seu financeiro, sem contar a depreciação de sua reputação comercial; f) está sendo lesada pela conduta ilícita da Agravada, que produz e comercializa camisas femininas que imitam de forma criminosa a marca Dudalina, sem jamais ter possuído autorização para tanto, conforme demonstram as fotos e os documentos juntados ao processo; g) é flagrante o *trade dress* utilizado pela Ré na imitação dos produtos desenvolvidos pela Autora, que tem alto conceito de suas peças devido ao intenso trabalho e desenvolvimento, com investimentos em *marketing*, estudo de tendências de mercado e distribuição; h) a aplicação do *trade dress* no mercado da moda surgiu como alternativa de proteção mais ampla e eficaz, que considera a criação como um todo e não os seus detalhes específicos, resguardando, ao máximo, estilistas, *designers*, fabricantes e, enfim, a indústria *fashion* em geral; i) a providência preliminar, em caráter provisório, não tutela a marca, mas sim faz cessar a possível concorrência desleal, evitando eventual utilização indevida de elementos que têm função "para-marcárias", que a doutrina denomina como *trade dress*.

Ao final, a Irresignada rogou pelo deferimento liminar e provimento do Agravo de Instrumento, a fim de que haja a busca e apreensão de todas as mercadorias, produtos, objetos, embalagens e etiquetas da empresa Agravada que imitam os seus produtos.

A carga suspensiva foi indeferida pelo então Desembargador Relator (fls. 106-107).

Empós, os autos foram redistribuídos a esta relatoria.

É o necessário escorço.

VOTO

O Agravo de Instrumento deve ser desprovido.

Com efeito, prevê o art. 273 do CPC, em harmonia com a necessária efetividade da prestação jurisdicional, a possibilidade de o juiz, a requerimento da parte, antecipar os efeitos da tutela pretendida, condicionada à presença cumulativa da verossimilhança das alegações estribada em prova "inequívoca", além do receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*tutela de urgência*) ou da caracterização do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (*tutela sancionatória*).

Nesse tom, haure-se do dispositivo conclamado:

> Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
>
> I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
>
> II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Trata-se a tutela de urgência de uma prestação jurisdicional satisfativa, mas de cunho provisório, deferida mediante a formação de um mero juízo de cognição sumária (não exauriente), nas hipóteses excepcionais em que o provável titular do direito invocado não possa suportar o ônus da demora processual sem risco de padecer prejuízo relevante (*periculum in mora*).

De plano, verifica-se a ausência da caracterização do *periculum in mora* no caso concreto, a justificar a imprescindibilidade de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional almejada.

Sucede que a medida pleiteada pela empresa Dudalina S.A. – busca e apreensão de todas as mercadorias, produtos, objetos, embalagens, etiquetas da empresa TG Camisaria Ltda. (conhecida como Principessa Camisaria)

que imitam os seus produtos – torna-se extremamente onerosa e até mesmo irreversível, haja vista que as atividades empresariais da Agravada espalham-se por todo o Brasil, conforme se infere de consulta ao seu sítio eletrônico (www.principessacamisaria.com.br/lojas/).

Aliás, a medida seria extremamente drástica à Adversa, ao passo que a Dudalina é uma empresa notoriamente conhecida, com público seleto e específico, não havendo prova nos autos de que as vendas, pela Ré, das camisas femininas que, pretensiosamente, imitam às da Demandante, tragam a esta prejuízos de grande monta neste momento processual. Conforme se verifica de notícia veiculada no próprio site da Agravante – http://www.dudalina.com.br/pt/noticias/ler/sonia-hess-criada-para-dar-lucro – a Dudalina S.A. está rumando à marca de um bilhão de reais de faturamento no ano de 2016.

Também, do Portal do *Franchising* colhe-se:

> Em 2011, foram abertas 22 lojas entre Dudalina Feminina e Dudalina Double e, em 2012, a previsão é abrir pelo menos duas lojas por mês. Segundo Vasques, a empresa prevê fechar 2011 com faturamento de R$ 270 milhões e crescer 30% no ano seguinte, para aproximadamente R$ 350 milhões. Até 2016, a receita bruta deve alcançar R$ 1 bilhão, conforme tem informado à imprensa a presidente da marca, Sonia Heiss. O motivo, sem dúvida, é a nossa ida para o varejo. Estamos agregando valor às marcas do Grupo Dudalina – Dudalina masculina e feminina, Individual e Base, alavancando vendas em lojas multimarcas em todo o território nacional e partindo para lojas próprias no varejo, assimilando, assim, o lucro direto sem a participação do representante, explica Vasques.
>
> (Extraído do site http://www.portaldofranchising.com.br, destacou-se).

Outrossim, não se olvida que a medida intentada pela Agravante se constituiria em uma verdadeira paralisação, parcial ou praticamente total, das atividades da empresa Recorrida, residindo também, neste viés, a irreparabilidade da medida.

Além do mais, reitere-se, a Inconformada não trouxe qualquer prova do receio de dano irreparável ou de difícil reparação, mas apenas alegações amplas e genéricas de um perigo futuro e incerto, senão confira-se:

> O *periculum in mora*, também demonstrado na exordial, decorre dos prejuízos alusivos à privação do lucro, ou seja, de um ganho que teria a Agravante caso fosse observado e respeitado, pela Agravado, o seu direito de exclusividade de seus criações, e a proibição de qualquer reprodução/imitação concernente a originar uma concorrência desleal no mercado em que atua. A Agravante tem que suportar o desvio de seus consumidores, meticulosamente calculado e planejado, perda esse que, certamente, caso não seja coibida, acarretará sérios e irreparáveis prejuízos no seu financeiro, sem contar a depreciação de sua reputação comercial!!!
>
> (fl. 7, grifos no original).

E repisa em suas razões recursais:

> O *periculum in mora*, por sua vez, resulta do fundado receio de dano decorrente da comercialização daqueles produtos, seja de viés econômico ou aos próprios consumidores, provocando sensíveis prejuízos alusivos à privação de lucro, ou seja, de um ganho que teria a Agravante, caso fosse observado e respeitado, pela Agravada o seu direito de exclusividade de suas criações, e a proibição de qualquer reprodução/imitação concernente a originar uma concorrência desleal no mercado em que atua.
>
> (fl. 14, destacou-se).

Ora, a continuidade das vendas na Recorrida, face a pujança econômica da Dudalina, não acarretaria a esta danos extremos a ponto de ensejar, por ora, o deferimento da medida de busca e apreensão das mercadorias da Ré, a qual se mostra onerosa, serôdia e descabida neste instante processual.

Não passa despercebido por esta relatoria, também, que a Agravante não demonstra sequer de maneira perfunctória o desvio de clientela

meticulosamente calculado e planejado que afirma em sua peça recursal, a acarretar-lhe sérios prejuízos financeiros.

Aflora do caderno processual que a Agravada ainda não foi citada, inexistindo, até então, a perfectibilização do contraditório e da ampla defesa. Diante disso, o deferimento da tutela antecipada *inaudita altera pars*, de acordo com os elementos colimados ao processo, seria uma medida altamente prejudicial à Adversa e irreversível, evidenciando-se de forma clara a ocorrência de *periculum in mora* inverso. Exsurge como salutar, portanto, a manifestação da empresa Ré a respeito da ação e, especificamente, do pedido vazado em sede de tutela antecipada, antes de qualquer medida judicial de busca e apreensão de mercadorias.

Sob este prisma é que esta Corte de Justiça já se verberou, senão confira-se *mutatis mutandis*:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER E APREENSÃO JUDICIAL – DEMANDA AJUIZADA EM RAZÃO DA RETENÇÃO ALFANDEGÁRIA DE MERCADORIAS FALSIFICADAS – CONTRAFAÇÃO – BOLSAS CONTENDO IMITAÇÃO DE MARCA RENOMADA – PROPRIEDADE INDUSTRIAL – LEI N. 9.279, DE 14.5.1996 – DECISÃO QUE ANTECIPOU APENAS PARCIALMENTE OS EFEITOS DA TUTELA, DETERMINANDO A EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO À DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL PARA O FIM DE VEDAR A LIBERAÇÃO DOS PRODUTOS APREENDIDOS SEM A PRÉVIA CIÊNCIA DO JUÍZO.
>
> PRETENSÃO DE OBSTAR A IMPORTAÇÃO DE NOVOS PRODUTOS FALSIFICADOS – INEXISTÊNCIA DO FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO - POSSIBILIDADE DE APREENSÃO DAS MERCADORIAS OBJETO DE CONTRAFAÇÃO PELAS AUTORIDADES ALFANDEGÁRIAS – ARTIGO 198 DA LEI N. 9.279, DE 14.5.1996, E ARTIGO 605 DO DECRETO N. 6.759, DE 5.2.2009 – MEDIDA, ADEMAIS, QUE, SE DEFERIDA, PODERIA INVIABILIZAR A ATIVIDADE PRODUTIVA DAS DEMANDADAS, REVELANDO-SE EXCESSIVA – PLEITO DE

REQUISIÇÃO JUDICIAL DE CÓPIA DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO RELATIVO À IMPORTAÇÃO ILÍCITA – NEGATIVA DA AUTORIDADE NÃO COMPROVADA – REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA NÃO DEMONSTRADOS – EXEGESE DO ARTIGO 273, "CAPUT" E INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – *DECISUM* MANTIDO.

A antecipação dos efeitos da tutela pretendida, por ser uma medida de caráter excepcional, requer a demonstração da existência de prova inequívoca da verossimilhança do direito alegado e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

A existência de lei dispondo acerca da possibilidade de apreensão de mercadorias objeto de contrafação pelas autoridades alfandegárias, por si só, afasta o fundado receio de dano invocado pelo detentor da marca falsificada, não se justificando a concessão de tutela antecipada para vedar a importação de novas mercadorias, pois o seu deferimento poderia inviabilizar a atividade produtiva das agravadas, evidenciando, em verdade, o "periculum in mora" inverso.

Não merece acolhimento o pleito formulado em caráter de urgência, objetivando a requisição judicial de cópia do procedimento administrativo relativo à importação ilícita, se ausente a demonstração da negativa do seu fornecimento à parte, isto é, a prova inequívoca da verossimilhança do direito invocado.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(Agravo de Instrumento n. 2010.050438-9, Rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, j. 1-12-11, destacou-se).

Como também:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO-FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS – TUTELA ANTECIPADA INDEFERIDA PELA MAGISTRADA *A QUO* – PROPRIEDADE INDUSTRIAL – LEI N. 9.279/96 – USO DE MARCA – INSURGÊNCIA DA AUTORA.

POSTULAÇÃO PARA QUE AS REQUERIDAS, ORA AGRAVADAS, SE ABSTENHAM DE UTILIZAR A MARCA IDENTIFICADORA *"EVIDENCE"*, INCLUSIVE NO NOME

EMPRESARIAL, SOB PENA DE APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA – NÃO ACOLHIMENTO – NÃO VISLUMBRADOS OS REQUISITOS DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E DO FUNDADO RECEIO DE OCORRER DANOS IRREPARÁVEIS OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO, APLICÁVEIS A QUALQUER MEDIDA ANTECIPATÓRIA - CERTIFICADO DE REGISTRO DA MARCA "EVIDÊNCIA" OBTIDO PELA PARTE AGRAVANTE NO INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUTRIAL QUE SE ENCONTRA COM O PRAZO EXPIRADO, SEM HAVER NOS AUTOS COMPROVAÇÃO DE TER HAVIDO REQUERIMENTO DE PRORROGAÇÃO, CONFORME EXIGÊNCIA EXPRESSA NO ART. 133 DA LEI N. 9.279/66 – ADEMAIS, UTILIZAÇÃO PELAS AGRAVADAS DA EXPRESSÃO *"EVIDENCE PRATAS E ACESSÓRIOS"* QUE NÃO TEM O CONDÃO DE GERAR A PROPALADA CONFUSÃO COM A EXPRESSÃO "EVIDÊNCIA ACESSÓRIOS", UTILIZADOS PELA AGRAVANTE – NÃO VISLUMBRADA A POSSIBILIDADE DE HAVER CAPTAÇÃO INDEVIDA DE CLIENTELA - PALAVRA DE USO COMUM E CORRENTE – PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DESTA EG. CORTE DE JUSTIÇA E DO C. STJ.

"1. Marcas fracas ou evocativas, que constituem expressão de uso comum, de pouca originalidade ou forte atividade criativa, podem coexistir harmonicamente. É descabida, portanto, qualquer alegação de notoriedade ou anterioridade de registro, com o intuito de assegurar o uso exclusivo da expressão de menor vigor inventivo.

2. Marcas de convivência possível não podem se tornar oligopolizadas, patrimônios exclusivos de um restrito grupo empresarial, devendo o Judiciário reprimir a utilização indevida da exclusividade conferida ao registro quando esse privilégio implicar na intimidação da concorrência, de modo a impedi-la de exercer suas atividades industriais e explorar o mesmo segmento mercadológico. Aplicação da doutrina do *patent misuse*" (...) (Resp. n. 1166498/RJ, rel. Min. Nancy Andrigui, Data: 15/03/20011).

CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA QUE PODERIA CAUSAR PREJUÍZOS MAIORES DO QUE AQUELES QUE A MEDIDA VISA EVITAR - AGRAVADAS QUE RESTARIAM ATINGIDAS NO LIVRE DESEMPENHO DE SUAS

> ATIVIDADES EMPRESARIAIS - *PERICULUM IN MORA INVERSO* – ADEMAIS, APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZA DA CAUSA.
>
> *"verificando o juiz que o atendimento ou não ao pedido de antecipação dos efeitos da tutela pode gerar dano a uma das partes, deve decidir de modo a evitar o de maior potencial lesivo."* (TJSC, AI n. 2005.038292-1, da Capital, Rel. Des. Volnei Carlin, j. em 27.04.2006).
>
> *"em um juízo de cognição superficial, deve-se privilegiar o princípio da confiança no juiz da causa, que, por estar mais próximo das partes, tem maiores condições de vislumbrar a verdade dos fatos."* (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2009.029127-5, de Campo Erê. Relator: Des. Fernando Carioni, Data: 24/09/2009).
>
> RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.
>
> (Agravo de Instrumento n. 2009.027297-6, Rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, j. 14-4-11, grifou-se).

Dessarte, não havendo a positivação do *periculum in mora* na hipótese em voga, tendo em vista que a Agravante não conseguiu demonstrar de modo adequado que tem sofrido sensíveis danos patrimoniais com a possível venda de camisas femininas nos mesmos moldes das que fabrica, imperativo é o desprovimento do Reclamo, inclusive em respeito ao princípio da continuidade da empresa, uma vez que o deferimento da busca e apreensão acarretaria cessação, total ou parcial, das atividades empresariais da Ré e, via de consequência, em evidentes decréscimos financeiros (*periculum in mora* inverso).

É o quanto basta.

Ante o exposto, por unanimidade, nega-se provimento ao Agravo de Instrumento.

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2012.007665-9, de Araquari

Relator: Des. José Inacio Schaefer

NEGÓCIO JURÍDICO. Sentença apreciou conjuntamente duas demandas. Inconformismo com acolhimento do pedido do agente financeiro. Reintegração na posse. Demanda secundária. Revelia em demanda revisional antecedente. Aspectos fáticos ignorados: 1) ajustado financiamento com juros mensais; 2) na formalização ocorreram duas irregularidades; a) o fornecedor deixou de entregar cópia do contrato; b) faltou transparência, ao dificultar a leitura deste e apresentá-lo em branco para assinatura. Presunção de veracidade. Consignação incidente das prestações pelo valor entendido como devido, com expurgo da capitalização. Mora ausente. Ação para reaver o bem. Mantença em mãos da apelante. Inscrição dos dados cadastrais no sistema de proteção ao crédito obstada. Inversão do ônus da sucumbência. Apenamento, de ofício, por litigância de má-fé do banco. Reclamo provido.

A situação descrita pela consumidora na demanda revisional possui verossimilhança, tanto que mereceu antecipação da tutela no despacho inicial.

Em acréscimo, os fatos já destacados deixaram de ser contestados no momento oportuno, o que reforça a convicção de que o agente financeiro procurou ilaquear a boa-fé da apelante, olvidando o direito fundamental de transparência.

A litigância de má-fé da instituição financeira configurou-se quando, ao ingressar com a possessória, deixou de ressalvar a demanda conexa, onde havia valores consignados em conta vinculada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.007665-9, da comarca de Araquari (Vara Única), em que é apelante Franciele Stuhler Maculan, e apelado HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo:

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, após debates, por unanimidade, dar provimento ao recurso e, de ofício, apenar o recorrido por litigância de má-fé. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Desembargador Lédio Rosa de Andrade, com voto, e dele participou o Desembargador Altamiro de Olivera.

Florianópolis, 18 de setembro de 2012

José Inacio Schaefer
RELATOR

RELATÓRIO

Franciele Stuhler Maculan apelou da sentença que apreciou conjuntamente duas demandas, inconformada com o acolhimento do pedido feito pelo HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo na reintegração na posse de veículo objeto de financiamento, muito embora este tenha sido revel em demanda revisional antecedente. Depois de circunstanciar fatos, pediu o acolhimento do reclamo porque a sentença recorrida não teria observado todos os pedidos feitos nesta e a consignação incidente das prestações pelo valor entendido como devido, de sorte que ausentes mora e possibilidade "de eventual ação para reaver o bem". Prequestionou dispositivos de lei e concluiu pedindo a reforma da sentença "para a mantença do bem em mãos da apelante, a realização de perícia contábil para a apuração de possível saldo devedor ou credor, mandando-se retirar a

capitalização mensal dos juros, além de não inscrição dos dados cadastrais no sistema de proteção ao crédito, bem como a inversão do ônus da sucumbência" (fls. 86/95).

O recurso foi recebido no duplo efeito (fl. 97).

A instituição financeira ofertou contrarrazões, aplaudindo a sentença (fls. 107/120).

VOTO

De início, uma necessária digressão para melhor compreensão da controvérsia.

A revisional foi ajuizada em 15 de dezembro de 2009 e investiu em face de encargos tidos como abusivos, destacando a respeito "dos fatos":

> O autor adquiriu um veículo, através de um contrato de financiamento de veículo.
>
> O valor do principal financiado foi de R$ 14.000,00, sendo que o valor da alienação ficou em R$ 27.319,20 divididos em 60 parcelas [...], acrescidos do IOF e TAC, mais juros e tarifa de emissão de carnê.
>
> Se operacionarmos com um simples cálculo aritmético com a própria taxa mensal aplicada pelo banco requerido, veremos:
>
> Valor Principal..... R$ 14.000,00
>
> Número de Parcelas..... 60 meses
>
> Taxa de juros mensal..... 2,70%
>
> Juros simples.....R$ 340,29
>
> Juros compostos.....R$ 455,32
>
> A diferença encontrada por parcela ...R$ 115,031
>
> O valor da diferença em todo o contrato é de R$ 6.901,80 (seis mil, novecentos e um reais e oitenta centavos).

> O cálculo acima, há diferença de valores quando da utilização de juros simples e juros compostos, o que é terminantemente proibida a sua aplicação, conforme Súmula 121 do STF e pelo uso do Decreto 22.626/33.
>
> O autor já quitou até o momento a quantia de R$ 6.829,80 (seis mil, oitocentos e vinte e nove reais e oitenta centavos – fls. 03/04).

Mais adiante, ao desenvolver a matéria de direito, acrescentou:

> No momento da contratação do financiamento o banco requerido não forneceu cópia do contrato de financiamento para o autor, diante deste fato, requer a aplicação do art. 6º, inciso VIII do CDC (fl. 04).

Seguiu-se despacho inicial, oportunidade em que foi deferida a antecipação da tutela para vedar a inscrição em cadastros de proteção ao crédito, tão logo efetuada a consignação incidente das parcelas pela quantia entendida devida (fl. 48/49).

A requerente havia satisfeito 13 (treze) parcelas, de um total de 60 (sessenta), quando do ingresso desta (fl. 53/55).

A citação foi efetuada e o comprovante de aviso de recebimento da carta/ofício correspondente juntado aos autos em 28 de janeiro de 2010 (fl. 51). Como o prazo para resposta decorreu sem manifestação (fl. 56), foi reconhecida expressamente a revelia (fl. 57).

Neste ínterim, em 6 de abril de 2010, o banco ingressou com pedido de reintegração na posse do veículo, acostando contrato de arrendamento mercantil e notificação protocolada no registro de títulos no dia imediato ao da juntada antes referida (fl. 2/36).

O pedido liminar foi negado quando do despacho inicial, ante a constatação de pender demanda precedente buscando a revisão, tendo em conta que a discussão do contrato, aliada ao depósito da dívida incontroversa, obstava a mora até o julgamento definitivo desta (fl. 37/39).

Apresentada contestação, onde pedida a improcedência da reintegratória, onde foi salientado que, na revisional foi decretada a revelia e que tem efetuado os depósitos "unicamente dos valores, sem a capitalização mensal de juros" (fl. 69).

Em réplica o banco sustentou que "em nenhum momento" agiu de má-fé, pois "os depósitos não estão sendo efetuados na integralidade, conforme contratado" e, por isto, a apelante estaria em mora (fl. 82).

Deixou de justificar a falta de resposta oportuna na revisional, mas procurou fazer crer, dentre outras alegações, que

> Não há que se falar em encargos ilegais e abusivos, pois as cláusulas foram amplamente discutidas quando da assinatura do contrato. A requerida sabia das condições de pagamentos, do valor e da quantidade de parcelas, bem como os encargos que incidiriam em caso de atraso. Não pode acreditar a requerente que o devedor assinou o contrato sem conhecer todas as informações adstritas ao contrato, ainda mais no mundo de hoje, onde as informações são facilmente difundidas (fl. 84).

Concluiu pedindo a procedência da possessória e o julgamento antecipado da lide, por entender que a matéria "é unicamente de direito" (fl. 100).

Ao longo desta demanda foram feitos diversos depósitos em conta vinculada, conforme extrato de 23.5.2011 (fls.80/82).

No entanto, a sentença, proferida na data ora mencionada, ao resolver ambas as demandas, referiu no relatório a revelia. Entre os motivos:

> Cumpre registrar, outrossim, que a análise das referidas questões será efetuada com base no contrato colacionado na ação de reintegração na posse, sem aplicação do art. 359 do CPC, para que haja harmonia e concordância entre as sentenças proferidas nas duas demandas (fl. 63 – último parágrafo).

Em outro momento observou que o contrato de arrendamento prevê o pagamento de prestações fixas e citou precedente desta Câmara (Apelação

Cível 2006.039325-7, de Tubarão, Rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. em 29.5.2009).

No dispositivo, a revisional foi acolhida em parte, declarando a nulidade da cláusula prevendo a incidência da comissão de permanência com outros encargos moratórios. Além disso, julgou improcedente o pedido de consignação incidente, ante a insuficiência dos valores ofertados, notadamente em vista do contrato trazido na reintegratória. Em consequência, julgou procedente esta última e carreou a sumbência para a ora recorrente (fl. 61/79).

Esta trouxe no recurso, como matéria inicial, a revelia "declarada", em vista do que, com base nos artigos 285 e 319 do Código de Processo Civil, sustentou que o pedido exordial "é procedente" (fl. 87). Além disso, a própria decisão recorrida teria reconhecido que a instituição financeira "estava cobrando valores a maior" (fl. 89).

Nas contrarrazões foi salientado que os efeitos da revelia não seriam absolutos quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis, a teor do artigo 320 do Código de Processo Civil. Por isto, seria necessária análise aprofundada dos fatos e provas para alcançar a "verdade formal" (fl. 112). Destacou precedentes, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a revelia não abrange as questões de direito. No mérito, trouxe argumentos contrários aos destacados pela recorrente e concluiu pedindo fosse negado provimento (fls. 110/121).

De ordinário, a Câmara tem entendido que a revelia faz presumir verdadeiros os fatos afirmados na inicial. Ora, no pedido revisional veio destacada a falta de transparência do banco e que a consumidora não teria recebido cópia quando da celebração. Quanto o primeiro fato, a circunstância de que o contrato teria sido assinado "em branco" (fl. 18)

A cópia do contrato entranhada na possessória evidencia o quanto afirmado pela consumidora. No alto da primeira folha, em destaque, as iniciais "HSBC" e ao lado, mais ao centro, em letras menores, como título:

> "Contrato de Arrendamento Mercantil
>
> Financiamento de Veículos do HSBC" (fl. 11).

O nome da consumidora veio impresso no espaço destinado ao seu endereço, assim também outros dados pessoais, como CPF. O mesmo ocorreu com relação ao nome do interveniente.

O artigo 6º da Lei n. 8.078/1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, entre outros direitos do consumidor, assegura

> a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

A sentença desconsiderou a revelia e prestigiou o pedido do banco feito na possessória, movida depois de citado na revisional e ultrapassado o prazo para apresentar defesa. Por esta razão, o reparo feito no reclamo merece acolhida.

Não bastasse, outra regra geral contida no Código de Defesa do Consumidor, destaca outro direito básico:

> à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (artigo 6º, inciso III).

E no inciso seguinte do mesmo dispositivo assegura

> a proteção contra publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.

Além do direito básico à transparência no ato de formalizar o contrato, a publicidade enganosa veio definida no artigo 37, § 1º, como qualquer modalidade de informação ou comunicação, inteira ou parcialmente falsa, ou por qualquer outro modo, deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço (art. 37, § 3º), hábil a induzir em erro o consumidor a respeito dos bens de que se serve (Interpretação e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor, Ricardo Antônio Lucas Camargo. Editora Acadêmica, São Paulo – 1992, p. 42).

Ante tais considerações, a situação descrita pela consumidora na demanda revisional possui verossimilhança, tanto que mereceu antecipação da tutela no despacho inicial.

Em acréscimo, os fatos já destacados deixaram de ser contestados no momento oportuno, o que reforça a convicção de que o agente financeiro procurou ilaquear a boa-fé da apelante (fl. 48/49).

Em dois parágrafos da inicial, destacado ainda:

> Além do mais a requerida não cumpre com as determinações do artigo 54, § 3º e 4º, do CDC, ou seja, dificulta a leitura de seus contratos, quando os entrega, pois em sua maioria os consumidores não recebem, e quando, somente após terem assinado em branco, colocando os dados posteriormente.
>
> [...]
>
> Como visto, a instituição financeira requerida contraria as normas mais elementares que regram os preceitos contidos nos contratos, burlando a legislação civil citada (fl. 09).

Em face disto, foi pedida a incidência do art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil, que diz:

> Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código, para assegurar a função social da propriedade e dos contratos (fl. 09).

Ora, é sabido que, em tais contratos, os agentes financeiros valem-se de prepostos para angariar interessados em financiamento, de sorte que estes induzem os clientes a assinar papéis, depois de fazer toda a negociação, informando juros em determinado percentual mas, entre o combinado e o escrito, verifica-se uma grande disparidade.

Tudo leva a crer traduzir-se o caso concreto nesta situação, já que na inicial revelado o ajuste de um contrato de financiamento, de um veículo usado, com garantia fiduciária (fls. 3, 6 e 9), onde adotadas duas práticas vedadas pelo legislador: 1) o contrato foi apresentado "em branco"; 2) cópia deste não foi entregue à consumidora.

Em comprovantes de pagamento, nenhuma anotação sobre a natureza da avença, mas apenas num deles constou o "HSBC Leasing" como cedente (fl. 34). Talvez em face disto a inicial observou, alternativamente: "Com toda justiça é a aplicação das regras do CDC ao caso mesmo na hipótese de considerarmos que o contrato é de arrendamento mercantil" (fl. 8).

Portanto, embora o apelado, no tema em debate, pretenda seja dada ênfase a uma verdade formal, no caso concreto necessário observar que, a par da norma processual que permite relativizar a revelia, temos o Código de Defesa do Consumidor, o qual não deixa dúvidas quanto à sua finalidade, pois em seu artigo 1º dispõe sobre a proteção e a defesa do consumidor, estatuindo normas de ordem pública, em atendimento ao contido nos artigos 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição Federal.

Assim, a insurgência é acolhida para dar como suficientemente demonstrado que as partes efetivamente celebraram um contrato de financiamento, tal como descrito na inicial, razão pela qual será aplicado ao valor financiado juros simples de 2,70% ao mês, sem capitalização.

Em face disso, a mora encontra-se descaracterizada e, por conseguinte, extinta a reintegratória por ausente pressuposto processual (REsp 1.061.530/RS, Relatora Min.ª Nancy Andrighi, Julgado em 22.10.2008, sob o rito da Lei dos Recursos Repetitivos).

Transitada em julgado a presente decisão, será refeito o cálculo do débito e se constatado eventual saldo devedor, este poderá ser complementado, e decorrido o prazo concedido para tanto, incidirão, na mora, juros de 1% ao mês e multa de 2%, além dos juros remuneratórios.

Em consequência, arca o apelado com as custas e despesas de ambas as demandas, arbitrados os honorários advocatícios em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), nos termos do § 4º do art. 20 do CPC, neste valor abrangidas as duas ações.

No tocante à prova pericial, referida no reclamo, esta poderá eventualmente ser cogitada, na liquidação, mas nesta fase do procedimento, onde se discute a validade das cláusulas contratuais, é diligência desnecessária.

Por fim, a instituição financeira estava ciente da discussão quanto à existência do débito na demanda ajuizada anteriormente e, de forma temerária, ajuizou a reintegratória visando a concessão de liminar para retirar a consumidora da posse do veículo. Este intento malicioso decorre da falta de qualquer ressalva na referida inicial, a respeito da revisional. A legislação vigente prevê:

> O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou (art. 18 do CPC).

Portanto, no caso concreto, incide multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa na possessória, nos termos do artigos 17, V, e 18 do Código de Processo Civil.

Por todo o exposto, o voto é para dar provimento ao recurso e, de ofício, apenar a recorrida por litigância de má-fé.

Apelação Cível n. 2011.026767-3, de Turvo

Relator: Des. Subst. Altamiro de Oliveira

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO DE PRECEITO COMINATÓRIO COM PEDIDO INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. MARCA REGISTRADA NO INPI. CLASSES DE PRODUTOS DISTINTAS. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTES OS PLEITOS VESTIBULARES. IRRESIGNAÇÃO DA PARTE AUTORA.

ALEGAÇÃO DE EXCLUSIVIDADE DO USO DA MARCA REGISTRADA. MERCADORIAS AFINS. MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. ABRANGÊNCIA DA EXCLUSIVIDADE AO USO DA MARCA REGISTRADA CUJA AFERIÇÃO É DUCTIL E FEITA CASO A CASO. TESE ACOLHIDA.

Sempre no fito de evitar a confusão entre os consumidores, circunstância cuja aferição se dá caso a caso, é possível que a exclusividade também seja outorgada em relação a outros produtos que se encontrem em diferentes classes mercadológicas, quando se consubstanciem em mercadorias afins ou congêneres; "em suma, a simples divisão em classes é um modelo de busca e não uma definição sobre colisão de produtos e serviços, para cuja determinação se exige uma análise substantiva e responsável" (COPETTI, *Afinidade entre marcas: uma questão de direito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 17).

Verifica-se, pois, a afinidade entre os produtos quanto mais próximas sejam suas atividades ou ainda quando haja substitutividade entre os produtos ou serviços ofertados; essa afinidade aliada à identidade da expressão e signo que compõem a marca são capazes de gerar confusão no consumidor e induzi-lo à equivocada conclusão de que se trata de produtos com igual origem.

Alcunhada pela expressão "confusão indireta", haveria, pois a possibilidade de o consumidor adquirir o produto de um fornecedor pensando pertencer (ter a mesma origem) do produto do outro, para quem foi permitido ostentar com exclusividade a marca.

DANOS MORAIS DECORRENTES DO USO DA MARCA REGISTRADA SEM AUTORIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS DO EFETIVO DANO À IMAGEM DA RECORRENTE.

Reconhecer-se que pessoa jurídica seja susceptível de abalo de ordem moral em circunstância específica, não enseja, automaticamente, a procedência de pleito de índole condenatória à indenização por danos morais por outra formulado, mormente quando inexista qualquer prova de prejuízo à credibilidade da marca ou esvaziamento do seu prestígio perante consumidores e/ou fornecedores, razão de ser do sucesso do empreendimento. Tal amplitude poderia "levar ao excesso de ressarcir danos inexistentes" (Ramón Daniel Pizarro. *Daño moral*. 2. Ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 263).

DANOS MATERIAIS. AUSÊNCIA DE PROVAS DOS PREJUÍZOS ALEGADOS. PLEITO INDEFERIDO.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.026767-3, da comarca de Turvo (Vara Única), em que é apelante Cooperativa Agropecuária de Jacinto Machado Ltda COOPERJA, e apelado Icofort Agroindustrial Ltda:

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 14 de agosto de 2012, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. José Carlos Carstens Köhler.

Florianópolis, 14 de agosto de 2012.

Altamiro de Oliveira
RELATOR

RELATÓRIO

Cooperja – Cooperativa Agropecuária de Jacinto Machado Ltda. interpôs recurso de apelação cível em face de sentença proferida nos autos de ação de rito ordinário com preceito cominatório e pedido de indenização por danos materiais e morais veiculada pela agora recorrente contra Icofort – Agroindustrial Ltda., cujos pleitos foram julgados improcedentes.

O decisório foi proferido ao entendimento de que não se admitiria a a utilização de marca idêntica ou semelhante a outra quando ambas pertencessem a mesma classe de produtos; de outra parte, caso distintas as categorias mercadológicas, segundo a classificação do INPI, inexistiria óbice ao uso por outrém de marca já registrada pelo órgão competente. Assim, observado o princípio da especialidade, e ainda, porque diversos seriam os elementos figurativos das marcas mistas utilizadas entre as contendoras, não haveria vedação para o uso pela ré da marca já utilizada pela autora, não obstante a outorga pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial, porquanto disso não decorreria qualquer confusão entre os consumidores a ensejar concorrência desleal entre as partes.

Irresignada com o provimento jurisdicional entregue, a apelante reiterou os argumentos expendidos no caderno processual, segundo os quais a utilização da marca "Caçarola", pela apelada, geraria confusão no

mercado consumidor e se convolaria em concorrência desleal. Pautou-se, ainda, no disposto no artigo 124 da Lei de Propriedade Industrial para pontuar suas assertivas.

Aduziu que os elementos figurativos da marca por si registrada e a portada pela ré seriam semelhantes, e acarretariam ainda maior confusão entre os consumidores dos produtos. Disse que as demais empresas que ostentam idêntica marca nominativa não atuam na industrialização de alimentos, mas sim para serviço de alimentação (restaurantes e afins).

Pugnou pelo arbitramento de indenização por danos morais que teria experimentado, a serem fixados com vistas a coibir a prática ilegal perpetrada pela ré; quanto ao dano material, aduziu que o montante a ser fixado deve levar em conta a depreciação da reputação comercial da marca, como consequência da venda de produtos de qualidade inferior.

O recurso foi recebido no seu duplo efeito (fl. 150).

Instada, a recorrida ofertou contrarrazões (fls. 152-158). Na sequência, os autos ascenderam a esta Casa de Justiça.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Cooperja – Cooperativa Agropecuária de Jacinto Machado Ltda. em face de sentença proferida nos autos de ação de rito ordinário com preceito cominatório e pedido de indenização por danos materiais e morais por si ingressada contra Icofort – Agroindustrial Ltda., pleitos todos julgados improcedentes.

O decisório foi proferido ao entendimento de que não se admitiria a a utilização de marca idêntica ou semelhante a outra quando ambas pertencessem a mesma classe de produtos; de outra parte, caso distintas as categorias mercadológicas, segundo a classificação do INPI, inexistiria óbice ao uso por outrém de marca já registrada pelo órgão competente. Assim,

observado o princípio da especialidade, e ainda, porque diversos seriam os elementos figurativos das marcas mistas utilizadas entre as contendoras, não haveria vedação para o uso pela ré da marca já utilizada pela autora, não obstante a outorga pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial, porquanto disso não decorreria qualquer confusão entre os consumidores a ensejar concorrência desleal entre as partes.

Tais foram os fundamentos que levaram à improcedência do pleito vestibular, com fulcro no artigo 269, I do Código Buzaid.

É ressabido, coisa incorpórea ou bem imaterial que identifica ou sinaliza o produto ou o serviço, a marca mercantil é passível de registro, observadas determinadas condições, todas previstas na Lei de Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/1996) no intuito de proteger o "bem entregue cuidadosamente ao consumo" (WALD, Arnoldo. *Doutrinas essenciais* – direito empresarial. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1333).

Uma das possíveis consequências do registro da marca perante o órgão competente (INPI) é a de a detentora da marca possuir propriedade exclusiva e proteção em âmbito nacional sobre o signo registrado. Por isso, aliás, não serem registráveis como marca a reprodução ou imitação de signo característico de outro estabelecimento ou nome de empresa de terceiros, apta a causar confusão ou associação com tais sinais distintivos (art. 124, V, da referida lei).

Sobre o direito decorrente do registro da marca, colhe-se entendimento doutrinário de Newton Silveira:

O direito decorrente do registro da marca exclui seu emprego por todos os demais no mesmo ramo de atividade. Salvo se a marca estiver amparada pela proteção mais ampla, que decorre do reconhecimento de sua notoriedade, não poderá o titular do registro impedir seu uso por terceiros em ramo de atividade diverso, que não possibilite confusão entre mercadorias, produtos ou serviços. Em conseqüência, um terceiro

poderá registrá-la em outra classe (*A propriedade intelectual e a nova Lei de Propriedade Industrial.* São Paulo: Saraiva, 1996, p. 17).

Também do Superior Tribunal de Justiça retira-se o seguinte escólio:

> A marca é um sinal distintivo, visualmente perceptível, que visa a identificar um produto ou serviço no mercado consumidor. Para se obter o registro da marca e, consequentemente, sua propriedade, é necessária a observância de certos requisitos como a novidade relativa, distinguibilidade, veracidade e licitude, de molde a evitar que o consumidor seja induzido a engano, ante a existência de repetições ou imitações de signos protegidos (STJ, REsp 862067/RJ, rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 26-4-2011).

Diante da proteção dada para o signo registrado, a lei estipula condições para que haja a outorga do registro da marca, em número de três: que a marca represente uma novidade, ainda que relativa; que não haja colisão entre a marca que se busca registrar e aquela notoriamente conhecida e, por fim, que não incida qualquer das causas de impedimento ao ato registral.

Para que represente novidade, leciona a doutrina, não se exige que a expressão em si seja nova por criação de quem a detém; basta que o vernáculo dê à expressão linguística escolhida nova utilização.

Assim, exemplificativamente:

Se o fabricante de móveis de escritório adota para seus produtos a marca *triângulo*, ele poderá obter a proteção do direito industrial, apesar de a expressão não ter sido criada por ele. Aliás, triângulo é figura geométrica estudada desde a Antiguidade, que todos conhecem nos primeiros anos da escola. O que é novo, na decisão do fabricante, é chamar móveis de *triângulo*. A ninguém antes dele pode ter ocorrido semelhante idéia. Em outros termos, o uso emprestado à expressão linguística (ou ao signo não linguístico), é que deve se revestir de novidade, para que a marca possa ser

registrada (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial.* Direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 161).

Já o segundo requisito pertine à não colidência da marca que se pretende registrar com outra, notoriamente conhecida (art. 126, LPI), vedação normativa prevista no fito de impedir a contrafação de marcas. Logo,

A marca notoriamente conhecida goza de uma proteção especial, que independe de registro perante o INPI. Assim, se alguém pretender apropriar-se de marca que evidentemente não lhe pertence, o seu pedido poderá ser indeferido pelo INPI, mesmo que não exista registro anterior da marca no Brasil. (*opus cit.*, p. 161).

Alfim, o terceiro requisito é o desimpedimento, para o qual há extensa lista contida na mencionada norma, de expressões, figuras, sinais ou signos em geral não registráveis como marca.

Verifica-se de pesquisa feita no sítio eletrônico do Instituto Nacional de Propriedade Industrial que à autora foi outorgado o uso exclusivo da marca nominativa "Caçarola" (n. 815395051), e das marcas mistas "Caçarola" (n. 828193070), "Arroz Parborizado Caçarola" (n. 82477233) e "Arroz Caçarola" (n. 823342395), fato este, aliás, que se tornou incontroverso, seja porque não refutado pela ré (art. 334, III, CPC), seja diante da colação de cópia da sentença proferida pela 2ª Vara Federal do Rio de Janeiro, que julgou improcedentes os pleitos anulatórios formulados em relação a tais registros (fl. 166-174).

Com efeito, em regra, tal direito é limitado para a classe a qual pertença a empresa cuja exclusividade foi deferida, sem que abranja produtos enquadrados em distintas classes mercadológicas, conforme classificação ratificada pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial. A regra consagra o princípio da especialidade, segundo o qual a limitação ao uso exclusivo da marca concerne somente a pessoas jurídicas que se

encontrem numa mesma classe de produtos e serviços correspondente àquela para a qual a exclusividade foi outorgada.

Desta forma, em que pese a clara intenção do legislador em vedar o registro de idênticas marcas, sempre no intuito de reprimir a concorrência desleal, há o princípio da exclusividade, que limita a vedação de uso de nome ou caractere linguístico idêntico; segundo tal princípio, "a exclusividade de um signo se esgota nas fronteiras do gênero de atividade que ele designa" (COPETTI, Michele. *Afinidade entre marcas: uma questão de direito.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 15).

Contudo, ainda no fito de se evitar a confusão entre os consumidores, circunstância cuja aferição se dá caso a caso, é possível que a exclusividade também seja outorgada em relação a outros produtos que se encontrem em diferentes classes, quando se consubstanciem em mercadorias afins ou congêneres; "em suma, a simples divisão em classes é um modelo de busca e não uma definição sobre colisão de produtos e serviços, para cuja determinação se exige uma análise substantiva e responsável" (COPETTI, *opus cit.*, p. 17).

Leciona Gama Cerqueira sobre o tema:

> De acordo com este sistema, considera-se nova a marca para o efeito do registro, desde que diversifique a classe do produto a que se aplica, vedando-se apenas o registro de marcas idênticas ou semelhantes para distinguir produtos pertencentes à mesma classe. Esse sistema, porém, não resolve todas as dificuldades, pois, se facilita a verificação para não se permitir o registro de marcas iguais ou semelhantes na mesma classe, o risco de confusão por parte do consumidor não fica de todo afastado, uma vez que pode haver afinidade entre produtos pertencentes classes diversas.
>
> Sendo limitado o número de classes, muitas delas abrangem artigos inconfundíveis ou pertencentes a gêneros de comércio ou indústria diferentes, os quais, entretanto, não poderiam ser assinalados com marcas idênticas ou semelhantes a outras registradas na mesma classe. Por outro lado, produtos afins ou congêneres, mas pertencentes a

> classes diferentes, poderiam ser assinalados com a mesma marca, induzindo em erro o comprador (CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado de propriedade industrial*. V. I, Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1946, p. 56).

Verifica-se, pois, a afinidade entre os produtos quanto mais próximas sejam suas atividades ou ainda quando haja substitutividade entre os produtos ou serviços ofertados; essa afinidade aliada à identidade da expressão e signo que compõem a marca são capazes de gerar confusão no consumidor e induzi-lo à equivocada conclusão de que se trata de produtos com igual origem.

Igualmente, José de Oliveira Ascensão acentua:

> A marca é atribuída para uma classe de produtos ou serviços. Mas a zona de defesa que lhe corresponde ultrapassa as utilizações da marca dentro da classe a que pertence, para evitar a indução do público em erro mesmo em relação a produtos ou serviços não compreendidos na mesma classe, mas cuja finalidade com aqueles a que a marca respeita teria a consequência de induzir o público em erro sobre a relação com a marca anterior (*Direito autoral.* 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 56).

É esse o caso dos autos.

Num cotejo entre as digressões doutrinárias e a situação em apreço, percebe-se que a autora produz e comecializa arroz parborizado; já a ré atua na produção e venda de óleo comestível, ambos produtos do gênero alimentício e negociáveis nos mesmos estabelecimentos – supermercados – e quiçá, ainda, disponibilizados na mesma seção de produtos, os dois com vistas a "satisfazer necessidades análogas ou complementares" (COPETTI, *opus cit.*, p. 209).

Alcunhada pela expressão "confusão indireta", haveria, pois a possibilidade de o consumidor adquirir o produto da ré pensando pertencer (ter a mesma origem) do produto da autora.

Para situações análogas, a doutrina estabeleceu critérios objetivos com os quais é possível examinar o grau de confundibilidade de produtos ou serviços, a saber: " 'mesma classe (Classificação Internacional de Produtos e Serviços); mesmo gênero de produtos; mesma matéria-prima; mesma finalidade (afinidade); produtos complementares (partes e acessórios); venda no mesmo negócio; canais de comercialização e mesmos meios de publicidade'" (COPETTI, *opus cit.*, p. 210).

Dessarte, a realidade que se vislumbra torna irrefutável a identidade fonética e linguística entre as marcas, além da similitude dos segmentos mercadológicos, circunstâncias perfeitamente aptas a gerar confusão no consumidor, quanto à sua procedência. E ao considerar que o direito marcário não visa tão só proteger interesses patrimoniais, mas busca também tutelar direitos consumeristas, públicos e indisponíveis, não há o que tergiversar quanto à necessidade de se vedar a utilização de idêntica marca pela ré.

Altera-se, sob tais fundamentos, a sentença profligada, para determinar que a parte ré deixe de ostentar como sua a expressão que identifica a marca "Caçarola", porquanto seu uso exclusivo foi dado à autora, mediante ato administrativo emanado da sobredita Autarquia Federal.

De outro vértice, no que concerne aos danos morais, não há quaisquer provas de mácula à honra objetiva da autora.

Não se olvida decisão já proferida nessa Câmara, acerca da desnecessidade de comprovar o dano moral, quando demonstrada a contrafação que macula o nome da empresa cuja marca foi falsificada (Apelação Cível n. 2008.063961-6, de Timbó, rel. Des. Subst. Altamiro de Oliveira, j. 27-4-2012).

Não obstante, circunstâncias distintas demandam distintos julgamentos: enquanto que naquela houve uma contrafação, com a

comercialização de mercadorias de baixa qualidade, a se convolar em efetivo prejuízo ao nome e imagem da autora, nesta, não há sequer indícios de que a conduta praticada ensejou afetação ao nome ou ao prestígio da marca ostentada pela autora. Tudo o que houve foi a indevida utilização por uma, da marca registrada, pela outra.

Logo, reconhecer-se que pessoa jurídica seja susceptível de abalo de ordem moral em circunstância específica, não enseja, automaticamente, a procedência de pleito de índole condenatória à indenização por danos morais por outra formulado, mormente quando inexista qualquer prova de prejuízo à credibilidade da marca ou esvaziamento do seu prestígio perante consumidores e/ou fornecedores, razão de ser do sucesso do empreendimento. Tal amplitude poderia "levar ao excesso de ressarcir danos inexistentes" (Ramón Daniel Pizarro. *opus cit.*, p. 263).

Então, uma vez que não foi demonstrada a ofensa à imagem da autora, e nem sequer a agressão ao seu conceito junto a clientes e/ou fornecedores, isto é, na medida em que faltantes provas do abalo à sua honra objetiva ou à sua reputação, sem que haja, tampouco, menção nos autos de qualquer episódio concreto que tenha ocorrido nesse sentido, não há o que se falar em condenação por danos morais, com fulcro nos artigos 186, 187 e 927, todos do Código Civil e artigo 5º, X, da Constituição Federal.

O mesmo ocorre para o pleito de danos materiais, porquanto o argumento é pautado em vagas declarações de prejuízos, sem que haja prova nos autos a demonstrar qualquer danosidade material. E é cediço que incumbia à autora o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito, conforme estabelece o art. 333, I, do Código de Processo Civil.

Como corolário da alteração do *decisum*, impõe-se readequar os ônus sucumbenciais, para que as partes litigantes passem a arcar com tal montante proporcionalmente, em 50% para cada um; também os honorários de sucumbência devem ser arcados em idêntica proporção, no

montante já sopesado pelo julgador *a quo*. Isso ocorre porque "quando uma das partes não obteve tudo o que o processo poderia lhe proporcionar" (NERY JÚNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Código de Processo Civil Comentado. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, p. 389), há sucumbência recíproca.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2011.049930-4, de Blumenau

Relator: Des. Cláudio Valdyr Helfenstein

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO COMINATÓRIA C/C DANOS MORAIS, PERDAS E DANOS E LUCROS CESSANTES - DECISÃO QUE CONCEDE TUTELA LIMINAR OBSTANDO O USO DA MARCA "TECNOCRIL" OU SUAS VARIAÇÕES, BEM COMO DETERMINANDO A RETIRADA DO SÍTIO WWW.TECNOCRIL.COM.BR DO AR - IRRESIGNAÇÃO DA DEMANDADA.

ALEGADO O CARÁTER DEFINITIVO DO *DECISUM,* TENDO EM VISTA OS EFEITOS QUE DECORRERIAM DO SEU CUMPRIMENTO - SUSTENTADO O FATO DE QUE A MARCA DA AUTORA NÃO É NOTORIAMENTE CONHECIDA E A PROTEÇÃO CONFERIDA PELO SEU REGISTRO É LIMITADA, O QUE TORNARIA POSSÍVEL SUA UTILIZAÇÃO POR TERCEIROS EM OUTROS RAMOS DE ATIVIDADE - DEFENDIDA, TAMBÉM, A PRECEDÊNCIA DO REGISTRO DO DOMÍNIO - TESES ACOLHIDAS - DEMONSTRAÇÃO DE QUE A MARCA TITULARIZADA PELA AUTORA DIZ RESPEITO APENAS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE APLICAÇÃO, MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO DE REVESTIMENTOS ESPECIAIS IMPERMEÁVEIS EM GERAL - DEPÓSITOS DE PEDIDOS DE REGISTRO DE MARCAS QUE NÃO TÊM O CONDÃO DE CONFERIR DIREITOS, NOS TERMOS DO

ARTIGO 129 DA LEI N. 9.279, DE 14.5.1996 - VEDAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DA MARCA EM DEBATE EM OUTROS SEGMENTOS COMERCIAIS QUE SE ENCONTRA INVIABILIZADA, SOB PENA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ESPECIFICIDADE - ADEMAIS, INEQUÍVOCA PRECEDÊNCIA DO DOMÍNIO DA DEMANDADA EM RELAÇÃO AO DA AUTORA - CIRCUNSTÂNCIAS QUE AFASTAM A RELEVÂNCIA DO FUNDAMENTO QUE ENSEJOU A CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA - VEDAÇÃO DO USO DA MARCA TITULARIZADA PELA AUTORA NO SEGMENTO PROTEGIDO PELO RESPECTIVO REGISTRO QUE, POR OUTRO LADO, CARACTERIZA PERIGO DE DANO INVERSO, RECOMENDANDO A REFORMA INTEGRAL DA DECISÃO.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2011.049930-4, da comarca de Blumenau (1ª Vara Cível), em que é agravante Tecnocril Indústria e Comércio Ltda., sendo agravada Tecnocryl Revestimentos Especiais Ltda EPP:

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo relator e dele participaram a Exma. Sra. Desa. Soraya Nunes Lins e o Exmo. Sr. Des. Guilherme Nunes Born.

Florianópolis, 2 de agosto de 2012.

Cláudio Valdyr Helfenstein
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Tecnocril Indústria e Comércio Ltda. interpôs agravo de instrumento contra a decisão proferida pela MMª. Juíza de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Blumenau que, nos autos da "ação cominatória c/c danos morais, perdas e danos e lucros cessantes" n. 008.11.004130-2 promovida por Tecnocryl Revestimentos Especiais Ltda. EPP (fls. 33/42), concedeu tutela liminar específica, determinando a abstenção do uso da marca "TECNOCRIL" ou suas variações, bem como sua exclusão de todos os produtos, embalagens, impressos, letreiros, rótulos, cartazes, fachadas, propagandas, revistas, jornais e qualquer meio de marketing, além da retirada do sítio www.tecnocril.com.br do ar, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de multa diária no valor de R$ 1.000,00 (um mil reais) (fls. 96/99).

Asseverou a agravante que o *decisum* prolatado tem caráter definitivo, e não provisório, afinal o cumprimento da medida implicaria na alteração de toda a sua estrutura, podendo, inclusive, acarretar no encerramento das suas atividades, não obstante atuar no mercado há 20 (vinte) anos. Por outro lado, aduziu ser impossível cumprir tal ordem judicial no ínfimo prazo que lhe foi concedido.

Alegou, também, ser seu nome comercial e sua marca completamente distintos daqueles pertencentes à agravada, assim como são diversas suas atividades comerciais. Do mesmo modo, enfatizou que seu nome comercial foi registrado em 13.11.1991, dizendo, portanto, estar protegido, mas recordando o fato de que as Juntas Comerciais são independentes, isto é, cada Estado possui a sua. Sustentou, ainda, exercer suas atividades em quase todas as regiões do Brasil, com exceção do sul, onde justamente a agravada é atuante.

Defendeu, ademais, não ser a marca da agravada, a saber, "TECNOCRYL", notoriamente conhecida, frisando, assim, não haver impedimento para seu uso por terceiros em outros ramos de atividade.

Propalou que a marca da agravada, registrada sob o n. 823221520, datada de 5.12.2006 e descrita como NCL (7) 37, abrange somente a classe de prestação de serviços de aplicação, manutenção e conservação de revestimentos especiais impermeáveis em geral. Referiu, daí, ter depositado, em 30.3.1999 e sob o n. 821255550, pedido de registro da sua marca na classe antiga 02.10, relacionada a tintas e vernizes, o qual, porém, foi indeferido em 23.5.2005 e motivou novo pedido de registro junto ao INPI, desta vez na classe NCL (9) 02, cujo depósito foi realizado em 22.3.2011.

No que se refere ao domínio em discussão, frisou ter sido o sítio www.tecnocril.com.br registrado em 16.10.2001, entendendo, com isso, ter direito adquirido sobre sua propriedade.

Em consequência, requereu a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, pugnando, ao final, pela revogação da tutela liminar ou, alternativamente, pela ampliação do prazo para seu cumprimento, de 10 (dez) para, no mínimo, 60 (sessenta) dias, excluindo-se, ainda, a multa cominada (fls. 2/17).

Na decisão de fls. 140/144, da lavra do eminente Desembargador Domingos Paludo, o efeito suspensivo foi concedido.

Apesar de regularmente intimada (fl. 148), a agravada deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar resposta (fl. 149).

Este é o relatório.

VOTO

1 – O presente recurso merece ser conhecido, porquanto tempestivo e instruído com os documentos indispensáveis relacionados no artigo 525, inciso I, do Código de Processo Civil, além de devidamente preparado.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, nos autos da ação cominatória c/c danos morais, perdas e danos

e lucros cessantes promovida pela agravada, concedeu tutela específica liminarmente, nos moldes dos §§ 3º e 4º do artigo 461 do Código de Processo Civil, determinando que se abstivesse a agravante de usar a marca "TECNOCRIL" ou suas variações, bem como que a excluísse de todos os produtos, embalagens, impressos, letreiros, rótulos, cartazes, fachadas, propagandas, revistas, jornais e qualquer meio de marketing, além de retirar o sítio www.tecnocril.com.br do ar, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de multa diária no valor de R$ 1.000,00 (um mil reais).

É cediço que, em sede de agravo de instrumento, cuja estreita via de cognição não permite aprofundamento de mérito, mas tão somente uma análise perfunctória do litígio, sob pena de supressão de instância, descabem maiores dilações probatórias, motivo pelo qual os fundamentos do pedido recursal devem ser apresentados de maneira a demonstrar o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*. Portanto, a análise deste recurso deve se limitar ao acerto ou desacerto da decisão de primeiro grau, a qual concedeu liminarmente a tutela específica postulada na ação proposta.

Nesse sentido é a orientação desta Corte de Justiça:

> Em sede de agravo de instrumento, o Tribunal encontra-se restrito à analise do acerto ou desacerto da decisão, sendo obstado deliberar sobre questões não debatidas pelo juízo monocrático, por importar em supressão de instância. (AI n. 2006.045477-5, de Blumenau, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 20.3.2007).

A agravante defende ser definitiva, e não provisória, a tutela concedida, porquanto o cumprimento da ordem requer a alteração de toda a sua estrutura. Ademais, sustenta estar seu nome comercial devidamente registrado na Junta Comercial há anos, enfatizando que sua área de atuação não coincide com a da agravada. Também alega o fato de a marca da agravada não ser notoriamente conhecida, bem como de seu registro abranger somente a classe de prestação de serviços de aplicação, manutenção e conservação de revestimentos especiais impermeáveis em

geral, destacando, daí, ser plenamente possível sua utilização por terceiros em outros ramos de atividade. Suscita, ainda, ter realizado o registro do seu domínio em 2001.

Razão assiste à agravante.

Prima facie, cumpre registrar que carecem de relevância os argumentos deduzidos pela agravante no que se refere ao seu nome comercial e respectivo registro na Junta Comercial do Estado, pois a questão em debate versa sobre marcas e registros de domínios na rede mundial de computadores.

À semelhança do que ocorre com qualquer pessoa, toda empresa, quando nasce, precisa receber um nome que a identifique como sujeito de direito e que sirva para diferenciá-la das demais já existentes. Este nome é conhecido no meio doutrinário como sendo o "nome empresarial" ou "nome comercial".

Para cumprir sua função de distinguir determinada empresa das demais, o nome empresarial goza de proteção legal, a qual se inicia com o arquivamento dos atos constitutivos da firma individual ou da sociedade perante a competente Junta Comercial. Segundo se infere do artigo 34 da Lei n. 8.934/94, o nome empresarial obedecerá aos princípios da veracidade e da novidade, de modo que fica vedada a adoção de nome que veicule informação falsa sobre o empresário ou de nome igual ou semelhante a outro já existente.

Embora ambos sejam elementos individualizadores da empresa, jamais se pode confundir marca com nome empresarial ou denominação social. Como bem destaca Fábio Ulhoa Coelho, *"o nome empresarial e a marca se reportam a diferentes objetos semânticos. O primeiro identifica o sujeito de direito (o empresário, pessoa física ou jurídica), enquanto a marca identifica, direta ou indiretamente, produtos ou serviços"***.** (*Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p. 175).

Da mesma maneira que o nome, a marca também é objeto de proteção legal.

No título reservado aos direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 assegura o privilégio à propriedade das marcas (artigo 5º, inciso XXIX), tendo em vista os interesses econômicos e sociais que ao redor delas giram.

A Lei n. 9.279, de 14.5.1996, por sua vez, garante no território nacional a propriedade da marca e seu uso exclusivo àquele que obtiver o registro perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI.

Além do nome empresarial e da marca, não se pode olvidar a existência de um terceiro elemento distintivo da empresa: o título de estabelecimento, o qual, em síntese, nada mais é que uma expressão formada por palavras, ou mesmo uma sigla, que serve para identificar o local onde o comerciante exerce sua atividade mercantil.

Assim, não há que se confundir nome comercial, marca e título de estabelecimento. Tratam-se de figuras completamente distintas, criadas pela doutrina e instituídas pela lei para identificar, respectivamente, a personalidade do comerciante, seus produtos e mercadorias e seu local de comércio.

In casu, a demanda proposta fundou-se no fato de que, no início do ano de 2010, a agravada teve conhecimento de que a agravante estava *"utilizando indevidamente a expressão 'TECNOCRIL' para identificação de seus serviços e produtos"* (fl. 35), o que representaria cópia servil da sua marca, a saber, "TECNOCRYL", a qual se encontra registrada sob o n. 823221520 junto ao INPI (fl. 34). Em consequência disso, a agravada requereu a concessão liminar de tutela que vedasse a agravante de utilizar sua marca ou a marca "TECNOCRIL", porque similar, bem como que determinasse o cancelamento do registro de domínio www.tecnocril.com.br (fl. 41).

A tutela liminar impugnada pela agravante está assim prevista no Código de Processo Civil:

> Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.
>
> § 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.
>
> § 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).
>
> § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.
>
> § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

Outrossim, nos termos do artigo 273, *caput* e inciso I, do Código de Processo Civil, "o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação".

O texto legal transcrito permite concluir que a tutela em debate visa um provimento judicial que, ao menos de forma provisória, satisfaça o direito buscado pela parte autora, sendo tal providência cabível somente em determinadas situações, quando não se possa aguardar a completa instrução do feito e prolação da sentença de mérito.

A respeito, Humberto Theodoro Júnior esclarece:

> O que o novo texto do art. 273 do CPC autoriza é, nas hipóteses nele apontadas, a possibilidade de o juiz conceder ao autor (ou ao réu, nas ações dúplices) um provimento liminar que, provisoriamente, lhe assegure o bem jurídico a que se refere a prestação de direito material reclamada como objeto da relação jurídica envolvida no litígio.
>
> Não se trata de simples faculdade ou de mero poder discricionário do juiz, mas de um direito subjetivo processual que, dentro dos pressupostos rigidamente traçados pela lei, a parte tem o poder de exigir da justiça, como parcela da tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou.
>
> Como novo expediente, o juiz, antes de completar a instrução e o debate da causa, antecipa uma decisão de mérito, dando provisório atendimento ao pedido, no todo ou em parte.
>
> Diz-se, na espécie, que há antecipação de tutela porque o juiz se adianta para, antes do momento reservado ao normal julgamento do mérito, conceder à parte um provimento que, de ordinário, somente deveria ocorrer depois de exaurida a apreciação de toda a controvérsia e prolatada a sentença definitiva.
>
> Justifica-se a antecipação da tutela pelo princípio da necessidade, a partir da constatação de que sem ela a espera pela sentença de mérito importaria na denegação de justiça, já que a efetividade da prestação jurisdicional restaria gravemente comprometida. Reconhece-se, assim, a existência de casos em que a tutela somente servirá ao demandante se deferida de imediato.
>
> Mais do que um julgamento antecipado da lide, a medida autorizada pelo art. 273 do CPC vai ainda mais longe, entrando, antes da sentença de mérito, no plano da atividade executiva. Com efeito, o que a lei permite é, em caráter liminar, a execução de alguma prestação que haveria, normalmente, de ser realizada depois da sentença de mérito e já no campo da execução forçada. Realiza-se, então, uma provisória execução, total ou parcial, daquilo que se espera venha a ser o efeito de uma sentença ainda por proferir (...). (REVISTA JURÍDICA, v. 232, p. 10).

Com efeito, o juiz poderá antecipar os efeitos da tutela pretendida desde que, existindo prova inequívoca conferindo verossimilhança às

alegações, haja um fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação à parte autora. Desta forma, somente a presença concomitante dos requisitos estabelecidos pelo legislador autoriza o adiantamento dos efeitos da sentença de mérito.

Sobre o tema:

> A antecipação de tutela depende de que *prova inequívoca* convença o magistrado da *verossimilhança* das alegações do autor. Mas tais pressupostos não são bastantes. É mister que aos mesmos se conjugue o *fundado receio*, com amparo em dados objetivos, de que a previsível demora no andamento do processo cause ao demandante *dano irreparável* ou de difícil reparação; (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 19).

Este Sodalício já decidiu:

> [...] De acordo com o disposto no artigo 273 do Código de Processo Civil, a concessão da tutela antecipatória dos efeitos da sentença está condicionada à demonstração dos seguintes requisitos: a) prova inequívoca da verossimilhança da alegação; b) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou evidente abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu; e, de forma mitigada, c) reversibilidade dos fatos ou dos efeitos decorrentes da execução da medida. Coexistindo tais elementos, impõe-se o deferimento da tutela de urgência. (AI n. 2004.022182-7, da Capital, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. em 8.9.2005).

Vale dizer: a verossimilhança está consubstanciada no chamado juízo de probabilidade acerca da existência do direito que se pretende tutelar. Evidencia-se pela presença, nos autos, de elementos suficientes para respaldar a tese suscitada, de um modo tão aparentemente verdadeiro que permita antecipar o resultado final da solução do litígio.

Para Kazuo Watanabe, o juízo de verossimilhança ou de probabilidade *"tem vários graus, que vão desde o mais intenso até o mais tênue. O juízo fundado em prova inequívoca, uma prova que convença bastante, que não apresenta dubiedade, é seguramente mais intenso que o juízo assentado em*

simples 'fumaça', que somente permite a visualização de uma silhueta ou contorno sombreado de um direito." (Tutela antecipada e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer - AJURIS, 66, p. 173-174).

Acerca do assunto, destaca-se novamente o ensinamento de Humberto Theodoro Júnior:

> Quanto à verossimilhança da alegação, refere-se ao juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte que pretende a antecipação de tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também e, principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu. (*In* REVISTA JURÍDICA, v. 232, p. 14-15).

Ainda:

> A "verossimilhança da alegação" e a "sua prova inequívoca" têm em conta o direito verberado pelo acionante. São a causa de pedir e o pedido que são trazidos por ele. Para alcançar a antecipação da tutela, deverá o autor apresentar uma tese jurídica consistente, é dizer, uma interpretação jurídica que seja convincente, que não esteja sujeita a uma compreensão diversa. Não que se pretenda que o Direito possa ser unívoco (com somente uma possível interpretação), mas que no caso concreto a visão do autor seja a mais plausível, aquela que traga um destacado conforto. Claro que assim ocorrerá quando houver a esse respeito uma sedimentação doutrinária e jurisprudencial – sem prejuízo, é claro, da apresentação de uma tese original, que ainda não tenha sido submetida ao anterior enfrentamento no foro. O que se exige, em outros termos, é que ao juiz surja uma forte probabilidade de que a exegese apresentada pelo autor seja a certa – ainda que teoricamente possam ser achados argumentos que a desabonem.
>
> Ocorre que a pretensão deve também estar alicerçada em um fato, devendo ele estar bem revelado nos autos. Quer dizer, deve haver provas de que a versão do autor, visto sob o ângulo fático, seja verdadeira. A análise dos elementos de convicção já encartados no processo hão de demonstrar a perspectiva de que a narrativa do autor seja autêntica. (PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual de direito processual civil*: *roteiros de aula – processo de conhecimento*. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 562-563).

Já o fundado receio de dano não exige maiores conceituações:

> Haverá *dano* quando a permanência do *"status quo"*, enquanto se sucedem os atos processuais, seja de molde a acarretar ao autor *prejuízos de média ou grande intensidade* (os prejuízos mínimos não autorizam provimentos de urgência, invasivos da esfera jurídica do demandado) a direito seu. (CARNEIRO, Athos Gusmão. *Op. cit.*, p. 32).

Na situação em apreço, com a vênia do entendimento adotado pela digníssima magistrada de primeiro grau, não se pode manter a tutela de urgência concedida.

Isso porque o compulsar dos autos revela que:

A) conforme a oitava alteração de seu contrato social, a agravada, cuja sede está localizada em Blumenau/SC, "tem por objetivo social a prestação de serviços de aplicação de revestimentos especiais impermeáveis com emprego de materiais próprios, a recuperação estrutural de edificações, o aluguel de bens móveis, comércio de materiais de impermeabilização e construção civil" (fl. 50);

B) no seu cadastro junto à Receita Federal, a agravada aponta como atividade econômica principal a "impermeabilização em obras de engenharia civil", indicando como secundárias "obras de alvenaria", "aluguel de máquinas e equipamentos para construção sem operador, exceto andaimes", "comércio varejista de materiais de construção não especificados anteriormente" e "construção de edifícios" (fl. 52);

C) a marca que a agravada possui registrada junto ao INPI sob o n. 823221520, a qual foi concedida em 5.12.2006 e cujo pedido foi depositado em 1º.9.2000, é mista e de serviço, abrangendo a classe NCL (7) 37, isto é, "construção, reparos, manutenção e conservação em geral, serviços de instalação", possuindo, ainda, a especificação de "prestação de serviços de aplicação, manutenção e conservação de revestimentos especiais impermeáveis em geral" (fl. 55);

D) em 29.4.2010 a agravada também depositou junto ao INPI os pedidos de registro das marcas mistas n. 902566687, n. 902566628 e n. 902566695 (fls. 56/62), tendo a primeira delas a natureza de produto e sendo enquadrada na NCL (9) 02, a qual se refere a "tintas, vernizes, lacas; preservativos contra oxidação e contra deterioração da madeira; matérias tintoriais; mordentes; resinas naturais em estado bruto; metais em folhas e em pó para pintores, decoradores, impressores e artistas";

E) de acordo com a terceira alteração do seu contrato social, a agravante, que se encontra sediada em Belo Horizonte/MG e possui filial em Santa Luzia/MG, tem por objetivo "a indústria de revestimentos, comércio de tintas e a prestação de serviços auxiliares à construção civil na aplicação de revestimentos" (fl. 25);

F) no cadastro que possui junto à Receita Federal, a agravante descreve como sua atividade econômica principal "outras obras de acabamento da construção", arrolando como secundárias "fabricação de tintas, vernizes, esmaltes e lacas" e "comércio atacadista de tintas, vernizes e similares" (fl. 29);

G) em 22.3.2011 a agravante depositou o pedido de registro da marca mista de produto n. 903481162 junto ao INPI, a qual também se enquadra na classe NCL (9) 02 (fls. 110/111).

Ademais, a Lei n. 9.279, de 14.5.1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, estabelece:

> Art. 129. *A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido*, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148. (Grifei).

E, da doutrina, colhe-se:

> Generalizando, *marca* é um sinal que permite distinguir produtos industriais, artigos comerciais e serviços profissionais de outros do mesmo gênero, de mesma atividade, semelhantes ou afins, de origem diversa. É para o seu titular o meio eficaz para a constituição de uma clientela. Para o consumidor representa a orientação para a compra de um bem, levando em conta fatores de proveniência ou condições de qualidade e desempenho.
>
> Além disso, a marca atua como um veículo de divulgação, formando nas pessoas o hábito de consumir um determinado bem incorpóreo, induzindo preferências através do estímulo ocasionado por uma denominação, palavra, emblema, figura, símbolo ou outro sinal distintivo. É, efetivamente, o agente individualizador de um produto, de uma mercadoria ou de um serviço, proporcionando à clientela uma garantia de identificação do produto ou serviço de sua preferência.
>
> A marca pode exercer múltiplas funções. Entre outras, proporcionar ao seu titular o direito, através de medidas administrativas e judiciais, de agir contra o seu uso indevido, ou não-autorizado, por parte de concorrentes desleais. Auxilia o adquirente (comprador) na operação de compra impelindo-o a reclamar o produto identificado pelo marca e não o sucedâneo apresentado pelo vendedor.
>
> Em seu amplo sentido, a marca pretende diferenciar e divulgar um bem incorpóreo ou serviço, informando e persuadindo as pessoas a comprá-lo. (DI BLASI, Gabriel. *A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 332-333).

Do que se viu, a agravada é titular somente da marca n. 823221520, a qual confere proteção à "prestação de serviços de aplicação, manutenção e conservação de revestimentos especiais impermeáveis em geral" (fl. 55). Tal circunstância, entretanto, não obsta o registro da pretensa marca pela agravante, posto que o pedido depositado foi realizado em classe bastante diversa, a saber, de produto, referente a "tintas, vernizes, lacas; preservativos contra oxidação e contra deterioração da madeira; matérias tintoriais;

mordentes; resinas naturais em estado bruto; metais em folhas e em pó para pintores, decoradores, impressores e artistas".

A questão atinente à possibilidade de convivência pacífica entre marcas supostamente colidentes registradas em classes diferentes já foi objeto de análise pelo c. Superior Tribunal de Justiça:

> DIREITO MARCÁRIO. PROTEÇÃO DA MARCA. EXCLUSIVIDADE. ATIVIDADES DIVERSAS.
>
> 1. O direito de exclusividade ao uso da marca, em decorrência do registro no INPI, é, em princípio, limitado à classe para a qual foi deferido (princípio da especialidade), não abrangendo esta exclusividade, como anota a melhor doutrina, produtos outros não similares, enquadrados em outras classes, "excetuadas as hipóteses de marcas notórias".
>
> 2. No caso, a marca "olímpica", que se pretende violada, está registrada na classe 25, relativa a roupas e acessórios de vestuário e na classe 28 pertinente a jogos, brinquedos, passatempos e artigos para ginástica, esporte, caça e pesca. As mini-bolas foram lançadas durante as olimpíadas de Atlanta - USA - em 1996 - em campanha publicitária, onde o participante, mediante a troca de tampas de refrigerantes mais determinada soma em dinheiro, era contemplado com uma pequena bola de espuma, em cuja superfície havia as expressões "coca-cola" e "mini-bola olímpica", juntamente com a tocha representativa da logomarca das olimpíadas.
>
> 3. Neste contexto, desenvolvendo as empresas envolvidas atividades distintas (uma comercializa artigos desportivos e a outra refrigerantes), pertencendo seus produtos a classes diversas e dirigidos a públicos distintos, não há possibilidade de confusão do consumidor e nem é negada a proteção aos direitos relativos à propriedade industrial, decorrente do registro de marca.
>
> 4. Recurso especial não conhecido. (REsp 550.092, de São Paulo, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 22.3.2005).
>
> DIREITO COMERCIAL. MARCA. PROTEÇÃO. PRINCÍPIO DA ESPECIFICIDADE. ATIVIDADES DIVERSAS. MARCA NOTÓRIA. ATRIBUIÇÃO DO INPI. SÚMULA N. 7/STJ.

> DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. BASES FÁTICAS DISTINTAS.
>
> 1. O direito à exclusividade ao uso da marca está limitado à classe para a qual foi requerida, ressalvados os casos de marcas notórias.
>
> 2. Compete ao INPI avaliar a marca para caracterizá-la como notória ou de alto renome.
>
> 3. As marcas notoriamente conhecidas não gozam da mesma proteção conferidas às marcas notórias ou de alto renome, pois constituem exceção apenas ao princípio da territorialidade.
>
> 4. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes cuidam de situações fáticas diversas.
>
> 5. Recurso especial não-conhecido. (REsp 716179, do Rio Grande do Sul, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 1º.12.2009).

O entendimento desta Corte de Justiça segue o mesmo norte:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA DE PRECEITO COMINATÓRIO - PRIORIDADE DE UTILIZAÇÃO DA MARCA - NÃO OCORRÊNCIA - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPECIFICIDADE - REGISTRO DAS MARCAS EM CLASSES DIVERSAS - TEORIA DA DISTÂNCIA - APLICAÇÃO - MERCADOS DE INCIDÊNCIA DIVERSA - INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO - NOME COMERCIAL - AUSÊNCIA DE VERACIDADE E NOVIDADE - NÃO ACOLHIMENTO - JUNTAS COMERCIAIS - JURISDIÇÃO ESTADUAL - REGISTRO DOS NOMES COMERCIAIS EM ÓRGÃOS DE JURISDIÇÃO DIVERSA - RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> O princípio da especificidade caracteriza-se pela organização minuciosa das marcas em classes de serviços ou produtos, estabelecidas conforme a classificação internacional de Nice, agrupando-se conforme a sua natureza e resguardando, assim, a proteção com o intuito de inibir a utilização de marcas idênticas ou em alto grau de semelhança.
>
> Pela teoria da distância é admissível a atuação de semelhantes marcas independentemente, por não causar prejuízos uma à outra em

decorrência da distância geográfica existente e por atuarem sobre mercados locais/ regionais diversos e delimitados.

Pretendendo uma empresa a proteção de seu nome em todo o território nacional ou em uma determinada região, deve proceder ao registro nas Juntas Comerciais referentes às Unidades da Federação abrangidas, diferentemente da marca, a qual, por ser regulado por um órgão de jurisdição Federal (Instituto Nacional da Propriedade Industrial), é protegida em todo o território nacional, desde que obedecidas as condições legais e administrativas. (AC n. 2008.043880-1, da Capital / Estreito, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. em 16.2.2009).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA. AÇÃO ORDINÁRIA C/C ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. LIMINAR DEFERIDA. CONCOMITÂNCIA DOS PRESSUPOSTOS INEXISTENTE. LOGOTIPOS SEQUER SEMELHANTES. RAMOS DE ATUAÇÃO DIVERSOS. ALTERAÇÃO CONTRATUAL AMPLIATIVA DO OBJETO SOCIAL. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO BENEFICIA A AUTORA. CLASSES DIFERENTES. DEPÓSITOS ULTERIORES NA CLASSE DA RÉ QUE NÃO A PREJUDICAM. *PERICULUM IN MORA* INVERSO CARACTERIZADO. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

"A proteção à marca pela Lei n. 9.279/96 não é absoluta, pois 'segundo o princípio da especialidade ou da especificidade, a proteção ao signo, objeto de registro no INPI, estende-se somente a produtos ou serviços idênticos, semelhantes ou afins, desde que haja possibilidade de causar confusão a terceiros.' (REsp 333105/RJ, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 02/06/2005, DJ 05/09/2005, p. 410)" (STJ, AgRg no REsp n. 633.592/SP, Rel. Min. Vasco Della Giustina, DJe de 16-2-2011, destaque no original).

"O direito de exclusividade do uso da marca não deve ser exercido de modo a impedir o uso de marca semelhante deferido para produto de classe diferente, excetuados os casos de marca notória ou de alto renome, bem como os casos de evidente má-fé" (STJ, REsp n. 863.975/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 16-11-2010). (AI n. 2011.009156-2, de Joinville, rel. Des. Ricardo Fontes, j. em 2.6.2011).

Não destoa a orientação advinda do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

> *APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. REGISTRO DE MARCAS. SINAIS E CLASSES, DISTINTAS. PRINCÍPIO DA ESPECIFICIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONCORRÊNCIA DESLEAL.*
>
> *Pelo princípio da especificidade, a proteção da marca registrada é limitada aos produtos e serviços da mesma classe, salvo quando o INPI a declara "marca de alto renome".*
>
> No caso, os sinais distintivos *Santa Maria e Maria Santa*, bem como as marcas figurativas registradas no INPI pelas partes, são absolutamente diferentes, não havendo semelhanças capazes de ensejar confusão, porquanto a primeira, atua no ramo de confecções -classe 25 (artigos do vestuário, prática de esportes em geral, tais como camisetas, calças, shorts, bermudas, meias, calçados e bonés, masculinos e infatis), já a segunda, na confecção de bijouterias (classe 14).
>
> Logo, não há falar em violação, pela ré, do direito de uso exclusivo da marca da autora, tampouco em concorrência desleal.
>
> APELO DESPROVIDO. (AC n. 70025428798, de Caxias do Sul, rel. Des. Marco Aurélio dos Santos Caminha, j. em 9.4.2009) (grifei).

Em sendo assim, mostra-se inviável estender a proteção conferida pela única marca titularizada pela agravada, registro de n. 823221520, a outras áreas de atuação, como foi determinado na decisão agravada, até porque não se trata de marca notoriamente conhecida.

In casu, neste juízo sumário, não se vislumbra a propalada utilização indevida da marca da agravada pela agravante, o que, aliás, restou bem explicitado pelo ínclito Desembargador Domingos Paludo no *decisum* que atribuiu efeito suspensivo ao presente recurso, cujos fundamentos invocados às fls. 140/142 são adotados como razão de decidir, conforme autoriza o artigo 150 do Regimento Interno deste Tribunal:

O registro da marca assegura ao seu proprietário o seu uso exclusivo em todo o território nacional, nos termos do art. 129 da Lei 9.279/96. Senão vejamos:

Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.

§ 1º Toda pessoa que, de boa fé, na data da prioridade ou depósito, usava no País, há pelo menos 6 (seis) meses, marca idêntica ou semelhante, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, terá direito de precedência ao registro.

§ 2º O direito de precedência somente poderá ser cedido juntamente com o negócio da empresa, ou parte deste, que tenha direta relação com o uso da marca, por alienação ou arrendamento.

A proteção do direito de marca exige do intérprete cautela e bom senso na análise de cada questão submetida a registro, mormente diante da largueza da realidade registral de marcas e nomes, a fim de viabilizar o melhor trânsito de mercadorias e riquezas, sem a afronta da exclusividade sobre produtos e emblemas.

Exsurge da exordial – ação de abstenção de uso de marca com pedido liminar – que a agravada detém a marca 'TECNOCRYL REVESTIMENTOS ESPECIAIS LTDA ME' registrada sob o n. 823221520 desde 05/12/2006, mas com depósito a contar de 01/09/2000, tendo por objeto a '*prestação de serviços de aplicação, manutenção e conservação de revestimentos especiais impermeáveis em geral*' (classe 37).

Há informação, ainda, que a agravada depositou, em 29/04/2010, pedido de registro da marca 'TECNOCRYL REVESTIMENTOS ESPECIAIS LTDA ME' objetivando o exercício de atividades envolvendo o uso de '*tintas, vernizes, revestimentos etc* (classe 2).

Malgrado não identificar o certificado de registro da agravante junto ao INPI – apenas depósito de pedido para exploração dos produtos ou serviços contidos na classe 2, diante da documentação coligida ao instrumento, o direito da agravada não me parece inquestionável.

> A classe em que as partes depositaram a marca é diferente (fl. 85 e 128/9), o ramo de atividade não é completamente idêntico e, assim, somente no julgamento final ter-se-á a definição do impasse. Não está definitivamente resolvido o pedido de registro da agravada na classe 2 (fl. 132) e há outras empresas com marca e atividade semelhantes (fl. 130) o que afasta, em princípio, o entendimento de que a marca TECNOCRIL seria suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia.
>
> Somente se definirá se há incidência do art. 129, § 1º, da Lei 9279/96 após a instrução dos autos de origem

Não bastasse, em consulta realizada junto ao sítio de "Registro de Domínios para a Internet no Brasil", o qual é mantido na rede mundial de computadores, constatou-se que o domínio www.tecnocril.com.br de titularidade da agravante foi criado em 22.10.2001, ao passo que a agravada somente criou o domínio www.tecnocryl.com.br em 30.3.2007.

Ocorre que, diversamente do entendimento proferido pela togada *a quo*, a proteção conferida pela Lei n. 9.279, de 14.5.1996, não alcança os domínios para a internet. Estes, em verdade, possuem regramento próprio, consubstanciado em resolução do Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI.br, a saber, CGI.br/RES/2008/08/P, a qual estabelece que o domínio será concedido ao primeiro requerente que, por ocasião do requerimento, satisfizer as exigências para o registro.

Ora, se o registro validamente expedido de uma marca não garante ao seu titular a reserva do domínio correspondente, não se afigura verossímil a pretensão de, com base na marca registrada pela agravada sob o n. 823221520, obstar a agravante do uso do domínio por si primeiramente registrado.

Este Colegiado recentemente manifestou-se sobre a matéria:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO DE MARCA. REGISTRO DO NOME DE EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO QUE PASSOU A

> IDENTIFICAR UMA LOCALIDADE DO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS (JURERÊ INTERNACIONAL). ADOÇÃO DO NOME COMO DOMÍNIO DE IMOBILIÁRIA NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA QUE FOI DEFERIDA PARA O FIM DE PROIBIR O USO DO DOMÍNIO. UTILIZAÇÃO DE DOMÍNIO HOMÔNIMO QUE, POR SI SÓ, NÃO VIOLA O DIREITO DA TITULAR DA MARCA SE, APARENTEMENTE, O CONTÉUDO DA PÁGINA VIRTUAL NÃO REPRODUZ OS SINAIS DISTINTIVOS DA MARCA. ANTERIORIDADE DO REGISTRO QUE É O CRITÉRIO ADOTADO PARA A DEFINIÇÃO DA TITULARIDADE DO DOMÍNIO. ARTIGO 1º DA RESOLUÇÃO N. 2008/008/P DO COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. REGISTRO DO DOMÍNIO HÁ QUASE 10 (DEZ) ANOS SEM OPOSIÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDADO RECEIO DE DANO QUE RECOMENDA A MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE CONCEDER O EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO, POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO PROVIDO.
>
> A antecipação dos efeitos da tutela pressupõe, além da presença do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, a prova inequívoca da verossimilhança do direito invocado, o que não se vislumbra no caso. (AI n. 2011.091870-1, da Capital, rel. Des. Jânio Machado, j. em 12.7.2012).

Destarte, diante de todas as circunstâncias descritas, tem-se por afastada a relevância do fundamento que ensejou a tutela liminar concedida.

Não se olvida estar demonstrado que a agravada é titular da marca n. 823221520, a qual foi registrada junto ao INPI na classe referente à "prestação de serviços de aplicação, manutenção e conservação de revestimentos especiais impermeáveis em geral" (fl. 55). Todavia, mesmo com relação ao segmento comercial protegido pela aludida marca, não se recomenda a concessão da tutela pretendida pela agravada.

É que a vedação do uso da aludida marca já neste estágio processual caracteriza a situação denominada de perigo de dano inverso, pois tal medida exigiria que a agravante alterasse toda a sua estrutura, o que

implicaria em elevados custos e poderia acarretar até o encerramento das suas atividades.

Ao tratar da aplicação do pressuposto da irreversibilidade, Athos Gusmão Carneiro esclarece:

> Aqui chegamos, realmente, a um ponto crucial, que em última análise radica na necessidade, aliás já mencionada, de harmonizar princípios constitucionais em confronto: o da *efetividade*, com o *acesso eficaz* à Justiça, que se inclina pela concessão das AT; e o da *necessidade de segurança jurídica*, que prestigia a não concessão de antecipações irreversíveis, potencialmente prejudiciais à eficácia da (eventual) futura sentença de improcedência da demanda.
>
> (...)
>
> Neste ponto cumpre mencionar também a lição de Reis Friede: "A não-produção do denominado *'periculum in mora inverso'*, necessariamente implícito no próprio bom senso do julgador, portanto, desponta inegavelmente como um pressuposto inafastável para a decisão final pela concessão da medida liminar... (...) ...uma vez que, em nenhuma hipótese, poderia ser entendido como um procedimento lícito a modificação de uma situação de fato perigosa para uma parte – mas tranqüila para a outra – por uma nova que apenas invertesse a situação original, salvaguardando os interesses de uma das partes em detrimento da outra e ao elevado custo da imposição de gravames, até então inexistentes e por vezes até insuportáveis" (*Medidas Liminares em Matéria Tributária*, Forense Universitária, 1994, p. 136). (*Op. cit.*, p. 83-84).

Assim, em face de todas as considerações feitas e observando-se os prejuízos que serão causados à agravante por força da concessão da tutela em debate, afigura-se prudente aguardar a instrução do feito, o que, aliás, também foi enfatizado pelo ínclito Desembargador Domingos Paludo às fls. 143/144:

> Afora isso, a irreversibilidade dos prejuízos ocasionados pela concessão da medida liminar é evidente, haja vista que a abstenção do uso da marca importará suspensão da comercialização dos produtos até que seja formulada nova expressão gráfica para sua

> identificação, podendo, inclusive, acarretar redução na clientela da agravante. Sem se olvidar que ao final da instrução poderá restar demonstrado que o uso da marca pela agravante, mesmo que com similitude gráfica, não configura a concorrência desleal, o que já terá ensejado prejuízos irreversíveis.
>
> E mais, a utilização indevida da marca deverá ser objeto de apreciação de outras provas, mesmo técnica, não podendo em medida liminar estabelecer juízo inequívoco de contrafação e uso de marca registrada. Isso é fortalecido pela alegação de que a marca foi utilizada por longos anos conjuntamente pelas partes, sem falar na ausência de prova robusta acerca de confusão criada nos consumidores.

Com base em tais premissas, o reclamo interposto merece ser provido para o fim de revogar integralmente o *decisum* de primeiro grau.

Consequentemente, ficam prejudicadas as demais teses recursais, atinentes ao exíguo prazo para cumprimento da determinação judicial e exclusão da multa cominatória arbitrada.

Por fim, necessário destacar que a argumentação da agravante relacionada à nulidade da sua citação (fl. 11) não foi submetida ao crivo da douta juíza condutora do feito no primeiro grau, o que obsta, por conseguinte, qualquer manifestação a respeito por este órgão *ad quem*.

2 – Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Este é o voto.

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação cível n. 2009.011576-2, de Blumenau

Relator: Jânio Machado

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO. REDE DE SUPERMERCADOS QUE EMPRESTA O SEU NOME AO CARTÃO E EXERCE A FUNÇÃO DE INTERMEDIÁRIA NA RELAÇÃO NEGOCIAL PACTUADA ENTRE CONSUMIDOR E ADMINISTRADORA, POSSUINDO INTERESSE NA MANUTENÇÃO DA AVENÇA. LEGITIMIDADE PARA INTEGRAR O POLO PASSIVO DA DEMANDA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA APARÊNCIA. PRECEDENTES DA CÂMARA. EXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. ARTIGO 47 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME NO CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. CONSUMIDOR QUE, APÓS O PAGAMENTO DO SALDO DEVEDOR DO CARTÃO DE CRÉDITO E DA ANUIDADE, DEIXOU DE USUFRUIR DO LIMITE. ADMINISTRADORA DO CARTÃO QUE, NO ANO SEGUINTE, REALIZOU LANÇAMENTOS A DÉBITO NAS FATURAS MENSAIS A TÍTULO DE ANUIDADE. VALORES QUE DEIXARAM DE SER PAGOS PELO CONSUMIDOR, ACARRETANDO NA COBRANÇA DE ENCARGOS DE INADIMPLÊNCIA E NA INSCRIÇÃO DO NOME NOS CADASTROS RESTRITIVOS. SALDO DEVEDOR INEXISTENTE. EXIGÊNCIA DO VALOR DA ANUIDADE QUE PRESSUPÕE A MANIFESTAÇÃO, PELO CONSUMIDOR, DO INTERESSE NA RENOVAÇÃO DO CONTRATO. AUSÊNCIA DE UTILIZAÇÃO DO CARTÃO DE CRÉDITO E NÃO PAGAMENTO DA NOVA ANUIDADE QUE CONSTITUI MANIFESTAÇÃO INEQUÍ-

VOCA DA FALTA DE INTERESSE NA MANUTENÇÃO DA RELAÇÃO NEGOCIAL. ATO ILÍCITO BEM EVIDENCIADO, JUSTIFICANDO A IMPOSIÇÃO DA SANÇÃO CIVIL. VALOR DA INDENIZAÇÃO QUE LEVA EM CONSIDERAÇÃO OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA QUE É IMPOSTO ÀS REQUERIDAS, COM EXCLUSIVIDADE. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

1. A rede de supermercados que atua como intermediária na relação envolvendo a administradora de cartão de crédito e o consumidor é parte legítima para residir no polo passivo da ação em que se discute a relação contratual.

2. A inclusão indevida do nome do consumidor em cadastro restritivo ao crédito, em face do inadimplemento da anuidade do cartão de crédito que deixou de ser utilizado, justifica o arbitramento de indenização a título de danos morais, cujo montante levará em consideração os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 2009.011576-2, da comarca de Blumenau (1ª Vara Cível), em que é apelante Patrícia Luciana Sarli, e apelado Banco Simples S/A:

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 18 de outubro de 2012, foi presidido pelo desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein, com voto, e dele participou o juiz Guilherme Nunes Born.

Florianópolis, 22 de outubro de 2012.

Jânio Machado
RELATOR

RELATÓRIO

Patrícia Luciana Sarli ajuizou "ação declaratória de inexistência de débito com pedido de tutela antecipada e reparação por danos extrapatrimoniais" contra Banco Simples S/A e Clube Angeloni sob a alegação de que, em junho de 2005, foi surpreendida pela inclusão do seu nome no registro da Serasa, anotada pela instituição financeira, por conta de um suposto débito vencido em 29.3.2004, de que não tem conhecimento, até porque, no dia 20.12.2002, já havia pleiteado o cancelamento do seu cartão de crédito Clube Angeloni, o que ocorreu de forma automática por ocasião da quitação do saldo devedor, no mês de março de 2003. Assim, pleiteou a: a) antecipação da tutela para o fim de excluir o seu nome do cadastro de proteção ao crédito; b) inversão do ônus da prova; c) declaração da inexistência do débito anotado, com a condenação das requeridas ao pagamento de indenização por danos morais, e d) concessão do benefício da justiça gratuita.

A antecipação da tutela foi indeferida (fl. 19) e A. Angeloni & Cia. Ltda. ofereceu contestação (fls. 24/147) com alegações de: a) carência de ação pela ilegitimidade para integrar o polo passivo da lide (não inscreveu o nome da autora no cadastro de inadimplentes); b) inexistência de dano moral (a inscrição constitui o exercício regular de um direito) e c) fixação do valor da indenização de forma compatível com a situação examinada nos autos.

A instituição financeira também ofereceu contestação (fls. 149/189) argumentando que: a) o pagamento da fatura do cartão de crédito não acarreta o cancelamento automático do serviço, sendo devidos os valores cobrados a título de anuidade; b) a inscrição do nome no cadastro de

proteção ao crédito afigura-se legítima, não havendo a necessidade da notificação prévia do devedor pelo credor, a providência que incumbe à administradora do cadastro de proteção ao crédito; c) os requisitos para a antecipação da tutela não estão presentes; d) o dano moral não foi comprovado; e) o arbitramento do valor da indenização, se for o caso, levará em conta o dano demonstrado pela autora e a culpa do ofensor e f) a autora não faz jus à inversão do ônus da prova.

As contestações foram impugnadas (fls. 195/199) e, após a digna magistrada da 5ª Vara Cível ter declinado da competência para o processamento e julgamento do feito ao juízo da 1ª Vara Cível, ambos da comarca de Blumenau (fls. 208/209), foi realizada audiência (fl. 226), oportunidade em que, sem êxito a tentativa de conciliação, as partes afirmaram que não têm interesse na produção de prova e apresentaram alegações finais remissivas.

O digno magistrado Osmar Mohr proferiu sentença (fls. 235/241), o que fez nos seguintes termos:

> "Ante o exposto**,** JULGO:
>
> 1**.** EXTINTA a demanda em relação ao A. Angeloni & Cia. Ltda., com fulcro nos arts. 3º e 267, IV, do Digesto Instrumental, condenando a autora ao pagamento de metade das custas e despesas processuais, bem como honorários ao (s) patrono (s) do réu excluído, que fixo em R$ 800,00 (oitocentos reais), a teor do art. 20, § 3º, do CPC;
>
> 2. IMPROCEDENTE a ação em relação ao Banco Simples S/A, com fulcro no arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor e arts. 269, I e 333, I e II, do Código de Processo Civil, condenando a autora ao pagamento da outra metade das custas e despesas processuais, bem como honorários ao (s) patrono (s) do réu, fixados em R$ 800,00 (oitocentos reais), a teor do art. 20, 3º, do Digesto Instrumental, ressaltando-se que a autora estará isenta do pagamento se comprovar a miserabilidade no prazo fixado neste decisório." (o grifo está no original).

Inconformada, a autora interpôs recurso de apelação cível (fls. 245/264) insistindo na legitimidade da requerida A. Angeloni & Cia. Ltda. para residir no polo passivo da lide e na inexistência do débito, impondo-se às demandadas o pagamento de indenização por dano moral em virtude da inscrição indevida do nome em cadastro de proteção ao crédito.

A apelada instituição financeira apresentou resposta (fls. 281/296) e os autos vieram a esta Corte. Aqui, a Quarta Câmara de Direito Civil, na sessão realizada em 16.2.2012, não conheceu do recurso e determinou a redistribuição a uma das Câmaras de Direito Comercial (fls. 312/317).

VOTO

A requerida A . Angeloni & Cia. Ltda. é parte legítima para residir no polo passivo da demanda. Assim se diz porque a autora, embora tenha aderido ao cartão de crédito administrado pela instituição financeira, o fez por intermédio da rede de supermercados requerida, que, além de receber os pagamentos em nome da administradora do cartão, ainda emitia as faturas mensais (observe-se que nelas é facultada ao consumidor a consulta da fatura no endereço virtual da requerida A . Angeloni & Cia. Ltda., na rede mundial de computadores, disponível em <http://www.angeloni.com.br>.), conforme é autorizado pela cláusula quinta do "instrumento particular de contrato de prestação de serviços de emissão, utilização e administração do cartão de crédito Banco Simples S.A.":

> "CLÁUSULA QUINTA
>
> Da fatura mensal e do pagamento
>
> 5.1. O EMISSOR, mensalmente, prestará contas das transações havidas e já processadas, emitindo para o TITULAR 'Fatura Mensal' de sua conta, remetendo-a ao TITULAR, no endereço por ele indicado. FATURA MENSAL, esta hábil para pagamento junto à EMPRESA (A. ANGELONI & CIA LTDA.), ao EMISSOR (BANCO SIMPLES S/A) ou às Instituições Financeiras Credenciadas, a

> qual também estará à disposição nos terminais eletrônicos, quando existentes nas lojas da EMPRESA, contendo, pelo menos:
>
> (...)
>
> 5.2. O TITULAR poderá optar pelo sistema de recebimento da Fatura Mensal no endereço por ele fornecido, o que lhe acarretará custo mensal de acordo com a tarifa praticada. Caso não receba a Fatura Mensal até dois dias antes da data do vencimento prevista, é obrigação do TITULAR entrar em contato com o EMISSOR, por telefone do Serviço de Atendimento ao Cliente do Cartão ou pessoalmente nos postos de atendimento pessoal existentes nas lojas da EMPRESA, para receber instruções para pagamento, não podendo se desobrigar, por este motivo, do pagamento na data ajustada." (o grifo está no original) (fl. 124).

Então, se a rede de supermercados requerida emprestou seu nome ao cartão de crédito, emitia as faturas mensais e, ainda, recebia os pagamentos em nome da instituição financeira, é possível afirmar que, ao ver do consumidor, ambas as requeridas são responsáveis pela administração do cartão de crédito, o que autoriza, com fundamento na teoria da aparência, a permanência da rede de supermercados no polo passivo da lide. A respeito, na Câmara, já se decidiu:

> "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CONDENATÓRIA C/C CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO (COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA).
>
> PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO S/A. RESPONSÁVEL PELA INSCRIÇÃO DO NOME DA CONSUMIDORA JUNTO AOS ÓRGÃOS RESTRITIVOS DE CRÉDITO. RELAÇÃO CONSUMERISTA. ATUAÇÃO COMO INTERMEDIÁRIA À FINANCEIRA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA APARÊNCIA. TESE REJEITADA.
>
> (...)." (apelação cível n. 2010.058113-0, da Capital, relator o juiz Guilherme Nunes Born, j. em 2.8.2012. Disponível em: <http://www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 2 out. 2012).

E, mais:

> "APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS - PRIMEIRA FASE DO PROCEDIMENTO - CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO - SENTENÇA QUE EXTINGUIU O FEITO, ANTE A ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* - INSURGÊNCIA RECURSAL DA DEMANDANTE.
>
> DEMANDA DEFLAGRADA CONTRA A REDE DE SUPERMERCADOS QUE OFERTOU SERVIÇO DE CARTÃO DE CRÉDITO - RELAÇÃO DE CONSUMO - APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - LEGITIMIDADE PASSIVA CONFIGURADA - APLICAÇÃO DA TEORIA DA APARÊNCIA - ATIVIDADE DE CAPTAÇÃO DE CLIENTELA QUE EVIDENCIA A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA EM RELAÇÃO À ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO - EXEGESE DO ART. 7º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC - PRECEDENTES DESTA EG. CORTE - SENTENÇA CASSADA.
>
> (...)." (apelação cível n. 2010.086193-5, de Balneário Camboriú, relator o desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein, j. em 28.6.2012. Disponível em: <http://www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 2 out. 2012).

Até porque, não se pode ignorar que o pedido de declaração da inexistência do débito relacionado à anuidade do cartão de crédito exerce efeitos sobre ambas as requeridas, porque são parceiras na relação contratual mantida com a autora e interessadas na manutenção do negócio, o que confere a elas a condição de litisconsortes passivas necessárias.

O artigo 47 do Código de Processo Civil assim estabelece:

> "Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.".

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, acerca do tema, lecionam:

> "5. Litisconsórcio necessário. A obrigatoriedade da formação do litisconsórcio pode ser dada pela lei ou pela relação jurídica. (...). São exemplos de litisconsórcio necessário por força da relação jurídica:

> a) todos os partícipes de um contrato, para a ação anulatória do mesmo contrato, porque a sentença que decidir a lide não poderá anular o contrato para um dos contratantes e declará-lo válido para os demais que eventualmente não estivessem no processo como partes." (o grifo está no original). (*Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 258).

A propósito, Celso Agrícola Barbi complementa:

> "297. Razão para haver litisconsórcio necessário - O *litisconsórcio necessário*, como já se viu mais acima, é aquele cuja formação não pode ser dispensada pelas partes. Justifica-se a sua formação quando o direito em discussão vincula várias pessoas (exemplo: casamento), ou então pertence, ou interessa, a uma pluralidade de pessoas (ex.: domínio de um imóvel a ser dividido). Nesses casos, seria injurídico que a causa fosse decidida sem a participação dessas pessoas diretamente interessadas." (o grifo está no original). (*Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. I, p. 200-201).

O débito que resultou na inscrição do nome da apelante em registro de proteção ao crédito não tem origem em um serviço prestado pelas requeridas. No caso concreto, observa-se que a apelante aderiu ao cartão de crédito final n. 0995, administrado pela instituição financeira apelada, e usufruiu do seu limite de crédito até o dia 11.12.2002 (confira-se os lançamentos das compras realizadas no Posto Alvorada Ltda., no valor de R$60,00, fl. 13, e na Farmácia Catarinense, no valor de R$32,80, fl. 172). Em 17.3.2003, o saldo devedor registrado (no valor de R$272,81, relativo às compras lançadas na fatura com vencimento para o dia 28.1.2003, fl. 172, às parcelas ns. 4, 5 e 6 da anuidade do cartão, de um total de 6, e aos encargos de inadimplência, fls. 173/174) foi quitado pela autora (fl. 16), o que fez antes da data prevista para o vencimento (28.3.2003, fl. 15). Na fatura do mês de janeiro de 2004, contudo, a despeito de nenhuma outra compra ter sido realizada com o cartão, fez-se um lançamento a débito sob a rubrica "Anuidade Parcela – 01/06" (fl. 177). A administradora do cartão repetiu o comportamento nas faturas com vencimentos entre 28.2.2004

e 28.5.2004 (fls. 12 e 178/181) e, em razão de não ter sido registrado nenhum pagamento, acresceu encargos de inadimplência ao saldo devedor, que, na data de 28.3.2005, já havia chegado ao valor do débito anotado no cadastro de proteção ao crédito (R$107,67, fls. 11 e 184).

Os lançamentos a débito realizados nas faturas mensais do cartão de crédito a título de anuidade, portanto, são unilaterais e, conforme o disposto na cláusula n. 3.1., do contrato de adesão, somente encontrariam justificativa na hipótese de o consumidor ter interesse na manutenção do serviço:

> "CLÁUSULA TERCEIRA
>
> Da anuidade
>
> 3.1. Pela sua adesão ao Sistema, o TITULAR pagará a primeira anuidade, calculada por cartão emitido, conforme tabela em vigor, disponível junto ao EMISSOR, ou nas logas da EMPRESA. A renovação do Cartão, para os períodos seguintes, será automática, mediante pagamento da próxima anuidade, cujo valor será cobrado antecipadamente, e lançado na fatura mensal. O TITULAR poderá, a seu exclusivo critério, proceder ao parcelamento da anuidade, facultando assim ao EMISSOR cobrar o valor de cada parcela, devidamente reajustada por índice legalmente admitido e que reflita a desvalorização da moeda." (o grifo está no original) (fl. 123).

A autora, por seu turno, não manifestou interesse na renovação do serviço de cartão de crédito, o comportamento demonstrado de forma inequívoca por meio da abstenção do uso do crédito e do não pagamento das parcelas da anuidade, até porque não se poderia exigir que a comunicação da rescisão fosse realizada por escrito, tal qual o previsto na cláusula n. 11.1 (fl. 125), se a cláusula n. 3.1. estabelecia que a renovação automática do contrato seria feita mediante o pagamento antecipado da anuidade, sendo lógico concluir que o não pagamento importa em desinteresse na continuidade da relação contratual.

As regras do Código de Defesa do Consumidor, convém enfatizar, incidem nas relações negociais envolvendo a administradora de cartão de crédito e o consumidor, tema superado com o advento da súmula n. 297 do Superior Tribunal de Justiça, o que tem sido dito, com insistência, na Câmara.

Então, uma vez que a autora não possuía saldo devedor no cartão de crédito, deixou de utilizá-lo e, tampouco, demonstrou o interesse em renovar o serviço, a providência que pressupunha o seu consentimento expresso ou tácito (a realização de compras com o cartão, por exemplo), o saldo devedor apontado pela administradora do cartão constitui um valor fictício, não podendo ser exigido do consumidor que não lhe deu causa.

A inscrição do nome do consumidora em cadastro de proteção ao crédito com fundamento em débito inexistente tem por consequência a imposição à administradora de cartão de crédito que realizou a anotação e à empresa que atua como intermediária da prestação do serviço, a obrigação de, solidariamente, indenizar o dano moral provocado pelo registro indevido. Nesta Corte, a respeito, já se decidiu:

> "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EMISSÃO DE FATURA COBRANDO ANUIDADE DE CARTÃO DE CRÉDITO NÃO UTILIZADO PELA AUTORA. INSERÇÃO DO NOME DA AUTORA NA SERASA INDEVIDAMENTE.
>
> RECURSO ADESIVO NÃO CONHECIDO. REQUISITO EXPOSTO NO ART. 500, DO CPC, NÃO PREENCHIDO. AUSÊNCIA DE RECIPROCIDADE SUCUMBENCIAL.
>
> APELO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* AFASTADA. EXEGESE DO ART. 14, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.
>
> Apesar do supermercado insurgente não administrar diretamente o cartão de crédito, ele intermedeia a prestação de serviços, favorecendo, inclusive, seus clientes, sendo de conhecimento público

> e notório de que referido cartão de crédito pode ser adquirido nas dependência de suas lojas.
>
> DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE DOLO OU CULPA. INCIDÊNCIA DA TEORIA DO RISCO, CONSIGNADA NOS ARTS. 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL.
>
> É assente na jurisprudência que a inscrição indevida na SERASA enseja indenização por danos morais, danos esses que são presumidos, não dependendo de demonstração dos prejuízos decorrentes.
>
> (...)." (apelação cível n. 2008.061625-4, da Capital, Segunda Câmara de Direito Comercial, relator o desembargador João Batista Góes Ulysséa, j. em 20.3.2012. Disponível em: <http://www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 2 out. 2012).

Igual compreensão do tema vem sendo adotada na Casa quando a a inscrição do nome do consumidor em cadastros de inadimplentes decorre de lançamentos fictícios em conta corrente sem movimentação, a situação que se assemelha ao caso examinado:

> "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL EM RAZÃO DA INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. ALEGAÇÃO DE ENCERRAMENTO DE CONTA CORRENTE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, COM A DETERMINAÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE MOVIMENTAÇÃO NA CONTA CORRENTE POR ATO DA CORRENTISTA. SALDO DEVEDOR INEXISTENTE. COBRANÇA DE TARIFAS DE MANUTENÇÃO DA CONTA E TRANSFERÊNCIA DE VALORES DA CONTA POUPANÇA PARA CONTA CORRENTE PARA SALDAR DÉBITO ORIUNDO DE MOVIMENTAÇÃO PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DEVER DE INDENIZAR MANIFESTO. NÃO INCIDÊNCIA DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 461, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS E NÃO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER. ARTIGO 359 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MENSURAÇÃO DO ABALO QUE SE

> MOSTRA COMPATÍVEL COM A REALIDADE DEMONSTRADA NOS AUTOS. NECESSIDADE DE A CÂMARA PRESTIGIAR A MAGISTRATUTA DE PRIMEIRO GRAU EM TEMA QUE É MARCADO PELA DISCRICIONARIEDADE. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO DESPROVIDOS." (apelação cível n. 2008.007532-4, de Lages, Quinta Câmara de Direito Comercial, de minha relatoria, j. em 22.3.2012. Disponível em: <http://www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 2 out. 2012).

E, ainda:

> "APELAÇÕES CÍVEIS. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. DANO MORAL DECORRENTE DE INSCRIÇÃO NO SPC. CONSUMIDOR. CONTA CORRENTE NÃO UTILIZADA. LANÇAMENTOS UNILATERAIS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO INEXISTENTE. CONDENAÇÃO CONFIRMADA.
>
> Incogitável, na vigência do CDC, a cobrança por serviço não prestado. Se além da abertura da conta corrente, não foi desbloqueado cartão de crédito, não foi utilizado talonário de cheques, não foi feita uma única movimentação financeira, um depósito sequer, nem gerado e remetido um único extrato, os lançamentos configuram mero exercício abusivo de direito.
>
> Fornecedor que assim age, pratica a conduta definida no art. 187 do CC, ficando submisso ao dever de indenizar.
>
> O *quantum* da indenização deve alcançar o caráter punitivo efetivamente desestimulante da conduta do ofensor e proporcionar satisfação real ao ofendido." (apelação cível n. 2008.041794-8, de Itajaí, Terceira Câmara de Direito Comercial, relator o juiz Domingos Paludo, j. em 15.7.2010. Disponível em: <http://www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 2 out. 2012).

Ademais, não há comprovação de que a consumidora foi notificada previamente da inscrição de seu nome no cadastro de inadimplentes ou mesmo da existência de pendência junto à administradora do cartão.

A responsabilidade civil da administradora do cartão de crédito e da rede de supermercados, na qualidade de prestadoras de serviços, é objetiva,

conforme estabelece o artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, bastando a comprovação do nexo causal e do dano para gerar o dever de indenizar. Ou seja, a demonstração da culpa não é necessária.

Dessa forma, evidenciado o ato ilícito perpetrado pelas requeridas ao cobrar, de forma indevida, a anuidade do cartão de crédito que deixou de ser utilizado, assim como inserir o nome da consumidora nos cadastros de restrição ao crédito, encontram-se preenchidos os requisitos da responsabilidade civil.

O arbitramento do valor da indenização por dano moral é delimitado pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (veja-se, dentre outros, o que foi decidido na apelação cível n. 2008.062117-6, de Itajaí, sendo relator o juiz Volnei Celso Tomazini, j. em 14.7.2011, quando o arbitramento atingiu a quantia de R$6.000,00, corrigida monetariamente desde 22.3.2007. Disponível em: <http://www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 2 out. 2012). E o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o valor de R$15.000,00 (quinze mil reais) não justifica a sua interferência, porque "é razoável a condenação a até 50 (cinquenta) salários mínimos por indenização decorrente de inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito" (agravo de instrumento n. 1.341.390, de Minas Gerais, relator o ministro João Otávio de Noronha, j. em 27.9.2010. Disponível em: <http:/www.stj.jus.br>. Acesso em: 2 out. 2012). No caso aqui examinado, mostra-se suficiente a quantia de R$8.000,00 (oito mil reais), que é compatível com a situação fática evidenciada.

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", além de, com extremo cuidado, mensurar o montante indenizatório:

> "Também deve ficar atento o magistrado para não cair ingenuamente nas artimanhas da indústria da vitimização. Há os que, diante da chance de se envolverem em situações embaraçosas, propositada-

> mente não reagem a tempo de desfazer o mal-entendido, com o objetivo de enriquecer com os danos morais. A hipótese de simulação da dor nunca pode ser descartada, principalmente quando o evento não importou danos à vida ou integridade física do prejudicado. Em todos os casos, porém, o juiz não pode contentar-se com a simples alegação do demandante. Se os fatos e circunstâncias constantes dos autos não sugerem o experimento de profunda dor, não deve impor ao demandado a indenização moral.
>
> (...)
>
> Dois desvirtuamentos podem comprometer o instituto dos danos morais: a banalização da dor e a elevação dos valores da indenização. Se dissabores forem considerados indenizáveis e o valor dos danos morais for utilizado como medida de desestímulo quando o acidente é inevitável, estaremos criando um mundo de não-me-toques que não interessa à sociedade e à economia. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil.* São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2, p. 431).

O valor da indenização será acrescido de juros de mora à taxa de 1% (um por cento) ao mês (artigo 406 do Código Civil), contados da data do evento danoso, ou seja, desde o dia 29.3.2004, conforme o documento de fl. 11 (dentre outras, confira-se a apelação cível n. 2010.086629-6, de Blumenau, relatora a desembargadora Soraya Nunes Lins, j. em 15.9.2011. Disponível em:<http://www.tjsc.jus.br. Acesso em: 2 out. 2012), e atualização monetária com a adoção do INPC/IBGE (Provimento CGJ n. 13/1995), desde a data deste julgamento (súmula n. 362 do Superior Tribunal de Justiça).

O ônus da sucumbência, por decorrência lógica deste julgamento, é imposto às requeridas, com exclusividade, nos termos do artigo 20, "caput", do Código de Processo Civil, devendo ambas arcar com o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que são fixados em 20% (vinte por cento) do valor atualizado da condenação, com fundamento no § 3º também do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Com essas considerações, o recurso interposto é provido para o fim de: a) reconhecer a legitimidade de A . Angeloni & Cia. Ltda. para residir no polo passivo da lide; b) declarar a inexistência de saldo devedor em relação ao cartão de crédito da apelante; c) condenar as requeridas, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais à apelante, no valor de R$8.000,00 (oito mil reais), com acréscimo de juros de mora e atualização monetária, nos termos da fundamentação antes exposta, e d) condenar as requeridas ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento) do valor atualizado da condenação.

Por último, e apenas evitando a desnecessária interposição de embargos de declaração, ainda que para fins de prequestionamento e acesso à instância recursal superior, afirma-se a ausência de violação aos artigos 6º, 42, 43, § § 2º e 4º, e 71, todos do Código de Defesa do Consumidor, aos artigos 282, inciso VI, 283, 333, inciso I, e 396, todos do Código de Processo Civil, ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, e ao artigo 186 do Código Civil, os quais foram, mesmo que implicitamente, aqui examinados.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2012.069522-2, da Capital

Relator: Des. Gaspar Rubick

RESPONSABILIDADE CIVIL – TRANSPORTE AÉREO – EXTRAVIO DE BAGAGENS – INAPLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE MONTREAL – PREVALÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – PREJUÍZOS MATERIAIS EVIDENCIADOS – NÃO COMPROVAÇÃO DA ENTREGA DE FORMULÁRIO PARA DESCRIÇÃO DOS OBJETOS ANTES DE PERMITIR O EMBARQUE – RESSARCIMENTO DEVIDO – DANOS MORAIS – TENTATIVAS FRUSTADAS DE SOLUÇÃO DO PROBLEMA JUNTO À EMPRESA AÉREA – INCÔMODOS QUE EXTRAPOLARAM O MERO ABORRECIMENTO – DEVER DE INDENIZAR – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – MINORAÇÃO INDEVIDA – ARBITRAMENTO EM ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – OBSERVÂNCIA DO CARÁTER PUNITIVO E COMPENSATÓRIO E DE ACORDO COM AS PECULIARIDADES DO CASO – RECURSO NÃO PROVIDO.

"O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de prevalência do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), em relação à Convenção de Varsóvia com suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de Montreal) e ao Código Brasileiro de Aeronáutica, nos casos de

> responsabilidade civil decorrente de má prestação dos serviços pela Companhia aérea." (AgRg no AREsp 157.830/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 06.09.2012, DJe 17.09.2012)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.069522-2, da comarca da Capital (3ª Vara Cível), em que é apelante American Airlines Inc, e apelado Danillo Caesar Fonseca:

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado em 30 de outubro de 2012, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, sem voto, e dele participaram o Exmo. Sr. Des. Jorge Luiz de Borba e Exmo. Sr. Des. Subs. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 12 de novembro de 2012.

Gaspar Rubick
RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca da Capital, Danillo Caesar Fonseca propôs "ação de indenização por danos morais e materiais" em face de American Airlines Inc., buscando o ressarcimento dos prejuízos sofridos com o extravio da sua bagagem quando do retorno de uma viagem de férias pelos Estados Unidos, em 15.1.2008, sustentando que inúmeras foram as tentativas de solução do problema junto à concessionária, todas, porém, sem êxito. Sustentou os transtornos experimentados com tal conduta, bem como elencou os bens extraviados, juntando as notas fiscais das compras realizadas no exterior. Ao

final, clamou pela condenação da requerida ao pagamento de indenização a título de reparação por danos morais e materiais, estes no importe de R$ 6.591,11 (seis mil, quinhentos e noventa e um reais e onze centavos).

Devidamente citada, a requerida ofertou contestação, que foi replicada, tendo sido realizada audiência de conciliação, a qual restou inexitosa e, em seguida, sobreveio sentença pela qual a magistrada julgou procedentes os pedidos iniciais, assim concluindo na parte dispositiva:

> ANTE O EXPOSTO, Julgo PROCEDENTES os pedidos formulados por DANILLO CAESAR FONSECA, nesta AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS, ajuizada contra AMERICAN AIRLINES INC, para em conseqüência:
>
> a) CONDENAR, a requerida ao pagamento da quantia de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) a título de indenização por danos morais, devendo incidir a correção monetária sobre este valor a partir da data da sentença pelos índices da Corregedoria Geral de Justiça, e os juros moratórios a partir do evento danoso (por força da Súmula 54 do STJ no patamar de 1% (um por cento) ao mês (CC/2002, art. 406);
>
> b) CONDENAR a demandada a reembolsar aos demandantes à título de danos materiais a quantia de R$ 6.591,11 (seis mil, quinhentos e noventa e um reais e onze centavos), seguindo os parâmetros abaixo descritos, os quais deverão ainda ser corrigidos pelos índices do INPC a partir do ajuizamento da demanda, e acrescidos de juros a partir da citação inicial (CPC, art. 219 "caput" e CC/2002, art. 405), no patamar de 1% ao mês (CC/2002, art. 406):
>
> c) CONDENAR a requerida ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios que arbitro em 15% sobre o valor total da condenação a teor do artigo 20, § 3°, do Código de Processo Civil. Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Inconformada, a vencida interpôs tempestivo apelo, na busca pela reforma do *decisum*, argumentando não ser aplicável a legislação consumerista ao caso, mas sim as normas da Convenção de Montreal por se tratar de transporte aéreo internacional, bem como ser indevido o

ressarcimento dos danos materiais, porquanto não há nos autos qualquer comprovação dos bens perdidos e, tampouco, do respectivo valor, sustentando que no momento do *check-in* não foi efetuada a declaração do conteúdo existente nas malas. Alternativamente, caso confirmados tais prejuízos, ressaltou que, a teor do disposto no art. 22 da Convenção de Montreal, a indenização não poderá ultrapassar a quantia de "1.000 Direitos Especiais de Saque – DES (valor vigente à época dos fatos)", sendo correto o arbitramento do montante de R$ 3.038,70 (três mil e trinta e oito reais e setenta centavos), de acordo com a cotação disponível no sítio do Banco Central do Brasil, no dia 10.8.2012. Alegou, também, que os equipamentos eletrônicos deveriam ter sido transportados na bagagem de mão conforme orientação da própria empresa, razão pela qual é indevido o ressarcimento. Aduziu, ainda, que os fatos ocorridos ocasionaram meros aborrecimentos ao passageiro, não sendo hábeis para gerar o dever de indenizar os alegados danos morais, postulando, alternativamente, a minoração do valor atribuído aos mesmos.

Contrarrazões ofertadas, com aplausos à sentença hostilizada, os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

Este é o relatório.

VOTO

Improcede, evidentemente, a irresignação recursal manifestada, porquanto decidiu a magistrada sentenciante com cabal acerto a questão jurídica posta e, por isto, o *decisum* proferido não está a carecer de qualquer reparo, merecendo integral confirmação.

De fato, pois no que tange ao reconhecimento da responsabilidade da empresa aérea restou incontroverso nos autos o extravio das malas do apelado e de seus familiares por duas oportunidades. Na primeira, houve a perda da bagagem do filho do autor na chegada em San Francisco, a qual foi

reencontrada posteriormente, já evidenciando o descaso da empresa aérea com seus clientes e os aborrecimentos sofridos devido a angústia advinda da falta dos pertences para usufruir das férias, considerando, outrossim, que tiveram que retornar ao aeroporto no outro dia, o qual ficava bastante afastado da cidade, prejudicando todo o cronograma dos passeios. Na segunda, ainda mais grave, durante o retorno da mesma viagem de férias aos Estados Unidos, mais precisamente na chegada no Brasil, em Guarulhos/SP, cuja bagagem nunca foi encontrada.

Na hipótese em tela, a relação jurídica existente entre os litigantes é de consumo, regida pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), de modo que a responsabilidade da empresa de transporte aéreo é objetiva, por força do *caput* do art. 14 do CDC.

Com efeito, não procede o inconformismo da apelante no sentido de que as regras consumeristas não são aplicáveis ao caso por tratar-se de transporte aéreo internacional, visto que o Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento de que *"a responsabilidade civil das companhias aéreas em decorrência da má prestação de serviços, após a entrada em vigor da Lei 8.078/90, não é mais regulada pela Convenção de Varsóvia e suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de Montreal), ou pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, subordinando-se, portanto, ao Código Consumerista."* (AgRg no Ag 1380215/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, julgado em 19.4.2012, DJe 10.5.2012)

Ainda: *"O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de prevalência do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), em relação à Convenção de Varsóvia com suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de Montreal) e ao Código Brasileiro de Aeronáutica, nos casos de responsabilidade civil decorrente de má prestação dos serviços pela Companhia aérea."* (AgRg no AREsp 157.830/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 06.09.2012, DJe 17.09.2012)

Na mesma senda, é o posicionamento desta Corte de Justiça:

> APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. ATRASO NO VÔO E EXTRAVIO DE BAGAGEM. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO CONSUMERISTA. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. DEVER DE INDENIZAR. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. INCONFORMISMO DE AMBOS OS LITIGANTES.
>
> APELAÇÃO DA RÉ. CONVENÇÃO DE MONTREAL. PREVALÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AUSÊNCIA DE CAUSA EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. DEVER DE INDENIZAR. DANOS MORAIS CONFIGURADOS.
>
> "Na linha dos precedentes desta Câmara, da orientação jurisprudencial desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça, em demandas que versam responsabilidade civil decorrente de transporte aéreo, prevalece a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, que subscreve o princípio da ampla indenização, em detrimento das Convenções Internacionais de Varsóvia e de Montreal, que apregoam a limitação da obrigação de indenizar" (Apelação Cível n. 2011.043933-9, da Capital, rel. Des. Henry Petry Junior, DJe 05/09/2012). (Apelação Cível n. 2011.071745-3, de Criciúma, Relator: Des. Carlos Adilson Silva, j. em 25.9.2012)

E:

> ADMINISTRATIVO - TRANSPORTE AÉREO - SERVIÇO PÚBLICO CONCEDIDO - MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - EXTRAVIO DE BAGAGENS - INAPLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE MONTREAL AO CASO - PREVALÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - [...]
>
> "Extrai-se de precedentes desta Corte que a Convenção de Montreal é um instrumento de aplicação subsidiária ao Código de Defesa do Consumidor, não podendo, assim, prevalecer em detrimento da legislação consumerista, que regulamenta garantia constitucional insculpida no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal". (TJSC, AC n. 2010.080531-5, Relª. Desª. Substª. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt)." (Apelação Cível n. 2012.043765-1, da Capital, Rel. Des. Jaime Ramos, j. em 6.9.2012)

Assim, a apelante responderá pelos prejuízos caso o consumidor demonstre o dano e o nexo de causalidade entre o evento danoso e o prejuízo sofrido, independente de quaisquer das formas de culpa - negligência, imprudência ou imperícia. Permite-se, contudo, que se afaste a obrigação de indenizar mediante a comprovação de uma das causas excludentes da responsabilidade civil: culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior.

No que tange ao ressarcimento dos danos materiais decorrentes da perda da bagagem quando da chegada no Brasil, irretocável a sentença verberada ao fixá-los em R$ 6.591,11 (seis mil, quinhentos e noventa e um reais e onze centavos) conforme cálculo apresentado pelo apelado, porque tem-se como pouco razoável exigir a comprovação efetiva de todo o conteúdo existente nas malas. De mais a mais, é de se ver que os itens e valores relacionados às fls. 7/19 são compatíveis com as necessidades de uma viagem de férias. Outrossim, as notas fiscais acostadas aos autos evidenciam os produtos comprados no exterior que estavam na bagagem extraviada, pois as datas são correspondentes ao período da viagem.

Em relação à insurgência de reparação dos aparelhos eletrônicos constantes da bagagem, ao contrário da alegação recursal, é medida de rigor impor a respectiva indenização, pois *"ainda que exista recomendação de que o passageiro transporte produtos de valor na bagagem de mão, tal fato, por si só, não elide a responsabilidade da apelante."* (Apelação Cível n. 2011.052294-0, de Campo Belo do Sul, Des. Substituto Ricardo Roesler, j. em 3.4.2012).

Observa-se, ainda, que a apelante não comprovou a entrega do alegado formulário ao passageiro para possibilitar a descrição dos bens que transportaria nas malas antes do embarque, ônus que lhe competia, a teor do disposto no art. 333, II, do CPC e das regras consumeristas, porque não há como impor ao consumidor a obrigação de produzir prova negativa.

Sobre o tema, esta Colenda Câmara assim se manifestou quando do julgamento recente da Apelação Cível n. 2010.053949-2, de Laguna, de relatoria do ilustre Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, em 15.5.2012:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. ALEGADA PERDA DO DIREITO AO RESSARCIMENTO DE DANOS MATERIAIS PELO VALOR PLEITEADO, DIANTE DA EXISTÊNCIA DE NORMA QUE CONDICIONA O ASSEGURAMENTO DA BAGAGEM À ENTREGA DA LISTA DESCRITIVA DOS BENS. DESCONHECIMENTO DO CONSUMIDOR. PRETENDIDA RESTITUIÇÃO COM BASE NO PACTO DE VARSÓVIA. IMPOSSIBILIDADE. RÉ QUE NÃO COMPROVA A ENTREGA DE FORMULÁRIO AO PASSAGEIRO PARA DESCRIÇÃO DOS OBJETOS ANTES DO EMBARQUE. PROVA QUE NÃO PODERIA SER EXIGIDA DO CONSUMIDOR. DANO MATERIAL E MORAL CONFIGURADO. RECURSO DESPROVIDO.
>
> 1. "[...] se o fornecedor descumprir este seu novo dever de 'dar oportunidade' ao consumidor 'de tomar conhecimento' do conteúdo do contrato, sua sanção será ver *desconsiderada* a manifestação de vontade do consumidor, a *aceitação*, mesmo que o contrato já esteja assinado e o consenso formalizado. Em outras palavras, o contrato não tem seu efeito mínimo, seu efeito principal e nuclear que é obrigar, vincular as partes. Se não vincula, não há contrato, o contrato de consumo, como não existe, é mais do que ineficaz, é como que inexistente, por força do art. 46, enquanto a oferta, por força do art. 30, continua a obrigar o fornecedor." (MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman v.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 566).
>
> 2. "Nos casos de transporte aéreo na vigência do Código de Defesa do consumidor, é a legislação consumerista que deve prevalecer em detrimento da Convenção de Montreal ou de Varsóvia" (Apelação Cível n. 2011.009029-2, de Blumenau, rel. Des. Jaime Luiz Vicari, j. em 13.4.11). (Apelação Cível n. 2010.047332-1, de Criciúma, rel. Des. *João Henrique Blasi,* j. 31.05.2011)

No mesmo sentido, a propósito, é o entendimento desta Corte de Justiça, como se vê:

> APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. TRANSPORTE AÉREO. ATRASO NA ENTREGA DE BAGAGEM E EXTRAVIO DE *NOTEBOOK*. RELAÇÃO DE CONSUMO EVIDENCIADA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA. DANO MATERIAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVA DA EXISTÊNCIA DE BENS. NÃO COMPROVAÇÃO DE ENTREGA DE FORMULÁRIO AO PASSAGEIRO PARA DESCRIÇÃO DOS OBJETOS CONTIDOS NA BAGAGEM ANTES DO EMBARQUE. ÔNUS DA PROVA QUE NÃO PODERIA SER ATRIBUÍDO AO USUÁRIO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. DANO MORAL PRESUMIDO. PLEITO VISANDO À MINORAÇÃO DA VERBA. ACOLHIMENTO. VALOR QUE SE MOSTRA EXCESSIVO. OBSERVÂNCIA AOS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível n. 2011.052294-0, de Campo Belo do Sul, Relator: Des. Substituto Ricardo Roesler, j. em 3.4.2012) (grifou-se)

Não procede, ainda, a irresignação recursal no tocante à inexistência dos danos morais na espécie, tendo em vista que os incômodos decorrentes da perda da bagagem e da tentativa de solução do problema, inegavelmente, extrapolaram o mero aborrecimento, sendo o consumidor submetido à situações desagradáveis e indesejáveis em dois momentos já descritos.

Ora, o apelado e sua família já tinham sofrido consideráveis incômodos por conta do extravio da bagagem de seu filho durante o percurso entre Miami e San Francisco, no vôo disponibilizado pela mesma empresa aérea. Se não bastasse, quando do desembarque no Brasil, o apelado sofreu mais aborrecimentos em virtude da perda de sua mala, cujos pertences jamais foram encontrados.

A propósito, acerca dos danos morais ocasionados pelo extravio de bagagem este Tribunal assim já decidiu:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. TAM – LINHAS AÉREAS. EXTRAVIO DE BAGAGEM. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANOS MORAIS.
>
> "É inquestionável o abalo moral sofrido por passageiro que teve sua bagagem extraviada por falha operacional de empresa aérea, sendo inegáveis o aborrecimento, o transtorno e o sofrimento que essa circunstância gera no espírito do passageiro, situação que certamente escapa da condição de mero dissabor cotidiano" (AC n. 2008.065854-4, de Urussanga, rel. Des. Eládio Torret Rocha). (Apelação Cível n. 2011.023876-8, da Capital, Relator: Desa. Sônia Maria Schmitz, j. em 21.6.2012)

E:

> RESPONSABILIDADE CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS - COMPANHIA AÉREA - VÔO INTERNACIONAL - DEMORA PROLONGADA E INJUSTIFICADA NA ENTREGA DA BAGAGEM DA AUTORA - ABALO ANÍMICO CLARIVIDENTE NA ESPÉCIE - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA FORNECEDORA - ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* AFASTADA - AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS EXCLUDENTES DO NEXO DE CAUSALIDADE MATERIAL - DEVER DE REPARAR CONFIGURADO. [...]
>
> 2. A demora prolongada e injustificada na entrega de bagagem a passageiro de vôo internacional gera abalo anímico relevante e passível de reparação. (Apelação Cível n. 2011.042449-3, de Blumenau, Relator: Juiz Rodrigo Collaço, j. em 9.2.2012)

Igualmente, melhor sorte não contempla a pretensão da empresa aérea referente à minoração do *quantum* indenizatório fixado a título de reparação por danos morais, porque a julgadora sentenciante, ao fixar a quantia de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), atendeu aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, não obstante o entendimento desta Corte de Justiça registrado pelo Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva no julgamento da Apelação Cível n. 2010.053949-2, de Laguna, em 15.5.2012: *"esta Corte tem arbitrado, em casos similares, indenizações*

entre R$ 6.000,00 (AC n. 2009.028618-8, da Capital, rel. Des. Cid Goulart, Segunda Câmara de Direito Público, j. 31-5-2011) e R$ 10.000,00 (AC n. 2011.090503-4, da Capital, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Primeira Câmara de Direito Público, j. 30-11-2011),"

Na mesma direção é o posicionamento das outras Câmaras de Direito Público desta Corte. Confira-se: Apelação Cível n. 2011.071745-3, de Criciúma, Relator: Des. Carlos Adilson Silva, j. em 25.9.2012; Apelação Cível n. 2012.043765-1, da Capital, Relator: Des. Jaime Ramos, j. em 6.9.2012; Apelação Cível n. 2011.023876-8, da Capital, Relator: Desa. Sônia Maria Schmitz, j. em 21.6.2012.

Todavia, na hipótese em julgamento, não se justifica o arbitramento da verba conforme estabelecido nos julgados supramencionados, visto que o abalo moral causado pelo descaso da empresa aérea foi de grande monta, pois o apelado já havia experimentado incômodos num momento anterior à chegada no Brasil, no percurso entre Miami e San Francisco, cujo fato, não contestado pela apelante, causou incontáveis aborrecimentos àquele e aos seus familiares, porque somente no dia seguinte a mala foi recuperada, tendo em vista que *"durante o dia foi necessária a compra de artigos de higiene e vestuário básico para a criança. Sem contar no enorme transtorno que a família passou ao ter que voltar no aeroporto que ficava bastante afastado da cidade, prejudicando todo o cronograma para o dia, devido a incerteza e a angústia da falta da bagagem, e o fato de terem de voltar ao aeroporto, um trajeto de quase 4 (quatro) horas contando ida e volta, razão pela qual acabaram por perder os passeios programados."* (fl. 3)

Ademais, é de se considerar a imensa tristeza sofrida pelo apelado e seus familiares ao chegarem no Brasil, pois não tiveram acesso às lembranças da viagem de férias que estavam na mala perdida e nunca encontrada, a qual foi programada durante meses, tendo em vista que lá constavam alguns bens adquiridos no exterior que não podem ser encontrados no Brasil, além

de outros insubstituíveis, como *"aparelhos eletrônicos (filmadora, máquina fotográfica, etc), os dvds contendo as filmagens da viagem, os memory sticks da máquina fotográfica."* (fl. 6)

Com efeito, é de se ver que o montante fixado em R$ 20.000,00 (vinte mil reais) revela-se condizente com o presente caso, tendo em vista que a apelante é responsável pela reparação dos danos morais que causa em virtude do precário atendimento ao passageiro e inércia na solução dos problemas.

Assim, à vista das razões expostas, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se inalterada a sentença vergastada.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 2009.045140-0, de Santa Rosa do Sul

Relator: Des. Jorge Luiz de Borba

AÇÃO INDENIZATÓRIA. LESÃO SOFRIDA POR RECÉM-NASCIDO POR SUPOSTA QUEDA NO MOMENTO DO PARTO. PERDA DOS MOVIMENTOS DO MEMBRO SUPERIOR DIREITO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL, NA CONDIÇÃO DE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO PRESTADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO PROFISSIONAL LIBERAL. DANO EVIDENTE. CONTUDO, NEXO CAUSAL NÃO CONFIGURADO ANTE A AUSÊNCIA DE PROVA DO ACIDENTE. CAUSAS DIVERSAS NÃO AVENTADAS, TAMPOUCO DEMONSTRADAS. APELO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

"'Se a responsabilidade civil dos médicos que prestam serviços em Hospital e/ou maternidade administrada pelo Estado de Santa Catarina é subjetiva, porque depende da comprovação de sua culpa, aqui configurada pela negligência, a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público é objetiva, pelos atos danosos de seus agentes, tanto em face da legislação civil (art. 932, inciso III, do Código Civil de 2002, reproduzindo o art. 1.521, inciso III, do Código Civil de 1916), como diante do que prescreve o art. 37, § 6º, da Constituição Federal: 'as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa' (Apelação cível n. 2007.056648-2, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, j. 16.04.2009)" (AC n. 2007.022668-1, de São José, rel. Des. Cid Goulart , j. 30-10-2012).

Não comprovado o nexo causal entre o dano e a conduta do agente, afasta-se a possibilidade de reconhecimento da responsabilidade civil por ato comissivo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2009.045140-0, da comarca de Santa Rosa do Sul (Vara Única), em que é apelante C. T. d. S. e apelados Hildebrando Antonio Pupim e outro:

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade, conhecer do recurso de apelação e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, sem voto, e dele participaram o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubick e o Exmo. Sr. Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 11 de dezembro de 2012

Jorge Luiz de Borba
RELATOR

RELATÓRIO

C. T. d. S., representada por sua mãe, M. S. T. d. S., ajuizou ação de indenização em face de Hildebrando Antônio Pupin e Hospital Caridade Nossa Senhora de Fátima, arguindo que os réus foram os responsáveis pelo pré-natal da sua genitora e que o parto foi realizado em 18-6-1997, pelo primeiro réu, o qual deixou a autora cair no chão, causando-lhe a lesão do plexo braquial, com grave comprometimento dos movimentos do membro superior direito. Requereu a condenação das partes adversas ao pagamento de tratamento psíquico para a demandante e sua mãe, além

de indenização pelo danos estéticos e morais causados à vítima. Pleiteou, ainda, a concessão da gratuidade da justiça.

Os réus ofertaram contestação, na qual arguiram que os pais da autora estariam separados judicialmente e que, portanto, seria necessária a comprovação da qualidade de guardiã de M. S. T. d. S. Ademais, afirmaram que a pretensão indenizatória estaria fulminada pela prescrição, *ex vi* do art. 206, § 3°, V, do Código Civil de 2002. No mérito, aduziram que o pré-natal da mãe da autora não foi por eles realizado e que o primeiro réu não deixou o bebê cair no chão, mas sim salvou a vida deste, uma vez que se tratava de neonato macrossômico (acima do peso) e com o cordão umbilical enrolado no pescoço. Acrescentaram que a lesão do plexo braquial pode ter diversas causas – algumas, aliás, anteriores ao parto – e que "como se vê do prontuário, houve distócia do ombro, porém o parto foi normal, não houve demora no nascimento, o que significa dizer que a manobra no feto, feita pelo Réu, frente à distócia, foi breve e destituída de força suficiente a uma lesão do plexo braquial". Por fim, pugnaram o afastamento da pretensão indenizatória (fls. 48-63).

Posteriormente, os réus formularam pedido de chamamento de Moacir Flor Maciel ao processo, porquanto teria ele iniciado o procedimento médico que culminou com o nascimento da autora (fls. 84-85).

A magistrada singular acolheu o pleito de intervenção de terceiro (fl. 97).

Citado (fl. 89), Moacir Flor Maciel afirmou que assistiu a paciente, que apresentava um quadro de hipertensão arterial, enquanto o Dr. Hildebrando Antônio Pupin não chegava e que nem sequer entrou na sala onde ocorreu o parto (fls. 90-94).

Sobreveio manifestação da autora (fls. 109-114).

Na audiência preliminar, o magistrado *a quo* afastou a preliminar de irregularidade de representação da autora, excluiu o chamado Moacir Flor Maciel da lide e deferiu a realização de prova pericial (fl. 118).

As partes formularam quesitos (fls. 126-127 e 156-157).

Houve audiência de instrução e julgamento, na qual foram ouvidas três testemunhas. Na mesma ocasião, o Ministério Público ofertou quesitos a serem respondidos pelo *expert* (fls. 158-161).

O laudo pericial foi acostado aos autos (fls. 194-195) e sobre ele se manifestaram a autora e os réus (fls. 200-201 e 202-203, respectivamente).

Apenas a autora apresentou alegações finais (fls. 207-201).

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina opinou pela improcedência dos pedidos exordiais (fls. 212-217).

Foi proferida sentença, de cujo dispositivo se colhe:

> Diante de tais considerações, JULGO IMPROCEDENTE o pedido inicial, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil.
>
> Tendo em vista a sucumbência, deverá a parte autora suportar as despesas e os honorários advocatícios da parte contrária, estes últimos que fixo em R$ 1.000,00 (mil reais) a teor do artigo 20, §§ 3° e 4°, do Código de Processo Civil, cujos pagamentos suspendo, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50 (fl. 222).

Irresignada, a autora interpôs recurso de apelação, em cujas razões afirma "que os documentos existentes nos autos confirmam a veracidade das alegações exordiais", que a "Nobre Perita é conclusiva ao apontar as lesões que a apelante possui e a necessidade de realização de cirurgia/tratamento", que o documento de fl. 31 demonstra "que a autora não teve fraturas e lesão óssea, porém demonstra claramente as lesões que ocorreram em seu pequeno corpo ante a imperícia do primeiro apelado" e que não poderia ser aceito o argumento de que seria normal a ocorrência de lesões como aquela suportada pela recorrente (fls. 225-228).

Os apelados ofertaram contrarrazões (fls. 231-234).

O Exmo. Sr. Des. Henry Petry Junior determinou a redistribuição do feito para uma das Câmaras de Direito Público ante a competência destas para a análise e o julgamento do reclamo (fls. 240-242).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Ricardo Francisco da Silveira, opinou pelo conhecimento e não provimento do apelo (fls. 247-250).

Os autos vieram conclusos para julgamento.

VOTO

Preenchidos os presssupostos de admissibilidade, conhece-se do apelo.

Cinge-se a *quaestio* à possibilidade de responsabilização civil de Hildebrando Antônio Pupin e do Hospital Caridade Nossa Senhora de Fátima por conta de o primeiro apelado, na condição de médico atuante na referida entidade hospitalar, ter causado grave lesão (paralisia do plexo braquial) em C. T. d. S. ao deixá-la cair no chão durante o nascimento.

Ab initio, registra-se que o atendimento da apelante foi realizado pelo Sistema Único de Saúde (fls. 103-104). Portanto, tratando-se de suposta falha na prestação de serviço público delegado, a competência para o julgamento da lide é, de fato, das Câmaras de Direito Público, conforme prevê o art. 3° do Ato Regimental n. 41/2000, com a redação alterada pelo Ato Regimental n. 109/2010 desta Corte.

Dito isso, passa-se à análise do mérito.

O art. 37, § 6°, da Constituição Federal prevê:

> As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus

> agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Sobre a abrangência do supracitado dispositivo constitucional, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo destacam:

> Ele se aplica a todas as pessoas jurídicas de direito público, o que inclui a Administração Direta, as autarquias, as fundações públicas de direito público, independentemente de suas atividades. Alcança, também, todas as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, o que inclui as empresas públicas e as sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, fundações públicas de direito privado que prestem serviços públicos, e também as pessoas privadas delegatárias de serviços públicos, não integrantes da Administração Pública (as concessionárias, permissionárias e e autorizadas de serviços públicos) (*Direito Administrativo Descomplicado,* 15ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 549).

Dessarte, pelos danos decorrentes da conduta comissiva de seus agentes, a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos responde na modalidade objetiva, em que basta a caracterização dos seguintes elementos: dano e nexo causal.

De outro ângulo, sobre a responsabilidade civil dos profissionais liberais, dispõe o art. 1.545 do Código Civil de 1916, em vigor à época dos fatos:

Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da improcedência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.

Outrossim, preconiza o § 4° do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor:

A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Portanto, a responsabilização do médico, nos casos de erro de diagnóstico ou procedimento, dá-se na modalidade subjetiva, em que se verifica a existência de imprudência, imperícia ou negligência.

Em caso análogo, decidiu-se:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ÓBITO DA FILHA DA REQUERENTE POR EDEMA E CONGESTÃO CEREBRAL, NECROSE DE PARÊNQUIMA CEREBRAL E MENINGOENCEFALOPATIA - AVENTADO ERRO DE DIAGNÓSTICO E NEGLIGÊNCIA DO MÉDICO QUE ATENDEU PACIENTE EM HOSPITAL PÚBLICO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO E RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO PROFISSIONAL DE SAÚDE - OBSERVÂNCIA DAS NORMAS TÉCNICAS NECESSÁRIAS AO CASO CONCRETO - INEXISTÊNCIA DE PROVA DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE OS DANOS APONTADOS E A CONDUTA DITA ILÍCITA - DEVER DE INDENIZAR AFASTADO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.
>
> "Se a responsabilidade civil dos médicos que prestam serviços em Hospital e/ou maternidade administrada pelo Estado de Santa Catarina é subjetiva, porque depende da comprovação de sua culpa, aqui configurada pela negligência, a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público é objetiva, pelos atos danosos de seus agentes, tanto em face da legislação civil (art. 932, inciso III, do Código Civil de 2002, reproduzindo o art. 1.521, inciso III, do Código Civil de 1916), como diante do que prescreve o art. 37, § 6º, da Constituição Federal: 'as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa" (Apelação cível n. 2007.056648-2, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, j. 16.04.2009).
>
> "A jurisprudência identifica a responsabilidade objetiva do Estado na culpa anônima da Administração ou na falha do serviço médico prestado, sem estender-se às cegas até o risco integral, pois este conduziria ao absurdo de fazer-se o Estado responsável por todos os eventos fatais ou de lesões irrecuperáveis de que fossem vítimas

> os pacientes recolhidos a estabelecimentos hospitalares públicos ou que fossem atendidos por médicos do serviço público. Efetivamente, para o reconhecimento da responsabilidade civil da entidade prestadora do serviço médico e assistencial parte-se do pressuposto da precariedade ou deficiência do serviço prestado" (Yussef Said Cahali) (AC n. 2007.022668-1, de São José, rel. Des. Cid Goulart, j. 30-10-2012).

Os documentos acostados aos autos são conclusivos acerca da lesão sofrida pela apelante, qual seja, paralisia do plexo braquial, que lhe retirou os movimentos do membro superior direito.

No entanto, a alegação de que o primeiro apelado teria deixado a apelante cair no chão no momento em que esta nasceu não encontra respaldo em qualquer elemento probatório. Ao contrário: a perita afirma que "considerando-se a altura da queda e a fragilidade do neonato, poderíamos esperar traumatismos como fratura de ossos e traumatismo de crânio" (fl. 195) – o que não ocorreu, de acordo com o exame de fl. 31.

Ademais, a enfermeira Orilda Paganini Alves, que atendeu a genitora da apelante à época (fl. 81), disse que "trabalhou durante 15 anos auxiliando médicos em processo de parto de nunca presenciou nenhum profissional deixar cair alguma criança" (fl. 161).

Acrescenta-se que a lesão sofrida pela apelante poderia ter outra causa, tal como o movimento e a força empreendida pelo médico no momento do parto (normal, diga-se de passagem), mormente ante o fato de se tratar de bebê macrossômico (com tamanho excessivo) e com o cordão umbilical enrolado no pescoço. Porém, tal hipótese não foi aventada na exordial, tampouco comprovada.

Ademais, a perita afirma que a "lesão braquial pode ser adquirida na vida intra uterina por brida amniótica circular que comprime os nervos musculocutâneo, radial, cubital, mediano e produzir achados clínicos similares aos de uma paralisia total do plexo braquial; em casos

de apresentação fetal anormal, mal posicionamento uterino, oligodrâmnio e outros. Qualquer força capaz de modificar as relações normais entre o pescoço, cintura escapular e úmero podem causar lesões do plexo braquial" (fl. 195).

Por tudo isso, não se vislumbra nexo causal entre o dano sofrido pela apelante e a atuação do primeiro apelado – o que afasta a hipótese de responsabilização civil do profissional liberal e da entidade hospitalar.

É o voto.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2011.078732-6, da Capital

Relator: Des. João Henrique Blasi

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRECEITO COMINATÓRIO. ANIMAIS ABANDONADOS SOB OS CUIDADOS DOS AUTORES. RECLAMAÇÃO DE VIZINHOS. OBRIGAÇÃO INEQUÍVOCA DO PODER PÚBLICO LOCAL DE ALBERGÁ-LOS. APLICABILIDADE DO DISPOSTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ARTS. 23, INC. VII, E 225, § 1º, INC. VII) E NA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N. 94/2001 (ART. 9º, INCS. IV E V, E P. ÚNICO). SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

À luz do disposto nos artigos 223, inc. VII e 225, § 1º, inc. VII, ambos da Constituição Federal, bem como no art. 9º, incs. IV e V e parágrafo único da Lei Complementar n. 94/ 2001 de Florianópolis, compete ao Município a guarda de animais domésticos abandonados. Assim, no caso dos autos, em que os autores foram impedidos, por medida judicial alicerçada no direito de vizinhança, de manter consigo tais animais, cumpre ao Município albergá-los, exercendo *munus* que sempre foi seu, embora, por algum tempo, à vista da sua omissão, tenha sido altruisticamente exercido por outrem (os acionantes).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.078732-6, da comarca da Capital (Unidade da Fazenda Pública), em que são apelantes Osvaldo Henrique de Sá e outro e é apelado Município de Florianópolis:

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso para julgar procedente o pedido inicial, determinando ao Município de Florianópolis que providencie, em 60 (sessenta dias), o albergamento dos animais abandonados que se encontram sob a guarda dos autores, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais), invertendo-se, por consequência os encargos sucumbenciais, e observada a isenção que lhe é conferida quanto às custas processuais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Saul Steil e Cid Goulart.

Florianópolis, 26 de junho de 2012

João Henrique Blasi
RELATOR E PRESIDENTE

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta por Osvaldo Henrique Sá e Marília Sesterhen de Sá, em peça recursal subscrita pela Advogada Paola Kenia Vargas, em face de sentença prolatada pelo Juiz Hélio do Valle Pereira (fls. 131 a 133), que, em ação ordinária de preceito cominatório por eles movida contra o Município de Florianópolis, representado pelo Procurador Luiz Nestor Ferreira, julgou improcedente o pedido formulado no sentido de determinar que o réu passe a disponibilizar alojamento a cães abandonados que se encontram sob seus cuidados.

Contrafeitos, sustentam os autores, em epítome, a obrigação da Municipalidade de guardar e tratar adequadamente os animais abandonados (fls. 140 a 151).

Houve contrarrazões de aplauso ao sentenciado (fls. 155 a 160).

O Procurador de Justiça Jacson Corrêa manifestou-se pelo provimento do recurso (fls. 170 a 175).

É o relatório.

VOTO

Ao examinar anteriormente a questão que avulta dos autos, como relator do agravo de instrumento n. 2010.031714-0, propendi pela reforma da decisão interlocutória que negara o pedido liminar, assim fundamentando meu entendimento:

> Insta, desde logo, escandir que a ação de preceito cominatório ajuizada pelos ora agravantes contra o Município de Florianópolis, em que foi prolatada a decisão agravada, decorre, na prática, de outra ação, proposta pelos vizinhos destes, que obtiveram antecipação de tutela, pela qual foi determinado aos aqui recorrentes que reduzissem os animais acolhidos e alojados em sua residência "para um máximo de 3 (três), podendo encaminhá-los ao Centro de Controle de Zoonoses de Florianópolis, [...], no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais)" - (fl. 91).
>
> Tendo se dirigido, por força do comando judicial supra, ao reportado Centro, foi-lhes informado que não é sua finalidade recolher animais abandonados, além de não possuir estrutura física pata tanto necessária, circunscrevendo-se seu mister no controle populacional de animais por meio de procedimento cirúrgico (esterilização), sendo certo que as poucas vagas existentes são destinadas a casos emergenciais (fls. 24 e 25).
>
> Verifica-se, portanto, que o Poder Público Municipal obstaculizou o cumprimento daquela primeira decisão, ao negar efetividade a preceitos constitucional e infraconstitucionais. Veja-se:

O art. 23, VII, da Constituição Federal, preconiza:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; (negritei)

Já o art. 225 da mesma Carta Magna dispõe:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (negritei)

No plano da legislação local, tem-se a Lei Complementar n. 94/2001, que preconiza:

Art. 9º Será apreendido todo e qualquer animal: [...] IV - Mantido em condições inadequadas de vida ou alojamento; V - Cuja criação ou uso esteja em desacordo com a legislação vigente;

[...]

Parágrafo Único - Os animais que forem apreendidos, em desobediência ao estabelecido nesta lei, serão:

a) Enviados ao Centro de Vigilância Ambiental para triagem que será feita obrigatoriamente por Médico Veterinário;

b) Mantidos em canil público, com todas as condições de alojamento, alimentação e cuidados veterinários, à disposição de seus proprietários por 10 dias;

c) Animais com doenças ou lesões físicas graves e irreversíveis, agressivos, bem como sanitariamente comprometidos de forma a tornar inviável sua sobrevivência saudável, poderão sofrer processo

de eutanásia de imediato, devendo o Médico Veterinário emitir laudo técnico consubstanciando a decisão. (negritei)

A ser averbado que, para a manutenção desse serviço a Municipalidade deverá, nos termos do art. 20, § 4º da referida LC 94/2001, destinar 50% (cinquenta por cento) da taxa de registro dos animais caninos e felinos.

É, pois, inobjetável a obrigação do Município de tomar para si a responsabilidade pelos animais recolhidos pelos agravantes - não por desejo destes, mas por decisão do Estado-Juiz -, como bem concluiu o Desembargador Carlos Alberto Civinski, em sua decisão unipessoal:

Nesse sentido, é evidente a obrigação do Município de prestar o serviço, de natureza pública, o qual vem sendo prestado pelos agravantes com todos os méritos, uma vez que estes se incumbiram da função pública de recolher animais abandonados pelas ruas [...]

Dessa forma, inegável a obrigação do Município de prestar o serviço que, até então, vinha sendo praticado pelos agravantes.

Decorrência lógica de tal obrigação é o direito dos autores de repassar ao Município os animais que mantêm sob sua guarda, porquanto de natureza pública é o serviço que vem voluntariamente prestando, em razão da omissão da Administração Municipal. (fls. 112 e 113)

Desse modo, não se trata, como asserido na decisão increpada, de simplesmente repassar ao Poder Público local o plantel de cães dos agravantes (fl. 22), mas sim de fazer com que a Municipalidade cumpra o seu papel legal e constitucional de velar pelos mesmos, ademais do que, no caso concreto, mercê de decisão judicial.

Trata-se, a bem da verdade, de devolver ao Município um *munus* que sempre foi seu, mas que, por algum tempo, por omissão sua, os agravantes altruisticamente exerceram, ainda que de forma inadequada em relação aos vizinhos.

É certo que os agravantes poderiam, em razão da postura do Centro de Zoonoses do Município (negando-se a recepcionar os cães), ter endereçado reclamação ao Juízo de onde promanou o comando de fl. 91, eis que criado impasse para o seu cumprimento, todavia, tendo optado por aforar nova ação, é de ser albergada a sua postulação.

Reafirmo, *in totum*, esse entendimento, agora em relação à sentença apelada, porque também cai à fiveleta quanto a ela, e voto pelo provimento da recurso para julgar procedente o pedido inicial determinando ao Município de Florianópolis que providencie, em 60 (sessenta dias), o alojamento dos animais abandonados que se encontram sob a guarda dos autores, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais), invertendo-se, por consequência os encargos sucumbenciais, observando a isenção que lhe é conferida acerca das custas processuais.

É como voto.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2011.062408-6, de Concórdia

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Ação civil pública. Constitucional e Administrativo. Condomínio, Loteamentos fechados e "condomínios de casas", criados e incorporados irregularmente sem o devido exercício do poder-dever de polícia municipal. Decisão que obriga o ente federado a exercer efetivamente tal poder, bem como abster-se de regularizar edificações que desrespeitem a Lei de Parcelamento do Solo Urbano e normas correlatas. Acerto. Alegada impossibilidade de incidência da Lei n. 6.766/79 aos denominados "condomínios de casas" ante a existência de regramento próprio (Lei 4.591/64). Inocorrência. Distinção necessária entre os institutos do condomínio (horizontal ou edilício), do loteamento fechado ou de condomínios de casas, estes dois últimos submetidos à Lei 6.766/79. Recurso desprovido.

Não há que confundir os institutos do condomínio e do loteamento fechado ou condomínio de casas. No primeiro, há um todo, um único imóvel dividido em frações ideais entre os co-proprietários. Não há vias ou logradouros públicos, pois tudo o que nele consta pertence aos co-titulares do domínio. No loteamento fechado ou condomínio de casas, há o cercamento de vários imóveis entrecortados por vias e logradouros públicos,

> controlando-se, porém o acesso público, mediante concessão onerosa do Poder Público a particulares.
>
> Os loteamentos, fechados ou não, submetem-se aos ditames da Lei de Parcelamento do Solo Urbano.
>
> A judicialização de políticas públicas impõe ao Judiciário o poder de agir, quando provocado, se a Administração, conhecedora de irregularidades no âmbito do Município, nada faz para corrigi-las ou evitá-las.
>
> O Judiciário não desenha, constrói ou administra cidades, o que não quer dizer que nada possa fazer em seu favor. Nenhum juiz, por maior que seja seu interesse, conhecimento ou habilidade nas artes do planejamento urbano, da arquitetura e do paisagismo, reservará para si algo além do que o simples papel de engenheiro do discurso jurídico. E, sabemos, cidades não se erguem, nem evoluem, à custa de palavras. Mas palavras ditas por juízes podem, sim, estimular a destruição ou legitimar a conservação, referendar a especulação ou garantir a qualidade urbanístico-ambiental, consolidar erros do passado, repeti-los no presente, ou viabilizar um futuro sustentável (STJ, Min. Herman Benjamin).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2011.062408-6, da comarca de Concórdia (2ª Vara Cível), em que é agravante Município de Concórdia, e agravado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 04 de setembro de 2012, foi presidido pelo signatário, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Desembargadores Carlos Adilson Silva e Francisco Oliveira Neto.

Florianópolis, 11 de setembro de 2012.

Pedro Manoel Abreu
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

O Município de Concórdia interpôs agravo de instrumento contra decisão interlocutória proferida nos autos da ação civil pública movida pelo Ministério Público Estadual.

O *decisum* hostilizado deferiu parcialmente o pedido liminar, determinando ao Município de Concórdia: a) a abster-se de licenciar/aprovar a instituição de condomínio de casas ou lotes (ou denominação equivalente), sem que sejam respeitados cumulativamente os parâmetros da lei de parcelamento do solo (Lei n. 6.766/69), incluindo a área mínima do lote estabelecida para a região pelo plano diretor e a destinação da área verde e de equipamentos públicos se alguma das residências não tiver acesso à via pública; b) abster-se de licenciar/aprovar a construção de mais de uma unidade familiar, sob qualquer forma, seja condomínio de casas, condomínios de lotes, condomínio edilício, casas geminadas ou prédios, quando se tratar de imóveis decorrentes de parcelamentos unifamiliares, assim definidos no licenciamento e na destinação da área verde; c) ordenar ao 1.º e 2.º Ofício de Registro de Imóveis que consignem, por averbação, nas respectivas matrículas, a circunstância de se tratar de lote decorrente de parcelamento unifamiliar, assim definidos no licenciamento e na destinação da área verde; d) verificar nos projetos apresentados para licenciamento/aprovação, a potencialidade de implementação de mais de uma unidade

habitacional em lotes unifamiliares devendo nestes casos determinar a correção do projeto ou negar a aprovação/licença, fiscalizando a construção de mais de uma unidade habitacional, sob qualquer forma, sem licença pública para tal, adotando as medidas administrativas cabíveis, sob pena de multa diária de R$ 10.000,00, limitados a R$ 100.000,00 e, por fim; e) abster-se de determinar o Município réu que não expeça respectivo "habite-se", pelos fundamentos suso elencados.

Em sua insurgência, disse o Município, numa palavra, que a Lei de Parcelamento do Solo Urbano não se aplica à instituição de condomínios, eis que regulados pelo Código Civil e pela Lei n. 4.591/64. Afirmou ainda inexistir perigo que justificasse a antecipação de tutela.

Asseverou que o Magistrado, ao proibir o Município de licenciar/aprovar a construção de mais de uma unidade familiar, sob qualquer forma, quando se tratar de imóveis decorrentes de parcelamentos unifamiliares assim definidos no licenciamento ou na destinação de área verde, não delimitou o que entende por lote familiar.

Sublinhou, no tocante, que o Plano Diretor disciplina o percentual mínimo de área verde a ser reservado e é o regramento a ser obedecido pelos munícipes.

Altercou que, quanto à obrigação de exercer seu poder de polícia, fará o possível, mas "nem tudo está aos olhos e ao alcance do Poder Público" e "não há como se exigir uma atividade de resultado infalível nesse sentido" (fl. 40). Entende, no particular, que, diante de tal realidade, não seria adequado impor multa à municipalidade, onerando-a indevidamente.

Asseverou que a decisão conteria nulidade por vício de fundamentação e, ao final, requereu o provimento do recurso, reformando-se a decisão hostilizada.

Em sede de contrarrazões (fl. 91), o agravado pugnou pela manutenção do *decisum*.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Alexandre Herculano Abreu, manifestou-se pelo desprovimento do recurso interposto.

Este é o relatório.

VOTO

Cuida-se de examinar o acerto ou desacerto da decisão interlocutória proferida nos autos da ação civil pública movida pelo Ministério Público Estadual em desfavor do Município de Concórdia.

Em suma, a decisão obrigou a municipalidade a uma série de prestações positivas e negativas, a saber:

> a) a abster-se de licenciar/aprovar a instituição de condomínio de casas ou lotes (ou denominação equivalente), sem que sejam respeitados cumulativamente os parâmetros da lei de parcelamento do solo (Lei n. 6.766/69), incluindo a área mínima do lote estabelecida para a região pelo plano diretor e a destinação da área verde e de equipamentos públicos se alguma das residências não tiver acesso à via pública; b) abster-se de licenciar/aprovar a construção de mais de uma unidade familiar, sob qualquer forma, seja condomínio de casas, condomínios de lotes, condomínio edilício, casas geminadas ou prédios, quando se tratar de imóveis decorrentes de parcelamentos unifamiliares, assim definidos no licenciamento e na destinação da área verde; c) ordenar ao 1.º e 2.º Ofício de Registro de Imóveis que consignem, por averbação, nas respectivas matrículas, a circunstância de se tratar de lote decorrente de parcelamento unifamiliar, assim definidos no licenciamento e na destinação da área verde; d) verificar nos projetos apresentados para licenciamento/aprovação, a potencialidade de implementação de mais de uma unidade habitacional em lotes unifamiliares devendo nestes casos determinar a correção do projeto ou negar a aprovação/licença, fiscalizando a construção de mais de uma unidade habitacional, sob qualquer forma, sem licença pública para tal, adotando as medidas administrativas cabíveis, sob pena de multa

> diária de R$ 10.000,00, limitados a R$ 100.000,00 e, por fim; e) abster-se de determinar o Município réu que não expeça respectivo "habite-se", pelos fundamentos suso elencados.

Para que bem se compreenda o litígio, urge sumariar os fatos que antecedem o recurso.

Na comarca de Concórdia, o Ministério Público Estadual detonou a presente ação civil pública contra o Município, com esteio no Inquérito Civil n. 06.2010.001954-4, destinado à apuração de irregularidades no parcelamento do solo urbano local, mais especificamente nos cognominados "condomínios de lotes" ou "condomínios de casas".

Disse que o que se observou foi a multiplicação dos casos de instituição dos ditos condomínios em imóveis já parcelados, especialmente nos parcelamentos unifamiliares, à revelia do Poder de Polícia do Município.

Narrou que, uma vez autorizado a instituí-lo, o proprietário de determinado lote urbano negocia "frações ideais" de terra para terceiros, que, por sua vez, constroem suas residências muito próximas uma da outra, criando verdadeiros ajuntamentos de casas conglomeradas sem o espaçamento necessário e condizente com os padrões mínimos de crescimento urbano ordenado.

Em outras situações, o próprio instituidor do condomínio constrói as casas e o institui, alienando-o posteriormente.

Afirmou, nesse caminho, que tal situação se mostrou periclitante e, ao mesmo tempo, ofensiva aos interesses da comunidade concordiense, pois implica a evolução desestruturada da cidade, com multiplicação de favelas e bolsões de pobreza, tudo sob a chancela do Poder Público e sem a observância dos preceitos que o ordenamento consagra na promoção dos interesses difusos inerentes.

Sublinhou ter tentado resolver o impasse consensualmente, mas todos os seus esforços junto ao Executivo foram em vão. Citou, nesse caminho, o envio do Ofício n. 167/2010/03ªPJ/CON, em que se recomendava a fiscalização mais rigorosa sobre os casos de parcelamento do solo urbano registrados na Prefeitura. Igual recomendação teria sido enviada ao Ofício de Registro de Imóveis e à FATMA.

O Município teria demonstrado relutância em atender às recomendações ministeriais, por entender que os empreendimentos condominiais até então atendiam às exigências das Leis n. 4.591/64 e Leis Complementares Municipais n. 187/2001 e 481/2007.

Demais disso, conforme noticiado pelo *Parquet,* no tangente aos chamados "condomínios de casas", instituídos na maioria sobre lotes unifamiliares, não haveria justificativa plausível para sustentar a impugnação, pois para o ente federado os empreendimentos estariam de acordo com o ordenamento vigente.

Asseverou o agravado que, em dois anos, conforme documentos fornecidos pelos ofícios de imóveis da comarca, foram instituídos aproximadamente 180 condomínios, com áreas variando entre 250 a 20.000m², muito embora, no mais das vezes, incidam sobre imóveis com área inferior a mil metros quadrados.

Haveria situações em que o condomínio foi estabelecido sobre lotes com área inferior a 300m², o que atesta a inobservância dos preceitos urbanísticos de crescimento ordenado e sustentável.

É crível que tenha havido a aludida recalcitrância do Município, pois os argumentos lançados no recurso são exatamente os mesmos sugeridos ao órgão ministerial, ainda na fase administrativa, ou seja, o agravante sustenta que a instituição dos aludidos condomínios de casas ou de lotes não se submete à Lei de Parcelamento do Solo Urbano, e sim ao Código Civil e legislação correlata sobre condomínios.

Não se vislumbra, com a devida *venia*, fundamento válido para a tese lançada no recurso.

Ora, a Lei n. 4.591/64 dispõe sobre os condomínios em edificações e demais incorporações imobiliárias, enquanto a Lei n. 6.766/79, dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, que, nos termos de seu art. 2.º "poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento", observadas as disposições da Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes. Significa, noutras palavras, que a criação de loteamentos e desmembramentos será regulada pela Lei 6.766/79 e as edificações e incorporações, se estabelecidas em condomínio, pela Lei n. 4.591/94 e legislação correlata, conforme a especialidade adotada. Tanto assim que, no parágrafo primeiro do mesmo art. 2.º, estabelece a Lei de Parcelamento: "§ 1º - Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes".

O equívoco reside em confundir o que se denomina de "condomínio de casas" ou "condomínios de lotes" ou "loteamentos fechados", com o instituto do condomínio propriamente dito (horizontal ou edilício). Daí porque, erroneamente, quer fazer crer o agravante que há aplicação exclusiva da Lei de Condomínios em detrimento da Lei n. 6.766/79 ao caso presente.

Bem se diga que o cognominado "loteamento fechado" é uma espécie derivada do condomínio horizontal, com algumas particularidades que devem ser mencionadas.

O condomínio horizontal é o aproveitamento do espaço de uma determinada área de terra, onde não existem ruas, praças ou áreas públicas. Tudo que integra o condomínio pertence aos co-proprietários, que não tem a obrigação legal de ceder espaços comuns ao Município. Essa modalidade segue regulada pela Lei n. 4.591/94.

Difere o condomínio horizontal do loteamento fechado ou dos citados "condomínios de casas", na acepção adotada pelo Município, pois neste existe subdivisão de uma área de terra em lotes destinados à edificação, com abertura de novas vias de circulação, logradouros públicos ou até mesmo ampliação das vias existentes. Há, pois, vias e logradouros públicos nesse tipo de parcelamento do solo urbano. Como se vê, diferentemente do que ocorre no condomínio horizontal, aqui as vias públicas pertencem ao Município.

Hely Lopes Meirelles, sobre os loteamentos fechados, destaca:

> Loteamentos especiais vêm surgindo cada vez mais, principalmente nos arredores das grandes cidades, em razão da busca por maior segurança, privacidade e qualidade de vida. Para esses loteamentos não há, ainda, legislação superior específica que oriente a sua formação, estando consagrado o uso da denominação loteamento fechado ou condomínio fechado, com ingresso só permitido aos moradores e pessoas por ele autorizadas e com equipamentos e serviços urbanos próprios, para auto-suficiência da comunidade. De modo geral são de duas espécies: a) aqueles em que o parcelamento do solo se faz em conformidade com a Lei 6.766/1979, com aprovação da Prefeitura, e esta outorga o uso das ruas e praças mediante concessão ou permissão; b) aqueles que mantém toda a área como particular, inclusive as vias internas, instituindo uma forma de condomínio relacionada com casas que constituem unidades autônomas ao lado das frações ideais nas áreas comuns (ruas, praças e equipamentos de uso coletivo), de co-propriedade de todos, tendo como modelo o condomínio edilício, tudo objeto de registro no Registro de Imóveis. Essas modalidades merecem prosperar. Todavia, impõe-se um regramento legal para disciplinálos, mormente quanto aos encargos de segurança, higiene, coleta de lixo, limpeza e conservação das vias, serviços de água e esgoto, que tanto podem ficar com a Prefeitura, mediante remuneração dos serviços, como com os dirigentes da comunidade, mediante convenção contratual (*in Direito Municipal Brasileiro.* 16 ed. São Paulo: Malheiros: 2008. p. 573-574).

Como bem lembrado pelo Ministério Público, os loteamentos fechados, nada mais são do que parcelamentos do solo, muito embora, sob o aspecto registral, possam eles ser instituídos, forte no art. 8.º da Lei n. 4.591/94, mediante convenção de condomínio. Tal circunstância, aliás, foi objeto do Provimento n. 13/94, da CGJ desta Corte, que vedou o registro de condomínios que pudessem desencadear burla à Lei do Parcelamento do Solo Urbano.

A bem da verdade, as distinções acima recomendam que não se confundam os institutos loteamento e condomínio, este em vista de que a área a ser desmembrada pertence exclusivamente aos co-proprietários. Quanto aos primeiros, são entrecortados por vias públicas, tal qual afirmado antes.

Por isso é que o Ministério Público, à fl. 83, disse que não seria possível confundir a modalidade "condomínio de casas, instituída tão profusamente em Concórdia", com o cognominado condomínio, ensejando perfeitamente a aplicabilidade da Lei do Parcelamento do Solo, uma vez que a hipótese vertente não era a de condomínio propriamente dito.

A ausência estatal (leia-se, do Município), será sentida pela proliferação não regulamentada destas modalidades (loteamentos fechados e condomínios de casas), formando bolsões de pobreza e amontoados de casas, eclodindo, inevitavelmente, no surgimento de favelas.

O ajuntamento de casas, normalmente ocorrido em morros e encostas íngremes, vem conduzindo cidades brasileiras a um verdadeiro colapso social. Isto porque impedem o acesso do Estado, mais precisamente o exercício do poder de polícia, facilitando inclusive a proliferação do tráfico de drogas e crimes afins. Servem, embora não seja possível generalizar, aos propósitos de instituições criminosas, que neles se instalam como forma de facilmente escapar da ação estatal. Infelizmente, daí a dificuldade, pessoas de bem convivem nesses bolsões com criminosos que arregimentam crianças

e adolescentes para a prática delituosa. O cognominado "poder paralelo" serve-se dessa estrutura criada pela inércia estatal.

Por outro lado, a situação dos autos é bastante simples: em um determinado imóvel que não atinge a metragem mínima para gerar dois ou mais lotes, os empreendedores constroem duas residências com o aval do Município, cada uma delas com área delimitada e sem qualquer área comum (cf. manifestação ministerial de fls. 77).

O exemplo mais típico de aglutinação é o do Rio de Janeiro. O mais próximo, certamente, é o da Capital Catarinense, já cercada pelos Morros do Mocotó, Monte Verde, e outros, desordenamente ocupados sob o pálio das instituições públicas. Houve, no passado, quem defendesse a regularização dessas ocupações por interesses meramente eleitoreiros, quando o correto seria discutir alternativas para os problemas de moradia.

Afora isso, esses conglomerados dificultam a chegada de serviços públicos satisfatórios aos seus moradores, como água e esgoto, favorecendo proliferação de doenças, justamente pela falta de condições sanitárias e em face da dificuldade de lhes fazer chegar a ação dos órgãos de saúde pública.

Nada obstante, no período das chuvas que normalmente assolam o Estado de Santa Catarina, são comuns a ocorrência de deslizamentos de terra, desencadeando tragédias cada vez mais repetitivas no cenário nacional. Não é diferente em Florianópolis, não o será também em Concórdia ou em qualquer outro Município que não detenha controle sobre as edificações.

A classe política não fala nesse tom, porque teme perda de votos. O ordenamento dos espaços territoriais é dos problemas mais caros à população. A falta de políticas públicas sérias e a ausência de transporte coletivo de qualidade são fatores que contribuem para a promoção desse tipo de ajuntamento nas cercanias dos grandes centros urbanos.

De acordo com a Constituição Federal, a competência para legislar sobre direito urbanístico é da União, dos Estados e do Distrito Federal (art. 24, I), por certo. Todavia, aos Municípios compete "promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano" (art. 30, VIII).

Daí dessume-se a responsabilidade do Município pelo correto exercício do poder-dever de polícia, não podendo valer-se do simples argumento de que tal serviço é falível. Ao que se extrai do *decisum,* a pena de multa somente lhe será aplicada se persistir a recalcitrância quanto à fiscalização. Assim, uma vez que lhe tenha sido denunciada uma irregularidade, não pode furtar-se a agir, sob pena de, aí sim, incidir a multa.

O *decisum,* neste aspecto, está amparado na verossimilhança das alegações e no perigo na demora, este consubstanciado no fato de que, se nenhuma providência for adotada, criar-se-ão situações de difícil solução. Por isso, disse o magistrado à fl. 49:

> Ora, qualquer cidadão concordiense tem conhecimento da proliferação de loteamentos e mais, da velocidade vertiginosa com que se tem mutiplicado este tipo de habitação.
>
> Tal fato, inicialmente, pode até parecer uma grande conquista e avanço, mas já há casos em que até mesmo as escriturações respectivas tem sido comprometidas em virtude de inobservância da norma legal pertinente, acabando por trazer mais dissabores aos seus adquirentes do que a satisfação pelo imóvel próprio.

Nem se cogite de interferência indevida do Poder Judiciário na esfera das atribuições típicas do Executivo. Tal incursão se legitima, ao contrário, a partir da omissão ilegal da municipalidade, abrindo-se espaço para que o Judiciário, como concretizador da norma expressa na Constituição, assegure à população garantias mínimas de um meio ambiente equilibrado. Nesse sentido, colhe-se importante lição do Min. Herman Benjamin, exarada no paradigmático REsp n. 302906:

> O Judiciário não desenha, constrói ou administra cidades, o que não quer dizer que nada possa fazer em seu favor. Nenhum juiz, por maior que seja seu interesse, conhecimento ou habilidade nas artes do planejamento urbano, da arquitetura e do paisagismo, reservará para si algo além do que o simples papel de engenheiro do discurso jurídico. E, sabemos, cidades não se erguem, nem evoluem, à custa de palavras. Mas palavras ditas por juízes podem, sim, estimular a destruição ou legitimar a conservação, referendar a especulação ou garantir a qualidade urbanístico-ambiental, consolidar erros do passado, repeti-los no presente, ou viabilizar um futuro sustentável (STJ, REsp 302906/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. 26.08.2010).

Vê-se, para logo, que andou bem o Magistrado de primeira instância, Dr. Rudson Marcos, ao vislumbrar a garantia de um futuro sustentável ao Município de Concórdia. E, à míngua de outros elementos que demonstrem o contrário, a bem lançada decisão deve ser mantida.

Em face do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Este é o voto.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA

Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2011.031708-8, de Canoinhas

Relator Designado: Des. Luiz Cézar Medeiros

TRIBUTÁRIO – ICMS – ENERGIA ELÉTRICA – DEMANDA DE POTÊNCIA – SÚMULA 21 – ATIVIDADES DE DISPONIBILIZAÇÃO DO USO DAS REDES DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – TUST E TUSD – NÃO INCIDÊNCIA – ALEGADA ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DO CONSUMIDOR FINAL – DISTRIBUIDORA – MERA RESPONSÁVEL PELO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO – POSIÇÃO DE NEUTRALIDADE – RESTRIÇÕES PREVISTAS NO ART. 166 DO CTN – INAPLICABILIDADE

1 A teor da Súmula n. 21 deste Pretório, "*incide ICMS tão-somente sobre os valores referentes à energia elétrica consumida (kWh) e à demanda de potência efetivamente utilizada (kW), aferidas nos respectivos medidores, independentemente do quantitativo contratado*".

2 As atividades de disponibilização do uso das redes de transmissão e distribuição de energia elétrica, remuneradas pela TUST e TUSD, não se subsumem à hipótese de incidência do ICMS por não implicarem circulação de mercadoria. Esses serviços tão e simplesmente permitem (atividade-meio) que a energia elétrica esteja ao alcance do usuário.

3 A distribuidora de energia elétrica, por não realizar qualquer operação mercantil, não guarda relação direta e pessoal com o fato gerador do tributo, motivo pelo qual não se enquadra na

concepção de contribuinte (de direito/direto), estatuída pelo art. 121, I, do Código Tributário Nacional.

Certo é, portanto, que o Legislador Constituinte escolheu a distribuidora como responsável pelo recolhimento do tributo (ADCT, art. 34, § 9º), por pura questão de política fiscal (de facilidade de arrecadação do tributo), obrigação que deveria, a rigor, ser suportada pelas produtoras de energia elétrica ou mesmo pelo próprio consumidor final.

Nessa perspectiva, motivos não há para impedir-se o consumidor final – que, em último plano, é quem suporta, por certo, o tributo – em figurar no polo passivo da ação na qual se discute a higidez da exação (ou mesmo sua repetição) tão e simplesmente diante do contido no art. 166 do Código Tributário Nacional. Até mesmo porque, nesse caminhar, chegar-se-ia a absurda situação de total inviabilidade de discutir-se em juízo a questão, justamente em face do absoluto papel de neutralidade da distribuidora na cadeia de propagação do tributo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2011.031708-8, da comarca de Canoinhas (2ª Vara Cível), em que é apelante/apelada Rigesa Celulose Papel e Embalagens Ltda., e apelado/apelante o Estado de Santa Catarina:

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por maioria de votos, desprover o recurso do Estado de Santa Catarina e prover parcialmente o recurso da autora para reformar em parte a sentença e reconhecer a ilegalidade da incidência do ICMS sobre as Tarifas de Uso dos Sistemas de Distribuição (TUSD) e de Transmissão (TUST) e, em sede de reexame necessário, no tocante ao pedido de reconhecimento da ilegalidade da incidência do tributo sobre o encargo de capacidade emergencial, extinguir o

"writ" com resolução de mérito, nos termos do art. 269, inc. IV, do Código de Processo Civil. Vencido o Execelentíssimo Senhor Desembargador Francisco Oliveria Neto. Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado no dia 22 de novembro de 2011, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz Cézar Medeiros, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargador Francisco Oliveira Neto, Desembargador Luiz Cézar Medeiros e Desembargador Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 30 de novembro de 2011.

Luiz Cézar Medeiros
RELATOR DESIGNADO

RELATÓRIO

Trata-se de apelações cíveis interpostas em face da decisão que concedeu em parte a segurança almejada por Rigesa, Celulose, Papel e Embalagens Ltda. para:

"a) determinar que o ICMS passe a incidir apenas sobre o valor correspondente à energia elétrica contratada que for efetivamente consumida pelo impetrante;

"b) negar o pedido de não incidência do ICMS sobre as tarifas de uso pelo sistema de transmissão e distribuição de energia elétrica;

"c) acolher e determinar a não incidência do ICMS sobre os encargos de segurança do sistema e de capacidade emergencial" (fls. 278 e 279).

A empresa impetrante recorreu do *decisum* para que lhe seja reconhecido "*o seu direito líquido e certo de não incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre as tarifas de uso de transmissão e de*

distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD), bem como seja reconhecido seu direito à apropriação e à compensação, dos valores relativos ao ICMS indevidamente recolhido a esse título, nos últimos 10 anos, os quais deverão ser atualizados e/ou acrescidos de juros equivalentes a SELIC" (fl. 297).

O Estado de Santa Catarina, por sua vez, também apelou, requerendo prefacialmente a extinção do feito sem resolução de mérito (CPC, art. 267, VI), diante da ilegitimidade da autora para figurar no polo passivo da demanda, tese essa acolhida pelo eminente relator. O recorrente postulou, ainda, no mérito, a reforma da decisão em sua integralidade.

VOTO

1 A prefacial suscitada pelo ente público estadual de ilegitimidade da empresa contribuinte para figurar no polo ativo da presente demanda confunde-se com o mérito, motivo pelo qual será com ele analisada a seguir.

2 Pretende a empresa impetrante ver reconhecido seu direito líquido e certo de deixar de recolher o ICMS sobre: 1) "*'demanda contratada' de energia elétrica, por não constituir circulação de mercadoria 'energia elétrica', cabendo a incidência do imposto tão somente sobre a energia elétrica efetivamente consumida*" (fl. 40); 2) "*as tarifas de uso pelo sistema de transmissão e de distribuição de energia elétrica*" (fl. 40); 3) "*o denominado Encargo de Serviço do Sistema*" (fl. 41); e 4) "*o Encargo de Capacidade Emergencial – Seguro Apagão exigido das Impetrantes no período de 02/2002 a 12/2005*" (fl. 41).

2.1 De acordo com o previsto no art. 23 da Lei n. 12.016/09, "*o direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado*" (grifou-se).

Como o mandado de segurança foi protocolizado em 18.1.2010, certo é que o direito da autora em ver reconhecido o descabimento da incidência do ICMS sobre o denominado Encargo de Capacidade Emergencial

por ela adimplido até dezembro de 2005 de há muito foi atingido pela decadência.

Em relação a esse pedido, portanto, em sede de reexame necessário, em face da extinção do direito de ação da impetrante (Lei n. 12.016/09, art. 23), o *writ* deve ser extinto com resolução de mérito, nos termos do art. 269, art. IV, do Código de Processo Civil.

2.2 No que diz respeito à insurgência da empresa impetrante no tocante à incidência do ICMS sobre a demanda contratada, andou bem a ilustre sentenciante ao considerar que a exação só deverá incidir sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada, na esteira das Súmulas 391 do Superior Tribunal de Justiça e 21 deste Pretório.

2.3 Como é sabido, de acordo com a legislação de regência (CF, art. 155, II; LC n. 87/96, arts. 2º, II, e 12, I; Lei Estadual n. 10.297/96, arts. 2º, I, e 4º, I), o fato gerador do ICMS "*indica quaisquer atos ou negócios, independemente da natureza jurídica específica de cada um deles, que implicam a circulação de mercadorias, assim entendida a circulação capaz de realizar o trajeto da mercadoria da produção até o consumo*" [grifou-se] (SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 941). Isso significa dizer que a configuração da hipótese de incidência do tributo pressupõe a circulação jurídica do bem, ou seja, a mudança de sua titularidade.

Muito embora a energia elétrica seja equiparada a mercadoria para fins de incidência de ICMS, as operações com esse produto detêm peculiaridades as quais acabam por repercutir na forma em que se configura a aludida exação. Isso porque, ao contrário das operações convencionais mercantis, a trajetória da energia elétrica, desde de sua produção até o respectivo consumo pelo usuário, passa por três fases, que, por serem distintas, não necessariamente implicam a circulação da aludida "mercadoria".

Sobre a matéria, o tributarista Horário Villen Neto, em estudo aprofundado, publicado na Revista de Estudos Tributários, traz pertinentes esclarecimentos:

> "*IV – ENERGIA ELÉTRICA – ASPECTOS TÉCNICOS*
>
> "*IV.1.1 Conceito de energia*
>
> "[...]
>
> "*Inicialmente, cumpre-nos asseverar que a energia é a capacidade que um corpo, ou sistema de corpos, em qualquer escala espacial, tem de produzir movimento próprio, ou transmiti-la a outros corpos que estão em seu entorno. A energia pode ter várias formas: potencial, mecânica, eletromagnética, elétrica, etc.*
>
> "*IV.1.2 Conceito de energia elétrica*
>
> "*Energia elétrica é como se designa os fenômenos em que estão envolvidas cargas elétricas.*
>
> "*A mencionada definição técnica é a encontrada em qualquer livro de graduação em física, sendo desnecessária aperfeiçoá-la para fins deste trabalho jurídico.*
>
> "*IV.1.3 A corrente elétrica*
>
> "*Para uma maior facilidade na compreensão do tema, iniciaremos nossas considerações explicando o fenômeno da corrente elétrica e o funcionamento dos aparelhos eletrônicos.*
>
> "*Posteriormente, analisaremos a fase de geração e da transmissão de energia até sua chegada ao consumidor.*
>
> "*Os átomos de um metal são eletricamente neutros, ou seja, seu núcleo possui o mesmo número de prótons e elétrons. Já um fio metálico contém um grande número de partículas e, por esta razão, sua estrutura é diferente. No interior do metal, cada átomo perde, em geral, um ou dois elétrons, tornando-se íons positivos, isto devido à mobilidade dos elétrons. Os elétrons perdidos pelos átomos ficam vagando pelos espaços vazios, desse modo o fio metálico permanece eletricamente neutro.*
>
> "*Ressaltamos que no interior do fio elétrico desligado de uma fonte de energia, os elétrons livres movem-se desordenamente, ou seja, tal movimento não constitui corrente elétrica.*

"*Ocorre que ao ligarmos o fio a uma fonte de energia, aparece uma força de origem elétrica que age sobre os elétrons livres e os íons da rede. Como os íons possuem uma grande massa e interagem entre si, praticamente não se movem, enquanto os elétrons livres, ao serem acelerados por essa mesma força, tomam a mesma direção e acabam produzindo a corrente elétrica nos metais.*

"*Essa força de natureza elétrica ocorre devido à existência de um campo elétrico no interior do fio quando conectado à fonte de energia.*

"*Para uma melhor compreensão do campo elétrico existente no interior de um fio elétrico, analisaremos o campo gravitacional, o qual possui muitos aspectos análogos àquele campo.*

"*Quando colocamos qualquer objeto nas proximidades da Terra, ele estará imerso no campo gravitacional da Terra. Esse campo gravitacional 'gera' a força peso em qualquer objeto que esteja em seu campo de atuação mantendo os objetos presos a ela.*

"*De modo semelhante, ao ligarmos um fio elétrico a um gerador qualquer, estabelece-se dentro dele um campo elétrico que preenche todo o seu interior. Esse campo elétrico agirá sobre todos os íons e elétrons presentes no fio, causando um força sobre eles.*

"*Em particular, o campo elétrico agirá sobre cada um dos elétrons livres, ocasionando as forças responsáveis pela corrente elétrica, ou seja, conectando-se um fio a uma fonte de energia, será produzido um campo elétrico no interior do fio, sendo este campo o responsável pelo movimento ordenado dos elétrons livres em certa direção (corrente elétrica). Os íons permanecerão 'fixos', pois estarão agregados firmemente ao núcleo do átomo.*

"*IV.2 Geração*

"*A fase de geração de energia elétrica que, na verdade, deveria se chamar fase de transformação, é o processo através do qual se converte qualquer outro tipo de energia em energia elétrica. Tendo em vista a predominância da fonte hidráulica na base enérgica brasileira, passamos a discorrer sobre a 'produção' da energia elétrica nas usinas hidrelétricas.*

"*A hidrelétrica é implantada às margens de um rio. Constrói-se uma barragem evitando o fluxo da água do rio, represando-a. A água que sai do reservatório é conduzida com muita pressão através de enormes tubos até a casa de força onde estão instaladas as turbinas, formadas*

por uma série de pás ligadas a um eixo que é ligado aos geradores, onde a energia mecânica é transformada em energia elétrica.

"*Para melhor elucidarmos o trabalho do gerador de uma usina hidrelétrica, vejamos o relatório do Grupo de Reelaboração do Ensino da Física dos professores da Universidade de São Paulo – USP:*

" '*Um gerador típico de uma usina elétrica é constituído por uma carcaça metálica fixa, o estator, onde existem fios enrolados. No interior do estator, há um outro conjunto de enrolamentos presos ao eixo do gerador, o rotor, e que gira acoplado à turbina que fornece energia mecânica ao sistema.*

" '*Neste tipo de gerador a energia elétrica é obtida nos enrolamentos do estator.*'

" '*O estator das usinas hidrelétricas, a parte fixa do gerador, é constituído de enrolamentos, onde a corrente elétrica vai ser gerada, e na parte móvel (rotor), encontra-se o elemento que cria o campo eletromagnético.*

"*O movimento ocasionado pela pressão da água é transferido para o gerador. Isso faz com que o eletroimã, localizado no rotor, fique girando entre os enrolamentos. Esse movimento do eletroimã cria um campo magnético, no qual os enrolamentos fixos estão imersos. Esse campo eletromagnético criado, passando a variar com o tempo, produz o campo elétrico que, como já vimos, age principalmente sobre os elétrons livres existentes nos enrolamentos do estator, produzindo no interior dos enrolamentos o movimento ordenado dos elétrons, ou seja, a corrente elétrica.*

"*Em outras palavras, a rotação do campo magnético criado pelo eletroimã corresponde a uma variação temporal de sua intensidade no espaço que o rodeia, provocando o surgimento de um campo elétrico que age sobre os elétrons livres no interior da rede cristalina do metal do estator, fazendo com que eles se movam. Assim, concluímos que a corrente elétrica é gerada indiretamente pelo campo magnético*.

"*O campo magnético é gerado na região do espaço sempre que houver uma variação temporal de um campo magnético nessa região, ou seja, no caso de uma usina geradora, move-se o eletroimã, variando o campo magnético com o tempo, produzindo um campo elétrico em todo o espaço inclusive nos enrolamentos, condutores elétricos.*

"*Nas proximidades das usinas geradores se faz necessária a instalação das subestações elevadoras de tensão, com o escopo de aumentar a tensão da*

corrente elétrica para que diminua a potência dissipada durante a fase de transmissão. Não nos deteremos às funções das subestações elevadoras, haja vista sua pouca relevância para o deslinde do problema enfrentado.

"*IV.3 Transmissão*

"*A fase de transmissão de energia compreende as atividades ocorridas nas linhas de transmissão e de distribuição. Posteriormente à fase de transmissão, nas proximidades do mercado consumidor, há subestações rebaixadoras, em que ocorre a diminuição da intensidade da corrente elétrica, iniciando a fase de distribuição.*

"*O campo elétrico criado na etapa de transformação fica estabelecido em todo o circuito, irradiando efeitos sobre os elétrons existentes nas linhas de transmissão, que são formadas por materiais condutores elétricos.*

"*Com o estabelecimento do campo elétrico no circuito, é gerada uma força elétrica sobre cada um dos elétrons livres, produzindo a corrente elétrica nas linhas de transmissão.*

"*O deslocamento dos elétrons sob efeito de um campo elétrico é praticamente inexistente, movem-se para frente e para trás numa velocidade extremamente alta, sem praticamente sair do lugar.*

"*Para demonstrar a movimentação dos elétrons, tentaremos fazer uma analogia com um grupo de pessoas. Quando não há campo elétrico dentro do condutor, seria como se cada pessoa possuísse uma direção própria (diferente das demais) e, no geral, teríamos um movimento desordenado, já na presença do campo elétrico, seria como se as pessoas andassem no mesmo sentido dando um passo a frente e, imediatamente, outro passo para trás numa alta velocidade. Portanto, o deslocamento dessas pessoas é praticamente inexistente.*

"*Concluímos, portanto, a inexistência de deslocamento dos elétrons, demonstrando o equivocado entendimento de que a energia elétrica é produzida pela usina elétrica, seguindo pelas linhas de transmissão e de distribuição, sendo, por fim, disponibilizada aos consumidores.*

"*O que efetivamente ocorre é que o campo elétrico produzido pela usina hidrelétrica gera efeito nos elétrons livres existentes na linha de transmissão, produzindo uma força elétrica sobre cada elétron, gerando, assim, uma corrente elétrica. Não ocorre 'transporte' dos elétrons da geradora para as linhas de transmissão e de distribuição, que chegaria*

ao consumidor. Os elétrons permanecerão 'estáticos', sujeitando-se ao campo produzido na etapa de transformação de energia elétrica.

"*O campo elétrico gera efeitos sobre os elétrons existentes nas linhas de transmissão, de distribuição e, posteriormente, aos existentes na fiação elétrica no domicílio do consumidor.*

"*As linhas de distribuição e transmissão não 'transportam' a corrente elétrica produzida na etapa de transformação até chegar ao consumidor. Na verdade, as linhas de transmissão são necessárias para que o campo elétrico se propague até os elétrons livres existentes na fiação dos consumidores.*

"*Quando ligamos um aparelho de som na tomada, o campo elétrico gerado na usina hidrelétrica e estabelecido em todo o circuito age sobre os elétrons contidos nos fios do aparelho, produzindo uma corrente elétrica dentro do aparelho e permitindo sua utilização pelo consumidor.*

"*Nesse passo verifica-se a necessidade das linhas de transmissão para a propagação do campo elétrico e a 'produção' da energia elétrica no interior dos produtos eletrônicos.*

"*Depreende-se que os elétrons não são 'gastos' nem se dissipam quando 'utilizados' para o funcionamento de um aparelho eletrônico, 'eles permanecem fazendo esse serviço várias vezes'.*

"*Por exemplo, no caso da lâmpada, o movimento dos elétrons aquece o seu filamento e irradia a luz, conhecido como efeito 'joule'. Esses mesmos elétrons permanecerão no mesmo lugar aquecendo o filamento da lâmpada por diversas vezes. Ou seja, os elétrons não são bens perecíveis que são utilizados uma única vez, sendo, então, substituídos por outros.*

"*A conta de energia elétrica, portanto, não significa a quantidade de elétrons gastos, mas sim, de uma maneira bem geral, quanto que o consumidor usufruiu da movimentação dos elétrons existentes na fiação de seu domicílio.*

"[...]

"*Qualquer integrante do sistema elétrico brasileiro, mediante o pagamento dos encargos de conexão e uso da rede, pode se utilizar das linhas de transmissão e distribuição, ou seja, os concessionários de transmissão e distribuição estão obrigados pela legislação a permitir a utilização das*

> *linhas de transmissão e distribuição necessárias para a propagação do campo elétrico gerado na fase de geração de energia elétrica.*
>
> "*Os consumidores que almejam se utilizar da energia elétrica necessitam das linhas de transmissão e distribuição para que o campo elétrico produza efeitos nos elétrons livres existentes na fiação de sua residência. Caso contrário, o consumidor possuirá somente os elétrons livres, mas não a corrente elétrica.*
>
> "*[...]*
>
> "*O concessionário de transmissão e distribuição não assume perante os demais agentes do setor elétrico responsabilidade pelo transporte de algo, à vista de que apenas disponibiliza suas linhas para a propagação do campo elétrico, beneficiando os demais agentes. Apenas se responsabiliza por criar condições para o campo elétrico se propagar por suas linhas gerando efeitos nos centros consumidores*" [grifou-se] (A Incidência do ICMS na Atividade Praticada pelas Concessionárias de Transmissão e Distribuição de Energia Elétrica. **Revista de Estudos Tributários**. Porto Alegre, v. 32, n. 3, p. 34-41, jul./ago. 2003).

Percebe-se, pois, que, enquanto a fase de geração traduz-se na etapa de produção da energia elétrica propriamente dita, as fases de transmissão e distribuição nada mais são senão os meios necessários para que o campo elétrico anteriormente criado pelas usinas produtoras (ou outro meio de alternativo de criação de energia elétrica) se propaguem até a fiação dos usuários, consumidores finais do produto.

Essa distinção, apesar de parecer, à primeira vista, simples, ganhou especial importância quando da reestruturação do sistema elétrico brasileiro nos anos 90, momento a partir do qual se passou a garantir a uma categoria específica de consumidores "*o livre acesso nas linhas de transmissão e distribuição por todos os agentes do sistema, mediante as tarifas de uso e de conexão*" (Op. cit., p. 14).

A respeito dessa nova sistemática, discorrem com percuciência Luciana F. Saliba e João Dácio Rolin:

"*A reestruturação institucional e regulamentar do setor elétrico brasileiro, iniciada em 1995, visa à introdução de competição nos segmentos de geração e de comercialização de energia elétrica, através da inserção de novos agentes e da garantia do livre acesso aos serviços de rede.*

"*[...]*

"*Para separar as atividades passíveis de serem exercidas de forma competitiva das que devem ser exercidas de forma monopolizada, estabeleceram-se dois ambientes de contratação de energia elétrica: o ambiente de contratação regulada (mercado cativo) e o ambiente de contratação livre.*

"*O ambiente de Contratação Regulada (ACR) visa ao atendimento dos consumidores cativos (residenciais, por exemplo) por distribuidoras locais (sem competição), de forma exclusiva e por meio de contratos regulados. As distribuidoras locais são remuneradas por meio de tarifas, a qual deve incluir todos os custos necessários ao fornecimento de energia aos consumidores cativos.*

"*O Ambiente de Contratação Livre (ACL) compreende o atendimento dos consumidores livres (eletrointensivos, tais como indústrias de alumínio), por intermédio de contratos livremente negociados entre as partes e remunerados por preço (e não tarifa definida pela ANEEL).*

"*Para possibilitar a compra de energia pelos consumidores livres junto às concessionárias de sua escolha, e, com isso, implementar o efetivo ambiente de competição nos segmentos de geração e de comercialização, garante-se a todos os agentes o pleno acesso aos sistemas de rede (distribuição e transmissão). A disponibilização dos sistemas de rede, portanto, é instrumento básico à efetiva introdução da competição na geração e na comercialização de energia, viabilizando o exercício da opção dos consumidores livres e induzindo o incremento da oferta ao mercado pelos produtores independentes e autoprodutores de energia.*

"*Adicionalmente ao contrato de compra e venda de energia, os consumidores livres devem celebrar Contratos de Uso do Sistema de Transmissão (CUST) e de Distribuição (CUSD) e contratos de conexão, garantindo-se, assim, o pleno acesso a esses sistemas.*

"*O objetivo da disponibilização do uso dos sistemas de rede (distribuição e transmissão), distintamente do processo de formação do preço de energia no mercado livre, impõe que sua remuneração seja neutra do*

> *ponto de vista comercial e segregada do preço da energia comercializada no mercado livre, uma vez que seu intuito é justamente viabilizar a competição nos segmentos possíveis de serem competitivos (comercialização livre e geração). Encoraja-se, dessa forma, o uso eficiente das redes, sinalizando investimentos e permitindo oportunidades igualitárias. Por essa razão, a disponibilização dos sistemas de rede (distribuição e transmissão) é regulada pela Aneel e é remunerada através de tarifa*" [grifou-se] (Não-Incidência do ICMS sobre as Tarifas de Uso dos Sistemas de Distribuição (TUSD) e de Transmissão (TUST) de Energia Elétrica. **Revista Dialética de Direito Tributário**. v. 122, p. 50-51, nov. 2005).

Desde a citada reestruturação do setor elétrico, por conseguinte, as atividades de geração e comercialização de energia elétrica foram dissociadas das de transmissão e distribuição para o chamado "Ambiente de Contratação Livre" – ACT, no qual se encontra a empresa autora.

Nesse cenário, a empresa demandante, na qualidade de consumidora "livre", têm ampla liberdade de escolha entre as concessionárias de transmissão e distribuição, razão pela qual lhe é impingida a obrigação de celebrar múltiplos contratos para a obtenção, em seu estabelecimento, da energia elétrica almejada, quais sejam: 1) Contrato de Compra e Venda de Energia Elétrica ; 2) Contrato de Uso do Sistema de Distribuição – CUSD ; 3) Contrato de Uso do Sistema de Transmissão.

Como os contratos foram segregados, como visto, os custos, por certo, também o foram, de maneira que hoje todas as contraprestações referentes ao acesso pelos usuários livres aos sistemas de transmissão e distribuição foram excluídos do preço pago pela aquisição de energia elétrica, fazendo nascer as Tarifas de Uso dos Sistemas de Distribuição (TUSD) e de Transmissão (TUST).

E, novamente do escólio de Luciana F. Saliba e João Dácio Roli, extrai-se pertinente excerto:

> "*A TUDS e a TUST remuneram a disponilização do uso do sistema de distribuição e da transmissão e têm como objetivo viabilizar a aquisição*

de energia elétrica junto à concessionária de escolha dos consumidores livres. O fornecimento de energia propriamente dito não é remunerado pela TUSD e TUST, e sim por preço (consumidores livres) ou tarifa de fornecimento (consumidores cativos)" .

"[...]

"*A TUSD e a TUST são faturadas separadamente do fornecimento da energia (art. 9º da Lei 9.648/1998 e Resolução Aneel 666/2002), mesmo nos casos em que a energia é adquirida da própria concessionária a cuja rede o consumidor está conectado (...)*

"*O CUSD e o CUST (Contratos de Uso de Sistemas de Distribuição e de Transmissão) visam a assegurar que o montante de uso dos sistemas de distribuição e de transmissão seja compatível com o consumo de energia elétrica pretendido pelo consumidor. Em outras palavras, o CUSD e o CUST regulam o 'quanto' da rede de distribuição e de transmissão (do sistema) deverá ser disponibilizado ao consumidor para viabilizar a aquisição de energia elétrica junto ao fornecedor de sua escolha (que poderá ser a própria concessionária a cuja rede o consumidor está conectado).*

"*Em analogia com o fornecimento de água, o 'montante de uso' equivale à bitola da tubulação necessária para viabilizar o consumo de água pretendido pelo consumidor. A tubulação, apesar de necessária à viabilização do fornecimento, é autônoma ao efetivo consumo de água. No CUSD e no CUST, a tubulação equivale ao sistema de rede, como se o consumidor contratasse a disponibilização do uso de determinada tubulação, cuja bitola seria estabelecida pelo volume de água a ser consumido.*

"*Na energia elétrica, a tubulação equivale aos sistemas de distribuição (tensão inferior a 230 KV) e de transmissão (tensão igual ou superior a 230 KV). A TUSD e a TUST, que no fornecimento de água seria fixadas com base na largura e na extensão da tubulação, são fixadas em função da potência ('bitola da tubulação') de que o sistema elétrico da distribuidora ou da transmissora deve dispor para atender às instalações elétricas da unidade consumidora (a potência é estabelecida em KW). Somente o preço pactuado no contrato de compra e venda corresponde ao efetivo consumo de energia no mês (medida em Kwh).*

"[...]

> "*Como o CUSD e CUST regulam a disponibilização do uso das redes de distribuição e de transmissão, que é atividade autônoma ao fornecimento de energia, mesmo que o montante de uso do sistema seja inferior ao contratado, o consumidor, por determinação contratual, deve proceder ao pagamento do seu valor integral*" [grifou-se] (Op. Cit., p. 50-55).

À luz dos apontamentos acima alinhados (e diante das lições antes destacadas), conclui-se que as atividades de disponibilização do uso das redes de transmissão e distribuição, remuneradas pela TUST e TUSD, não se subsumem à hipótese de incidência do ICMS por não implicarem circulação de energia elétrica. Esses serviços tão e simplesmente permitem que a energia elétrica esteja ao alcance do usuário.

São, portanto, quando muito, atividades-meio, que viabilizam o fornecimento da energia elétrica (atividade-fim) pelas geradoras aos consumidores finais, motivo pelo qual não há como se vislumbrar a possibilidade de estarem abrangidas pela campo de incidência da referida exação.

Afinal, nesses contratos "não ocorre transferência de mercadorias, nem mesmo caracteriza-se compra e venda de produtos, *mas tão somente a concessão dos equipamentos de distribuição de energia elétrica*" [grifou-se] (TJ/MG, AC n. 1.0024.05.784015-9/003, Desa. Vanessa Verdolim Hudson Andrade).

Nesse sentido, ainda do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, acrescentem-se os seguintes precedentes:

> "ICMS - BASE DE CÁLCULO - TARIFA DO SISTEMA DE USO E DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - ENCARGOS DE CONEXÃO - DESCABIMENTO.
>
> "A base de cálculo do ICMS é formada pelo valor da operação relativa à circulação da mercadoria ou pelo preço do respectivo serviço prestado, hipótese na qual não se enquadra a tarifa de uso do sistema de distribuição nem os encargos de conexão. *A tarifa pelo uso do sistema de distribuição não é paga pelo consumo de energia elétrica, mas pela disponibilização das redes de transmissão de energia. Assim, com os encargos de conexão, não se pode admitir que a referida*

> *tarifa seja incluída na base de cálculo do ICMS, uma vez que estes não presumem a circulação de mercadorias ou de serviços.* A base de cálculo do ICMS deve se restringir à energia consumida, não abrangendo as tarifas de uso pelo sistema de transmissão e de distribuição de energia elétrica. Na execução do CUSD não ocorre a circulação de energia elétrica possível de ensejar a incidência de ICMS" [grifou-se] (AC n. 1.0024.05.800475-5/001, Des. Dárcio Lopardi Mendes).
>
> "TRIBUTÁRIO - APELAÇÃO CÍVEL - ENERGIA ELÉTRICA - UTILIZAÇÃO DE LINHAS DE TRANSMISSÃO E DE DISTRIBUIÇÃO - INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE O VALOR REFERENTE À TARIFA DE USO DOS SISTEMAS DE DISTRIBUIÇÃO (TUSD) - DESCABIMENTO - INEXISTÊNCIA DE OPERAÇÃO MERCANTIL - APELO PROVIDO.
>
> "Inexistindo o fato imponível para a tributação, não há que se falar em incidência de ICMS sobre a tarifação do uso das linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica, que *apenas pode incidir na hipótese de entrega do produto (fato gerador) ou sobre a circulação, no caso, da energia que tenha entrado no estabelecimento"* [grifou-se] (AC n. 1.0024.05.811267-3/002, Des. Barros Levenhagem).

Ante o descabimento da incidência do ICMS sobre as Tarifas de Uso dos Sistemas de Distribuição (TUSD) e de Transmissão (TUST), merece acolhimento, nesse ponto, o inconformismo da empresa recorrente.

2.4 Por não significar, da mesma forma, circulação de mercadoria--energia elétrica, irretocável a decisão apelada ao reconhecer o descabimento da incidência do ICMS sobre o denominado encargo de serviço do sistema (ESS).

A verba nada mais significa do que encargo tarifário, não se tratando de energia elétrica vendida ou colocada à disposição, de forma a ser inapta à incidência do ICMS.

3 Persiste, contudo, a problemática acerca da possibilidade de a empresa demandante discutir a falta de higidez da cobrança levada a efeito pelo Estado de Santa Catarina.

Sobre a questão, não se ignora o entendimento recentemente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, em recurso julgado sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, no sentido de ser a parte autora ilegítima para figurar no polo ativo da presente demanda.

Eis a síntese do precedente da Corte Superior:

> "PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. IPI. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. DISTRIBUIDORAS DE BEBIDAS. CONTRIBUINTES DE FATO. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. SUJEIÇÃO PASSIVA APENAS DOS FABRICANTES (CONTRIBUINTES DE DIREITO). RELEVÂNCIA DA REPERCUSSÃO ECONÔMICA DO TRIBUTO APENAS PARA FINS DE CONDICIONAMENTO DO EXERCÍCIO DO DIREITO SUBJETIVO DO CONTRIBUINTE *DE JURE* À RESTITUIÇÃO (ARTIGO 166, DO CTN). LITISPENDÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356/STF. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. APLICAÇÃO.
>
> "1. O 'contribuinte de fato' (*in casu*, distribuidora de bebida) não detém legitimidade ativa *ad causam* para pleitear a restituição do indébito relativo ao IPI incidente sobre os descontos incondicionais, recolhido pelo 'contribuinte de direito' (fabricante de bebida), por não integrar a relação jurídica tributária pertinente.
>
> "2. O Código Tributário Nacional, na seção atinente ao pagamento indevido, preceitua que:
>
> " 'Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:
>
> " 'I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

" 'II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

" 'III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

" 'Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.'

"3. Conseqüentemente, é certo que o recolhimento indevido de tributo implica na obrigação do Fisco de devolução do indébito ao contribuinte detentor do direito subjetivo de exigi-lo.

"4. Em se tratando dos denominados 'tributos indiretos' (aqueles que comportam, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro), a norma tributária (artigo 166, do CTN) impõe que a restituição do indébito somente se faça ao contribuinte que comprovar haver arcado com o referido encargo ou, caso contrário, que tenha sido autorizado expressamente pelo terceiro a quem o ônus foi transferido.

"5. A exegese do referido dispositivo indica que: '...o art. 166, do CTN, embora contido no corpo de um típico veículo introdutório de norma tributária, veicula, nesta parte, norma específica de direito privado, que atribui ao terceiro o direito de retomar do contribuinte tributário, apenas nas hipóteses em que a transferência for autorizada normativamente, as parcelas correspondentes ao tributo indevidamente recolhido: Trata-se de norma privada autônoma, que não se confunde com a norma construída da interpretação literal do art. 166, do CTN. É desnecessária qualquer autorização do contribuinte de fato ao de direito, ou deste àquele. Por sua própria conta, poderá o contribuinte de fato postular o indébito, desde que já recuperado pelo contribuinte de direito junto ao Fisco. No entanto, note-se que o contribuinte de fato não poderá acionar diretamente o Estado, por não ter com este nenhuma relação jurídica. Em suma: o direito subjetivo à repetição do indébito pertence exclusivamente ao denominado contribuinte de direito. Porém, uma vez recuperado o indébito por este junto ao Fisco, pode o contribuinte de fato, com

base em norma de direito privado, pleitear junto ao contribuinte tributário a restituição daqueles valores. A norma veiculada pelo art. 166 não pode ser aplicada de maneira isolada, há de ser confrontada com todas as regras do sistema, sobretudo com as veiculadas pelos arts. 165, 121 e 123, do CTN. Em nenhuma delas está consignado que o terceiro que arque com o encargo financeiro do tributo possa ser contribuinte. Portanto, só o contribuinte tributário tem direito à repetição do indébito. Ademais, restou consignado alhures que o fundamento último da norma que estabelece o direito à repetição do indébito está na própria Constituição, mormente no primado da estrita legalidade. Com efeito a norma veiculada pelo art. 166 choca-se com a própria Constituição Federal, colidindo frontalmente com o princípio da estrita legalidade, razão pela qual há de ser considerada como regra não recepcionada pela ordem tributária atual. E, mesmo perante a ordem jurídica anterior, era manifestamente incompatível frente ao Sistema Constitucional Tributário então vigente.' (Marcelo Fortes de Cerqueira, in 'Curso de Especialização em Direito Tributário - Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho', Coordenação de Eurico Marcos Diniz de Santi, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, págs. 390/393)

"6. Deveras, o condicionamento do exercício do direito subjetivo do contribuinte que pagou tributo indevido (contribuinte de direito) à comprovação de que não procedera à repercussão econômica do tributo ou à apresentação de autorização do 'contribuinte de fato' (pessoa que sofreu a incidência econômica do tributo), à luz do disposto no artigo 166, do CTN, não possui o condão de transformar sujeito alheio à relação jurídica tributária em parte legítima na ação de restituição de indébito.

"7. À luz da própria interpretação histórica do artigo 166, do CTN, dessume-se que somente o contribuinte de direito tem legitimidade para integrar o pólo ativo da ação judicial que objetiva a restituição do 'tributo indireto' indevidamente recolhido (Gilberto Ulhôa Canto, 'Repetição de Indébito', in Caderno de Pesquisas Tributárias, nº 8, p. 2-5, São Paulo, Resenha Tributária, 1983; e Marcelo Fortes de Cerqueira, in 'Curso de Especialização em Direito Tributário - Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho', Coordenação de Eurico Marcos Diniz de Santi, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, págs. 390/393).

"8. É que, na hipótese em que a repercussão econômica decorre da natureza da exação, 'o terceiro que suporta com o ônus econômico do tributo não participa da relação jurídica tributária, razão suficiente para que se verifique a impossibilidade desse terceiro vir a integrar a relação consubstanciada na prerrogativa da repetição do indébito, não tendo, portanto, legitimidade processual' (Paulo de Barros Carvalho, in 'Direito Tributário - Linguagem e Método', 2ª ed., São Paulo, 2008, Ed. Noeses, pág. 583).

"9. *In casu*, cuida-se de mandado de segurança coletivo impetrado por substituto processual das empresas distribuidoras de bebidas, no qual se pretende o reconhecimento do alegado direito líquido e certo de não se submeterem à cobrança de IPI incidente sobre os descontos incondicionais (artigo 14, da Lei 4.502/65, com a redação dada pela Lei 7.798/89), bem como de compensarem os valores indevidamente recolhidos àquele título.

"10. Como cediço, em se tratando de industrialização de produtos, a base de cálculo do IPI é o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria do estabelecimento industrial (artigo 47, II, 'a', do CTN), ou, na falta daquele valor, o preço corrente da mercadoria ou sua similar no mercado atacadista da praça do remetente (artigo 47, II, "b", do CTN).

" '11. A Lei 7.798/89, entretanto, alterou o artigo 14, da Lei 4.502/65, que passou a vigorar com a seguinte redação:

" 'Art. 14. Salvo disposição em contrário, constitui valor tributável:

" '(...)

" 'II - quanto aos produtos nacionais, o valor total da operação de que decorrer a saída do estabelecimento industrial ou equiparado a industrial.

" '§ 1º. O valor da operação compreende o preço do produto, acrescido do valor do frete e das demais despesas acessórias, cobradas ou debitadas pelo contribuinte ao comprador ou destinatário.

" '§ 2º. Não podem ser deduzidos do valor da operação os descontos, diferenças ou abatimentos, concedidos a qualquer título, ainda que incondicionalmente. (...)'

" '12. Malgrado as Turmas de Direito Público venham assentando a incompatibilidade entre o disposto no artigo 14, § 2º, da Lei 4.502/65, e o artigo 47, II, "a", do CTN (indevida ampliação do conceito de valor da operação, base de cálculo do IPI, o que gera o direito à restituição do indébito), o estabelecimento industrial (in casu, o fabricante de bebidas) continua sendo o único sujeito passivo da relação jurídica tributária instaurada com a ocorrência do fato imponível consistente na operação de industrialização de produtos (artigos 46, II, e 51, II, do CTN), sendo certo que a presunção da repercussão econômica do IPI pode ser ilidida por prova em contrário ou, caso constatado o repasse, por autorização expressa do contribuinte de fato (distribuidora de bebidas), à luz do artigo 166, do CTN, o que, todavia, não importa na legitimação processual deste terceiro.

"13. *Mutatis mutandis*, é certo que:

" '1. Os consumidores de energia elétrica, de serviços de telecomunicação não possuem legitimidade ativa para pleitear a repetição de eventual indébito tributário do ICMS incidente sobre essas operações.

" '2. A caracterização do chamado contribuinte de fato presta-se unicamente para impor uma condição à repetição de indébito pleiteada pelo contribuinte de direito, que repassa o ônus financeiro do tributo cujo fato gerador tenha realizado (art. 166 do CTN), mas não concede legitimidade *ad causam* para os consumidores ingressarem em juízo com vistas a discutir determinada relação jurídica da qual não façam parte.

" '3. Os contribuintes da exação são aqueles que colocam o produto em circulação ou prestam o serviço, concretizando, assim, a hipótese de incidência legalmente prevista.

"4. Nos termos da Constituição e da LC 86/97, o consumo não é fato gerador do ICMS.

"5. Declarada a ilegitimidade ativa dos consumidores para pleitear a repetição do ICMS.' (RMS 24.532/AM, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 26.08.2008, DJe 25.09.2008)

"14. Conseqüentemente, revela-se escorreito o entendimento exarado pelo acórdão regional no sentido de que 'as empresas dis-

> tribuidoras de bebidas, que se apresentam como contribuintes de fato do IPI, não detém legitimidade ativa para postular em juízo o creditamento relativo ao IPI pago pelos fabricantes, haja vista que somente os produtores industriais, como contribuintes de direito do imposto, possuem legitimidade ativa'.
>
> "15. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008" [grifou-se] (REsp n. 903394/AL, Min. Luiz Fux, 1ª Seção, 24.03.2010).

No mesmo sentido, acrescente-se o seguinte precedente ainda do Superior Tribunal de Justiça:

> "TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. DEMANDA CONTRATADA DE POTÊNCIA ELÉTRICA. CONSUMIDOR FINAL. CONTRIBUINTE DE FATO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.
>
> "1. Embargos de divergência pelos quais a contribuinte busca a solução do alegado dissenso jurisprudencial interno acerca da (i) legitimidade ativa do consumidor final para questionar a incidência do ICMS sobre a demanda de potência de energia elétrica contratada e não consumida, bem como para pleitear sua restituição.
>
> "2. Aplica-se aos casos em que se discute a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de potência elétrica a orientação fixada por esta Corte, por ocasião do julgamento REsp n. 903.394/AL sob o rito do art. 543-C do CPC, no sentido de que apenas o contribuinte de direito tem legitimidade ativa *ad causam* para demandar judicialmente a restituição de indébito referente a tributos indiretos.
>
> "3. Na hipótese específica do ICMS incidente sobre a energia e potência elétrica, as Turmas que compõem a Primeira Seção afastaram o entendimento de que o consumidor final poderia ser considerado como contribuinte de direito nas operações internas, tendo em vista o disposto no artigo 4º, *caput*, da LC 87/1996, segundo o qual são contribuintes, nas operações internas com energia elétrica, aqueles que a fornecem.
>
> "4. Assim, consolidou-se a orientação de que o consumidor final do serviço de energia elétrica, na condição de contribuinte de fato, é parte ilegítima para discutir a incidência do ICMS sobre a demanda

> contratada de energia elétrica ou para pleitear a repetição do tributo mencionado. Precedentes.
>
> "5. Embargos de divergência não providos" (EREsp n. 1192624/MG, Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, j. 8.6.2011).

Nota-se que ambos os julgados sustentam, de acordo com a interpretação dada ao art. 166 do Código Tributário Nacional, o posicionamento segundo o qual o contribuinte de fato, por não estar, a rigor, inserido na relação jurídica tributária do ICMS, não detém legitimidade para postular em juízo a restituição de indébito concernentes a tributos indiretos. Esse papel, de acordo com o entendimento da Corte Superior, deve ser desempenhado única e exclusivamente pelo contribuinte de direito (no caso, pela Celesc), detentor do direito subjetivo de exigir a devolução do imposto recolhido indevidamente.

Àquele que suportou o encargo financeiro da exação, portanto, resta o caminho único de demandar o contribuinte de direito, segundo as regras de direito privado. Esse direito, ademais, ficaria condicionado à prévia recuperação por parte deste último, junto ao Fisco, do valor recolhido indevidamente.

Os julgados supramencionados da Corte Superior, no entanto, simplesmente ignoram as especificidades do caso vertente, em se tratanto, repita-se, de incidência do ICMS sobre o fornecimento de energia elétrica.

3.1 Conforme exaustivamente tratado nos itens anteriores, o nascimento do ICMS, na hipótese, somente ocorre – aspecto temporal da regra matriz do tributo – quando da saída da mercadoria (Lei Complementar n. 87/96, art. 12, I; Lei n. 10.297/96, art. 4º, I), "na espécie, *quando a energia elétrica é efetivamente consumida pelo contribuinte*" [grifou-se] (AgRg no REsp n. 1.135.984, Min. Humberto Martins).

Nessa perspectiva, certo é que a distribuidora, por não realizar qualquer operação mercantil, não guarda relação direta e pessoal com o

fato gerador do tributo, motivo pelo qual não se enquadra na concepção de contribuinte (de direito/direto), estatuída pelo art. 121, I, do Código Tributário Nacional:

> "Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.
>
> "Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:
>
> "I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;
>
> "II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei" (grifou-se).

Por dedução lógica, se a distribuidora não é contribuinte, deve ser reputada como responsável, segundo as disposições constantes da legislação de regência.

E foi exatamente isso o que determinou o próprio Legislador Constituinte, ao estatuir, no art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o que segue:

> "§ 9º - Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre a energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação" (grifou-se).

O mesmo tratamento foi reproduzido pela Lei Complementar n. 87/96:

> "Art. 6º Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário.

> "§ 1º A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.
>
> "§ 2º A atribuição de responsabilidade dar-se-á em relação a mercadorias, bens ou serviços previstos em lei de cada Estado. Lcp114.htm
>
> "[...]
>
> "Art. 9º A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.
>
> "§ 1º A responsabilidade a que se refere o art. 6º poderá ser atribuída:
>
> "[...]
>
> "II - às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, pelo pagamento do imposto, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação" (grifou-se).

A legislação local, aliás, foi até mais taxativa, ao considerar as distribuidoras e geradoras, conforme o caso, substitutas tributárias:

> "Art. 39. Consideram-se também contribuintes substitutos:
>
> "I - o contribuinte que realizar operação interestadual com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, em relação às operações subseqüentes;
>
> "II - as empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, quanto ao pagamento do imposto, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final.
>
> "Parágrafo único. Nas operações interestaduais com as mercadorias referidas neste artigo, o remetente fica responsável pelo pagamento do imposto incidente na operação que tenha como destinatário

> consumidor final localizado neste Estado" [grifou-se] (Lei Estadual n. 10.297/96).

Daí surge o equívoco central do julgado do Superior Tribunal de Justiça, na medida em que a distribuidora não é (e jamais será) a contribuinte de direito nas operações de fornecimento de energia elétrica.

Diante da dificuldade de se enxergar a forma de sujeição passiva do tributo neste caso, justamente em face das singularidades desse tipo de operação de circulação de "mercadoria", a doutrina considera as distribuidoras como responsáveis por dívida alheia, ou seja, responsáveis pela dívida dos próprios consumidores finais.

Nesse sentido é a lição de Roque Antônio Carrazza:

> "*Embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas.*
>
> "*O consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionárias ou permissionárias). De fato, só de pode* consumir *uma energia elétrica anteriormente* produzida *e* distribuída.
>
> "*A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não se equipara a um comerciante atacadista, que revende, ao varejista ou ao consumidor final, mercadorias de seu estoque.*
>
> "*É que a energia elétrica não configura bem suscetível de ser 'estocado', para ulterior revenda aos interessados.*
>
> "*Em boa verdade científica, só há falar em operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica, passível de tributação por meio do ICMS, no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade).*
>
> "*Logo, o* ICMS-Energia Elétrica *levará em conta todas as fases anteriores que tornaram possível o consumo da energia elétrica. Estas fases anteriores, entretanto, não são dotadas de autonomia apta a ensejar incidências isoladas, mas* apenas uma*, tendo por único sujeito passivo o consumidor final*.

"*A distribuidora, conquanto importante neste contexto, não é – e nem pode vir a ser – contribuinte do imposto, justamente porque, a rigor, não pratica qualquer operação mercantil, mas apenas viabiliza, nos termos acima expostos. Obviamente, a distribuidora de energia elétrica é passível de tributação por via do ICMS quando consome, para uso próprio, esta* mercadoria. *Não, porém, quando se limita a* interligar a fonte produtora ao consumidor final. *Este é que é o* sujeito passivo *da obrigação tributária, na condição de* contribuinte de direito *e, ao mesmo tempo, de* contribuinte de fato.

"*O elo existente entre a usina geradora e a empresa distribuidora não tipifica, para fins fiscais,* operação autônoma *de circulação de energia elétrica. É, na verdade, o meio necessário à prestação de um único serviço público, ao consumidor final, abrindo espaço à cobrança, junto a este, de um único ICMS*.

"*Esta idéia foi abonada pelo próprio constituinte, quando, no já mencionado art. 34, § 9º, do ADCT, estatuiu que as empresas distribuidoras 'serão responsáveis' pelo pagamento do ICMS, 'desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final' – no mesmo sentido a Lei Complementar 87/1996, em seu art. 9º, §1º, II. De que ICMS? O único devido, pela operação praticada: a que levou – por intermédio da distribuidora – a energia elétrica, da fonte produtora ao consumidor final.*

"*Enfatize-se que este tributo incide sobre a realização de operações relativas à circulação de energia elétrica (que, tornamos a dizer, pelo menos para fins tributários, foi havida pela Constituição como modalidade de mercadoria). E tal circulação só pode ser jurídica; não meramente física.*

"*Não se desconhece que cada etapa deste* inter *acrescenta riquezas novas, isto é, aumenta o* custo *da energia elétrica fornecida ao consumidor final. Mas isto só repercute na base de cálculo do ICMS, que será, a teor do dispositivo transitório em exame,* o preço então praticado na operação final.

"*Com isto estamos enfatizando que tal tributação, em face das peculiaridades que cercam o fornecimento de energia elétrica, só é juridicamente possível no momento em que a energia elétrica, por força de relação contratual,* sai do estabelecimento do fornecedor, sendo consumida.

"III – *A distribuidora, ao colocar a energia elétrica à disposição do consumidor final, assume a condição de 'responsável' pelo recolhimento*

> *do ICMS. Melhor explicando, ela, no caso, paga tributo a título alheio, isto é, por conta do consumidor final. Este, na verdade, o contribuinte do ICMS, nas duas concepções possíveis:* contribuinte de direito *(porque integra o pólo passivo da obrigação tributária correspondente) e* contribuinte de fato *(porque suporta a carga econômica do tributo*.
>
> "*Reforçando argumentos já exibidos, a distribuidora 'adianta' o ICMS devido – agora, sim – pelo verdadeiro sujeito passivo: o consumidor final. É, em linguagem mais técnica, responsável tributária, na exata acepção do art. 121, parágrafo único, II, do CTN*.
>
> "*Pelas mesmas razões, a empresa geradora de energia elétrica não é* contribuinte de direito *do ICMS em questão: simplesmente viabiliza a realização da operação tributada, que ocorre – insistimos – quando o consumidor final utiliza,* de modo regular*, a energia elétrica que lhe é disponibilizada.*
>
> "*Observamos, ademais, que, embora isto não seja usual, nada impediria que o complexo 'geração/distribuição' de energia elétrica se concentrasse numa só pessoa. E, neste caso, ninguém sustentaria, por absurda, a tese da* duplicidade *da incidência do ICMS.*
>
> "*Vai daí que a empresa distribuidora, quando distinta da usina geradora (hipótese mais comum), não paga ICMS a título próprio, mas sim nos termos acima expostos*" (ICMS. 10 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 213- 216).

Por uma questão de política fiscal (de facilidade na arrecadação do tributo), portanto, entendeu por bem o legislador eleger as distribuidoras como responsáveis pelo recolhimento do tributo, obrigação que deveria, a rigor, ser suportada pelas produtoras de energia elétrica ou mesmo pelo próprio consumidor final.

Como bem destacado pelo eminente Ministro Teori Albino Zavascki, "*seja qual for o* nomen juris *que se dê àquele que arrecada ao Fisco, seguindo instruções deste, no mais das vezes sob pena de responsabilidade pessoal, tributo cujo ônus é suportado por terceiro, certa é a absoluta neutralidade ou indiferença frente à exigência tributári*a" (REsp n. 809753/PR).

Nessa perspectiva, motivos não há para inviabilizar-se o consumidor final – que, em último plano, é quem suporta, por certo, o tributo – em discutir em juízo a higidez da exação (ou mesmo de sua repetição/compensação) tão e simplesmente diante do contido no art. 166 do Código Tributário Nacional. Até mesmo porque, nesse caminhar, chegar-se-ia a absurda situação de total inviabilidade de discutir-se em juízo a questão.

Tão ilógico é esse cenário que o próprio Superior Tribunal de Justiça, em julgados posteriores àquele representativo de controvérsia, reconheceu (inclusive por meio de sua Primeira Seção) o descabimento da cobrança da exação ao consumidor final sem ater-se à sua ilegitimidade passiva:

> "TRIBUTÁRIO. ICMS. DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. 'SERVIÇO DE TRANSPORTE DE MERCADORIA'. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA NA TRANSMISSÃO DA ENERGIA ELÉTRICA. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 166/STJ - PRECEDENTES - SÚMULA 83/STJ .
>
> "1. Inexiste previsão legal para a incidência de ICMS sobre o serviço de 'transporte de energia elétrica', denominado no Estado de Minas Gerais de TUST (Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica) e TUSD (Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica).
>
> "2. 'Embora equiparadas às operações mercantis, as operações de consumo de energia elétrica têm suas peculiaridades, razão pela qual o fato gerador do ICMS ocorre apenas no momento em que a energia elétrica sai do estabelecimento do fornecedor, sendo efetivamente consumida. Não se cogita acerca de tributação das operações anteriores, quais sejam, as de produção e distribuição da energia, porquanto estas representam meios necessários à prestação desse serviço público' (AgRg no REsp 797.826/MT, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 3.5.2007, DJ 21.6.2007, p. 283).
>
> "3. O ICMS sobre energia elétrica tem como fato gerador a circulação da 'mercadoria', e não do 'serviço de transporte' de transmissão e distribuição de energia elétrica. Assim sendo, no 'transporte de energia elétrica" incide a Súmula 166/STJ, que determina não constituir "fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mer-

cadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte'. Agravo regimental improvido" (AgRg no REsp n. 1135984/MG, Min. Humberto Martins, Segunda Turma, 4.3.2011).

"TRIBUTÁRIO. DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA. RECURSO REPETITIVO.

"1. A matéria ficou pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, na sessão realizada em 11.3.2009, por ocasião do julgamento do recurso especial 960476/SC, em que se firmou o entendimento de que 'para efeito de base de cálculo de ICMS (tributo cujo fato gerador supõe o efetivo consumo de energia), o valor da tarifa a ser levado em conta é o correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento, como tal considerada a demanda medida, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução ANEEL 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada'.

"2. Súmula 391/STJ: 'O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada'.

"Agravo regimental improvido" [grifou-se] (AgRg no REsp n. 1191247/MG, Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 3.5.2011).

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FUNGIBILIDADE RECURSAL. EMBARGOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO SOBRE A DEMANDA DE POTÊNCIA EFETIVAMENTE UTILIZADA. SÚMULA 391/STJ.

"1. 'O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada' (Súmula 391/STJ).

"2. Cumpre esclarecer que a decisão de fls. 260/262 proveu parcialmente o recurso especial, ficando consignado que 'o valor correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento deve ser levado em conta para efeito de base de cálculo do ICMS'.

"3. A pretensão do Estado da Bahia, no sentido de que o ICMS deve incidir 'sobre toda a demanda contratada', não encontra amparo na jurisprudência da Primeira Seção desta Corte.

"4. Agravo regimental não provido" (EDcl nos EDcl no Ag n. 13677418/BA, Min. Mauro Campbell, j. 9.5.2011).

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. FATO JURÍDICO ENSEJADOR DA TRIBUTAÇÃO (EFETIVO CONSUMO E NÃO A DEMANDA RESERVADA/CONTRATADA DE POTÊNCIA). BASE DE CÁLCULO (VALOR DA TARIFA CORRESPONDENTE A DEMANDA CONSUMIDA E NÃO SOBRE A CONTRATADA). SÚMULA 391/STJ. JULGAMENTO, PELA PRIMEIRA SEÇÃO, DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (RESP 960.476/SC).

"1. O ICMS incide sobre o valor da operação correspondente à efetiva circulação da energia elétrica (valor da energia elétrica efetivamente consumida, vale dizer: a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa), razão pela qual a demanda de potência contratada/reservada não integra a base de cálculo do tributo (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 960.476/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 11.03.2009, DJe 13.05.2009).

"2. Isto porque:

" 'É importante atentar para a definição de demanda contratada: é a demanda de potência ativa, expressa em quilowatts (kW), a ser 'disponibilizada pela concessionária' ao consumidor, 'conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento', que pode ou não ser 'utilizada durante o período de faturamento'. Demanda de potência contratada, bem se vê, não é demanda utilizada, e, se não representa demanda de potência elétrica efetivamente utilizada, não representa energia gerada e muito menos que tenha circulado. A simples disponibilização da potência elétrica no ponto de entrega, ainda que gere custos com investimentos e prestação de serviços para a concessionária, pode constituir - e efetivamente constitui – fato gerador da tarifa do serviço público de energia, mas certamente não

constitui fato gerador do ICMS, que tem como pressuposto indispensável a efetiva geração de energia, sem a qual não há circulação. Ora, é fenômeno da realidade física, já se disse, que não há geração de energia elétrica sem que haja consumo. Daí o acerto, mais uma vez, da jurisprudência do STJ: a demanda de potência de energia simplesmente contratada ou mesmo disponibilizada, mas ainda não utilizada, não está sujeita à incidência de ICMS, porque o contrato ou a disponibilização, por si sós, não constituem o fato gerador desse tributo. Entretanto, isso não significa dizer que o ICMS jamais pode incidir sobre a tarifa correspondente à demanda de potência elétrica. Tal conclusão não está autorizada pela jurisprudência do Tribunal. O que a jurisprudência afirma é que nas operações de energia elétrica o fato gerador do ICMS não é a simples contratação da energia, mas sim o seu efetivo consumo. Por isso se afirma que, relativamente à demanda de potência, a sua simples contratação não constitui fato gerador do imposto. Não se nega, todavia, que a potência elétrica efetivamente utilizada seja fenômeno incompatível ou estranho ao referido fato gerador. Pelo contrário, as mesmas premissas teóricas que orientam a jurisprudência do STJ sobre o contrato de demanda, levam à conclusão (retirada no mínimo *a contrario sensu*) de que a potência elétrica, quando efetivamente utilizada, é parte integrante da operação de energia elétrica e, como tal, compõe sim o seu fato gerador. Do que até aqui se expôs, é evidente a importância de fazer a devida distinção entre demanda de potência contratada e demanda de potência efetivamente utilizada. Assim como a energia ativa (que, tecnicamente, é medida e expressa quantidade de quilowatts-hora (kWh) (Resolução ANEEL 456/2000, art. 2º XII), também a potência elétrica utilizada no consumo está sujeita a medição, que, tecnicamente, se expressa em quilowatts - (kW) (art. 2º, XXVII). (...) Verifica-se, do acima exposto, que, segundo o sistema vigente, o faturamento mensal da energia é proporcional à quantidade do consumo, devendo cada um dos elementos que compõem a tarifa ser especificamente discriminado na fatura. Todavia, nos casos em que se aplica a tarifação binômia (consumidores com maior demanda de potência elétrica), um dos elementos do valor unitário da tarifa é fixado levando em consideração, entre outros fatores, a demanda contratada de potência, salvo se esta for menor que a demanda medida, ou seja, salvo quando há demanda de ultrapassagem. Se os limites contratados forem excedidos, 'sobre a parcela da demanda medida que superar a respectiva demanda contratada,

será aplicada a tarifa de ultrapassagem (...)' (art. 56 da Resolução ANEEL 456/2000), assim definida no inciso XXXVII do art. 2º: 'XXXVII - Tarifa de ultrapassagem: tarifa aplicável sobre a diferença positiva entre a demanda medida e a contratada, quando exceder os limites estabelecidos'. Fica identificado, assim, o ponto central da controvérsia, que consiste, no fundo, em saber se, para efeito de composição da tarifa de energia elétrica aplicável sobre o consumo ocorrido no período de faturamento, é legítima a adoção do valor correspondente à demanda simplesmente contratada, caso este seja inferior ao da demanda medida (quando é superior, já se viu, o cálculo é feito pela demanda medida, com aplicação da tarifa de ultrapassagem); ou se, ao contrário, a fixação deve se dar sempre com base no valor da demanda elétrica efetivamente medida. Ora, por tudo o que se viu, o modo de cálculo que leva em consideração o valor da demanda simplesmente contratada pode ser legítimo para efeito de fixação da tarifa do serviço público de energia. Todavia, para efeito de base de cálculo de ICMS, que supõe sempre o efetivo consumo, a fixação do valor da tarifa de energia deve levar em conta a demanda de potência efetivamente utilizada, como tal considerada a demanda medida no correspondente período de faturamento, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução ANEEL 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada.

" '(...)

" '... a demandante dá a entender que seria ilegítima a cobrança de ICMS sobre todo e qualquer valor relacionado a demanda reservada de potência, o que, conforme se viu, não procede. Com efeito, é perfeitamente legítima a incidência do tributo sobre o valor da tarifa correspondente à demanda reservada de potência contratada e efetivamente consumida. O que é ilegítima, repita-se, é a incidência de ICMS sobre a parcela correspondente à demanda reservada de potência simplesmente contratada mas não utilizada pelo consumidor. (...) Em suma: o pedido da impetrante deve ser acolhido em parte, para reconhecer indevida a incidência de ICMS sobre a parcela correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada." (REsp 960.476/SC)

"3. A aludida jurisprudência restou cristalizada na Súmula 391/STJ, verbis: 'O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.'

"4. In casu:

"(i) o acórdão regional concedeu a segurança pleiteada, para 'declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a empresa impetrante ao recolhimento do ICMS sobre a reserva de potência, e, por conseqüência, determinar à autoridade impetrada que se abstenha de proceder à cobrança de ICMS sobre a demanda no contrato nº 855376415'; e (ii) a negativa de seguimento do recurso especial motivou a interposição do agravo regimental, no qual se aduziu que o apelo extremo deveria ter sido parcialmente provido, uma vez que a Primeira Seção não afastou a incidência do ICMS sobre o valor correspondente à demanda contratada de potência efetivamente utilizada.

"5. Conseqüentemente, merece reforma o acórdão embargado, uma vez necessário o provimento parcial do recurso especial, a fim de restringir a concessão da segurança pleiteada, ante o reconhecimento de que indevida a incidência do ICMS sobre a parcela correspondente à demanda reservada de potência contratada mas não utilizada pelo consumidor, remanescendo a incidência do tributo sobre o valor da tarifa correspondente à demanda reservada de potência efetivamente consumida.

"6. Embargos de divergência providos" (EREsp n. 1071338/RN, Min. Luiz Fux, Primeira Seção, j. 23.2.2011).

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO. ENUNCIADO N. 391 DA SÚMULA DESTA CORTE. ICMS. DEMANDA CONTRATADA E DEMANDA UTILIZADA.

"- Inviável o agravo regimental porque traz argumentação relativa ao conteúdo do contrato firmado com a agravada que não foi objeto de exame no acórdão do Tribunal de origem, ensejando discussão de circunstâncias fáticas e jurídicas não prequestionadas.

"- Aplicação dos enunciados n. 5 e 7 das Súmulas desta Corte e manutenção do entendimento de que 'o ICMS incide sobre o valor

> da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada' (enunciado n. 391 da Súmula desta Corte).
>
> "Agravo regimental improvido" (AgRg no Ag n. 1319189/TO, Min. Cesar Asfor Rocha, j. 16.12.2010).

Se é o consumidor final quem desembolsa o valor referente ao tributo, percebe-se, aliás, justamente nos termos do art. 166 do Código Tributário Nacional, que detém ele plena legitimidade para perseguir em juízo a sua cessão e consequente restituição, ou mesmo compensação, se assim houver autorização legislativa.

E mais, ainda nas palavras judiciosas do Ministro Teori Albino Zavascki: "*somente o Fisco credor é quem pode e deve sofrer os efeitos de eventual condenação, porque é ele o único titular das prestações contra as quais se insurge a autora. Com efeito, a distribuidora não teria como, por decisão sua, atender ao pedido de exclusão do montante relativo à operação de demanda contratada*", por exemplo, "*da base imponível do ICMS, já que se trata de exigência imposta não por ela, mas sim pela Fazenda. Da mesma forma, não poderia – e nem havia como exigir que o fizesse – restituir ao consumidor final da energia elétrica os valores recebidos a esse título e que foram imediatamente repassados ao Estado*" [grifou-se] (REsp n. 809753/PR).

Diante de todo o exposto, portanto, há de se considerar a autora parte legítima para discutir a higidez da cobrança perpetrada pelo Fisco, assim como a compensação dos valores indevidamente recolhidos.

Nesse passo, não merece guarida o inconformismo do Estado de Santa Catarina, devendo permanecer incólume, no ponto, a bem lançada sentença.

4 O direito à compensação perseguida pela impetrante, por outro lado, não é admissível.

Esse direito, apesar de assegurado pelos arts. 170 e 170-A do Código Tributário Nacional, está condicionado à autorização legislativa do ente político tributante.

No caso do ICMS, a Lei Estadual n. 10.297/96 tão somente prevê o que segue:

> "Art. 26. O contribuinte, independentemente de prévia autorização do Fisco, poderá creditar-se do imposto indevidamente pago, em virtude de erro de fato, ocorrido na escrituração dos livros fiscais ou no preenchimento de documento de arrecadação, observado o disposto no regulamento".

Na hipótese vertente, contudo, o recolhimento indevido do tributo não se deu em função de erro de fato, o que afasta, por completa, as disposições do referido preceito legal.

Ademais, o creditamento do ICMS a que se refere o art. 20 da Lei Complementar n. 87/96 não se confunde com a compensação, modalidade de extinção do crédito tributário, definida no aludido art. 170 do Código Tributário Nacional, razão pela qual não é aqui aplicável.

5 Ante o exposto, nego provimento ao recurso do Estado de Santa Catarina e dou provimento parcial ao recurso da autora para reformar em parte a sentença e reconhecer a ilegalidade da incidência do ICMS sobre as Tarifas de Uso dos Sistemas de Distribuição (TUSD) e de Transmissão (TUST) e, em sede de reexame necessário, no tocante ao pedido de reconhecimento da ilegalidade da incidência do tributo sobre o encargo de capacidade emergencial, extingo o *writ* com resolução de mérito, nos termos do art. 269, inc. IV, do Código de Processo Civil.

Declaração de voto vencido do Des. Subst. Francisco Oliveira Neto

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. COBRANÇA SOBRE A DEMANDA CONTRATADA, TARIFAS DE USO DOS SISTEMAS DE TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO (TUST E TUSD), ENCARGO DE CAPACIDADE EMERGENCIAL (ECE) E ENCARGO DE SERVIÇOS DO SISTEMA (ESS). PRETENDIDA A INEXIGIBILIDADE E RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO. ILEGITIMIDADE *AD CAUSAM* DO CONTRIBUINTE DE FATO. ORIENTAÇÃO DADA EM RECURSO REPETITIVO PELO STJ. RECURSO DO ESTADO PROVIDO. PREJUDICADOS O RECURSO DA IMPETRANTE E A REMESSA.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, em 8.6.11, o REsp n. 1.192.624/MG, de relatoria do Exmo. Min. Benedito Gonçalves, consolidou o entendimento de que o contribuinte de fato é parte ilegitimidade para figurar no polo ativo de ação que visa a determinar, em relação à energia elétrica, que o ICMS incida apenas sobre a demanda utilizada, e não sobre a contratada, posicionamento que deve ser aplicado também para os casos em que se questiona a incidência do imposto sobre o sistema distribuição de energia elétrica (TUSD).

1. Ousei dissentir da douta maioria, pelas razões que passo a expor:

2. Em 24.3.10, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 903.394/AL, de relatoria do Exmo. Min. Luiz Fux e submetido ao regime de que trata o art. 543-C do CPC, consolidou o entendimento de que o contribuinte de fato é parte ilegitimidade para figurar no polo ativo de ação de repetição de tributos indiretos, como o ICMS. Consignou-se assim na ementa:

> "PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. IPI. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. DISTRIBUIDORAS DE BEBIDAS. CONTRIBUINTES DE FATO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD

CAUSAM. SUJEIÇÃO PASSIVA APENAS DOS FABRICANTES (CONTRIBUINTES DE DIREITO). RELEVÂNCIA DA REPERCUSSÃO ECONÔMICA DO TRIBUTO APENAS PARA FINS DE CONDICIONAMENTO DO EXERCÍCIO DO DIREITO SUBJETIVO DO CONTRIBUINTE DE JURE À RESTITUIÇÃO (ARTIGO 166, DO CTN). LITISPENDÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356/STF. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. APLICAÇÃO.

1. O 'contribuinte de fato' (in casu, distribuidora de bebida) não detém legitimidade ativa ad causam para pleitear a restituição do indébito relativo ao IPI incidente sobre os descontos incondicionais, recolhido pelo 'contribuinte de direito' (fabricante de bebida), por não integrar a relação jurídica tributária pertinente.

2. O Código Tributário Nacional, na seção atinente ao pagamento indevido, preceitua que: 'Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos: I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido; II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento; III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória. Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.'

3. Conseqüentemente, é certo que o recolhimento indevido de tributo implica na obrigação do Fisco de devolução do indébito ao contribuinte detentor do direito subjetivo de exigi-lo.

4. Em se tratando dos denominados 'tributos indiretos' (aqueles que comportam, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro), a norma tributária (artigo 166, do CTN) impõe que a restituição do indébito somente se faça ao contribuinte que

comprovar haver arcado com o referido encargo ou, caso contrário, que tenha sido autorizado expressamente pelo terceiro a quem o ônus foi transferido.

(...)

6. Deveras, o condicionamento do exercício do direito subjetivo do contribuinte que pagou tributo indevido (contribuinte de direito) à comprovação de que não procedera à repercussão econômica do tributo ou à apresentação de autorização do 'contribuinte de fato' (pessoa que sofreu a incidência econômica do tributo), à luz do disposto no artigo 166, do CTN, não possui o condão de transformar sujeito alheio à relação jurídica tributária em parte legítima na ação de restituição de indébito.

7. À luz da própria interpretação histórica do artigo 166, do CTN, dessume-se que somente o contribuinte de direito tem legitimidade para integrar o pólo ativo da ação judicial que objetiva a restituição do 'tributo indireto' indevidamente recolhido (Gilberto Ulhôa Canto, 'Repetição de Indébito', in Caderno de Pesquisas Tributárias, nº 8, p. 2-5, São Paulo, Resenha Tributária, 1983; e Marcelo Fortes de Cerqueira, in 'Curso de Especialização em Direito Tributário - Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho', Coordenação de Eurico Marcos Diniz de Santi, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, págs. 390/393).

8. É que, na hipótese em que a repercussão econômica decorre da natureza da exação, 'o terceiro que suporta com o ônus econômico do tributo não participa da relação jurídica tributária, razão suficiente para que se verifique a impossibilidade desse terceiro vir a integrar a relação consubstanciada na prerrogativa da repetição do indébito, não tendo, portanto, legitimidade processual' (Paulo de Barros Carvalho, in 'Direito Tributário - Linguagem e Método', 2ª ed., São Paulo, 2008, Ed. Noeses, pág. 583).

[...]

13. *Mutatis mutandis*, é certo que: '1. Os consumidores de energia elétrica, de serviços de telecomunicação não possuem legitimidade ativa para pleitear a repetição de eventual indébito tributário do ICMS incidente sobre essas operações. 2. A caracterização do chamado contribuinte de fato presta-se unicamente para impor uma condição à repetição de indébito pleiteada pelo contribuinte de

> direito, que repassa o ônus financeiro do tributo cujo fato gerador tenha realizado (art. 166 do CTN), mas não concede legitimidade ad causam para os consumidores ingressarem em juízo com vistas a discutir determinada relação jurídica da qual não façam parte. 3. Os contribuintes da exação são aqueles que colocam o produto em circulação ou prestam o serviço, concretizando, assim, a hipótese de incidência legalmente prevista. 4. Nos termos da Constituição e da LC 86/97, o consumo não é fato gerador do ICMS. 5. Declarada a ilegitimidade ativa dos consumidores para pleitear a repetição do ICMS.' (RMS 24.532/AM, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 26.08.2008, DJe 25.09.2008)
>
> 14. Conseqüentemente, revela-se escorreito o entendimento exarado pelo acórdão regional no sentido de que 'as empresas distribuidoras de bebidas, que se apresentam como contribuintes de fato do IPI, não detém legitimidade ativa para postular em juízo o creditamento relativo ao IPI pago pelos fabricantes, haja vista que somente os produtores industriais, como contribuintes de direito do imposto, possuem legitimidade ativa'.
>
> 15. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008" (grifou-se).

Esse entendimento também foi aplicado às ações de repetição ajuizadas com o intuito de reaver os valores pagos a título de ICMS cobrados sobre energia elétrica, ao mesmo argumento de que o consumidor de fato não detém legitimidade ativa, tendo em vista que não compete a ele o recolhimento o imposto ao Fisco, com quem, aliás, não possui nenhuma relação jurídica.

Dessa forma, prevaleceu a tese de que o contribuinte de direito é aquele que promove a circulação de mercadorias, nos termos no art. 4º da LC n. 87/96, que trata do ICMS, o qual estabelece que: "*contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior*".

Na sequência, na esteira desse entendimento, tratando-se especificamente do pleito de restrição da incidência do ICMS sobre a demanda de energia elétrica utilizada e não a contratada, considerou-se que *"a legislação tributária indica a concessionária de energia como contribuinte de direito do ICMS. É ela quem promove a circulação da mercadoria para o consumidor, calcula o tributo devido sobre o preço da operação e recolhe-o ao Fisco. Em caso de inadimplemento, é contra a concessionária que será promovida a Execução Fiscal*" (STJ, REsp n. 1.192.624/MG, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, j. 8.6.11), de modo a afastar também a legitimidade ativa do contribuinte de fato - que é justamente a hipótese destes autos - em tais casos.

A ementa contou com a seguinte redação:

> "TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. DEMANDA CONTRATADA DE POTÊNCIA ELÉTRICA. CONSUMIDOR FINAL. CONTRIBUINTE DE FATO. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*.
>
> 1. Embargos de divergência pelos quais a contribuinte busca a solução do alegado dissenso jurisprudencial interno acerca da (i) legitimidade ativa do consumidor final para questionar a incidência do ICMS sobre a demanda de potência de energia elétrica contratada e não consumida, bem como para pleitear sua restituição.
>
> 2. Aplica-se aos casos em que se discute a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de potência elétrica a orientação fixada por esta Corte, por ocasião do julgamento REsp n. 903.394/AL sob o rito do art. 543-C do CPC, no sentido de que apenas o contribuinte de direito tem legitimidade ativa *ad causam* para demandar judicialmente a restituição de indébito referente a tributos indiretos.
>
> 3. Na hipótese específica do ICMS incidente sobre a energia e potência elétrica, as Turmas que compõem a Primeira Seção afastaram o entendimento de que o consumidor final poderia ser considerado como contribuinte de direito nas operações internas, tendo em vista o disposto no artigo 4º, *caput,* da LC 87/1996, segundo o qual são

contribuintes, nas operações internas com energia elétrica, aqueles que a fornecem.

4. Assim, consolidou-se a orientação de que o consumidor final do serviço de energia elétrica, na condição de contribuinte de fato, é parte ilegítima para discutir a incidência do icms sobre a demanda contratada de energia elétrica ou para pleitear a repetição do tributo mencionado. precedentes**.**

5. Embargos de divergência não providos" (grifou-se).

Nesse mesmo norte, daquela Corte:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA APRESENTADO PELO USUÁRIO DO SERVIÇO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.

1. É inviável a aplicação da teoria da encampação quando enseja a ampliação indevida da competência originária do Tribunal de Justiça.

2. Além disso, o usuário do serviço de energia elétrica (consumidor em operação interna), na condição de contribuinte de fato, é parte ilegítima para discutir a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica ou para pleitear a repetição do tributo mencionado.

3. Recurso ordinário não provido" (RMS n. 27.143/PE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 7.4.11);

"TRIBUTÁRIO. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA. CONSUMIDOR EM OPERAÇÃO INTERNA. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*.

1. A Segunda Turma, ao julgar o REsp 928.875/MT na sessão de 11.5.2010, modificou seu entendimento quanto à legitimidade ativa ad causam do consumidor de energia elétrica em relação ao ICMS, à luz do acórdão proferido no REsp 903.394/AL (rel. Min. Luiz Fux), sob o regime dos recursos repetitivos, concernente ao IPI sobre bebidas.

> 2. No caso da energia elétrica, embora o consumidor possa ser considerado contribuinte de fato, jamais o será de direito nas operações internas, pois não promove a circulação do bem, e tampouco há previsão legal nesse sentido.
>
> 3. Agravo Regimental não provido" (AgRg no REsp n. 1077225/RS, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 15.2.11).

Outrossim, aplica-se a mesma premissa, até por dedução lógica, no que se refere à incidência de ICMS às tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição de energia elétrica (TUST e TUSD), como também ao encargo de capacidade emergencial (ECE) e ao encargo de serviço do sistema (ESS), porquanto não há qualquer relação jurídica entre as partes, o que implica ilegitimidade ativa *ad causam* da empresa autora para discutir o indébito.

Por isso, a sentença de procedência deve ser reformada.

3. Sendo assim, a reforma da sentença é medida de rigor, com a consequente imposição das custas à parte vencida.

4. Por conseguinte, o voto é pelo provimento do recurso do Estado, nos termos do art. 267, VI, do CPC, no sentido de reconhecer a ilegitimidade ativa da parte impetrante e, consequentemente, extinguir, sem resolução do mérito, este *mandamus*, condenando-se a vencida ao pagamento das custas, prejudicados o recurso desta e a remessa oficial.

Florianópolis, 1º de dezembro de 2011.

Francisco Oliveira Neto
DESEMBARGADOR SUBSTITUTO

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2008.028677-6, de Orleans

Relator: Des. José Volpato de Souza

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. FALECIMENTO DE GESTANTE E DO FETO POR OCASIÃO DO PARTO.

AGRAVOS RETIDOS. INTERPOSIÇÃO DE TRÊS DESTES RECURSOS. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE ATIVA REPELIDA. DOCUMENTOS QUE EVIDENCIAM A UNIÃO ESTÁVEL DO AUTOR COM A PARTURIENTE. PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL. RECONSIDERAÇÃO DO JUÍZO *A QUO*. DESNECESSIDADE DE REEXAME DESTA QUESTÃO. INSURGÊNCIA QUANTO À POSSIBILIDADE DE SE EFETUAR REPERGUNTAS À RÉ NO MOMENTO DO SEU DEPOIMENTO PESSOAL. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO DESTAS MATÉRIAS. ÚLTIMO RECURSO QUE VISAVA À MANIFESTAÇÃO SOBRE TEMAS QUE NÃO FORAM OBJETO DA DECISÃO GUERREADA. NÃO CONHECIMENTO.

ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. EXEGESE DO ART. 1.545 DO CC/1916. DANO DECORRENTE DE NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA APENAS DA MÉDICA PLANTONISTA QUE REALIZOU O PARTO. CULPA CARACTERIZADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PROFISSIONAL QUE ATENDEU A *DE CUJUS* DURANTE O PRÉ NATAL. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE O ÓBITO TEVE RELAÇÃO

COM O PROCEDIMENTO ADOTADO DURANTE A GESTAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO HOSPITAL. PROFISSIONAL PERTENCENTE AO QUADRO MÉDICO DA INSTITUIÇÃO. ART. 37, § 6º, DA CRFB E ART. 14, *CAPUT*, DO CDC. VALOR DA INDENIZAÇÃO. QUANTIA DESPROPORCIONAL E INADEQUADA ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. REDUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VERBA ARBITRADA DE ACORDO COM OS CRITÉRIOS DO ART. 20, § 3º, DO CPC. MULTA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 538 DO CPC. EXCLUSÃO. CARÁTER MERAMENTE PROTELATÓRIO DO RECURSO NÃO CARACTERIZADO. RECURSO PARCIALMENTE ACOLHIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.028677-6, da comarca de Orleans (1ª Vara), em que são apelantes Fundação Hospitalar Santa Otília e outros, e apelado Leonildo Graci:

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer e negar provimento aos agravos retidos de fls. 184-189 e 263-264 e não conhecer do de fls. 190-196. No mérito, conheceu e deu parcial provimento à apelação interposta pelos requeridos para reconhecer a ilegimitidade passiva de Marco Antônio Bertoncini Cascaes, reduzir o valor da indenização por danos morais para R$ 100.000,00 (cem mil reais) e excluir a aplicação da multa de que trata o art. 538, parágrafo único, do CPC. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Jaime Ramos e Rodrigo Collaço.

Florianópolis, 5 de julho de 2012.

José Volpato de Souza
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Leonildo Graci aforou ação de indenização por danos morais contra Marco Antônio Bertoncini Cascaes, Alice Vanesca Zomer Dal Molin e Fundação Hospitalar Santa Otília, alegando, em síntese, que: era companheiro de Roseli Alberton Nazário, por mais de cinco anos e, com ela, constituiu família; da união tiveram um filho; em 13 de agosto de 1997, levou-a, na condição de gestante para o hospital requerido, diante das fortes dores que sentia; nesta ocasião, o médico Marco afirmou que a criança apresentava deformações e, considerando a idade gestacional, indicou-lhes a realização de uma cesariana, que foi agendada para o dia 18 de agosto; entretanto, após diálogo com o pediatra, o médico resolveu aguardar mais quinze dias, até o início do mês de setembro; por esta razão, foi dado alta a sua companheira e solicitada a realização de exames pela médica Alice; neste interregno, as dores voltaram, desta vez com maior intensidade, razão pela qual levou-a, no dia 31 de agosto, novamente ao hospital, ao qual chegaram por volta das 2h da madrugada; entretanto, o atendimento só ocorreu às 10h30min, devido à falta de energia elétrica, que impedia a realização da cesariana; nesta ocasião, a médica Alice percebeu que a criança estava com os "pés para fora", forçando a realização do parto normal, o qual acabou por provocar uma intensa hemorragia na parturiente, que levou a sua morte e a da criança. Frente a estes fatos, provocados pela negligência dos requeridos, postula seja indenizado pelos danos morais sofridos, na ordem de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), ou outro valor que o juízo fixar (fls. 2-12). Trouxe documentos às fls. 13-31.

Citados os réus apresentaram contestação às fls. 37-51 e 73-85e aduziram, em preliminar, a ilegitimidade passiva da ré Fundação Hospitalar Santa Otília, por se tratar de instituição beneficente e que, portanto, não responde pelos atos dos seus prepostos, a teor do art. 1.522 do Código Civil, denunciando à lide, ato contínuo, a União Federal, por se tratar de instituição vinculada ao Sistema Único de Saúde. Alegaram, ainda, a

ilegitimidade ativa do autor, por não ter comprovado a existência da união estável com a parturiente. Quanto ao mérito, asseveraram, em suma, que: o retardamento da cirurgia cesariana deu-se, exclusivamente, com o intuito de preservar a vida do nascituro; os procedimentos realizados pela médica Alice deram-se com base nos preceitos médicos; nenhum dos requeridos deu causa à hemorragia e ao falecimento do bebê; o valor da indenização deve ser fixado dentro dos parâmetros da razoabilidade. Nestes termos, pugnaram pela extinção do feito, em acatamento às prefaciais suscitadas ou, sucessivamente, pela total improcedência do pedido autoral.

Réplica às fls. 138-144.

Designada audiência de conciliação, a mesma restou inexitosa. Na oportunidade, foi concedido prazo de cinco dias às partes para especificarem as provas que pretendiam produzir (fl. 154), manifestando-se o autor à fl. 156 e os réus às fls. 157-158.

Parecer do Ministério Público acostado às fls. 162-164, 174 e 179.

Em decisão interlocutória, foi deferido o pedido de oitiva de testemunhas, afastando-se, ato contínuo, a preliminar de ilegitimidade ativa (fl. 182).

Agravaram a decisão, na forma retida, os requeridos (fls. 184-189 e 190-196), vindo o autor a apresentar contraminuta às fls. 200-204.

Retratação do juízo quanto ao pedido de realização da prova pericial às fls. 208-210, ocasião em que foi nomeado como *expert* (fl. 221) o médico Pedro Selito Fabre, que declinou do encargo (fl. 233), razão pela qual foi substituído pelo Dr. Nazareno Amin (fl. 234), que apresentou laudo às fls. 240-241.

O assistente técnico indicado pelos réus trouxe as suas considerações às fls. 243-244.

Designada audiência de instrução em julgamento, foram ouvidos na oportunidade os réus e as testemunhas por eles arroladas (fls. 263-273). No mesmo ato, ainda, foi interposto novo agravo retido pelos requeridos, na forma oral, em razão do indeferimento do pedido de repergunta a parte Alice Dalmolin.

Alegações finais às fls. 308-317 e 325-331.

Ao sentenciar a lide às fls. 334-346, o MM. Juiz *a quo* manifestou-se da seguinte forma, a saber:

> POSTO ISTO, REJEITO as preliminares de nulidade processual e, no mérito, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na Ação de Indenização por Danos Morais para CONDENAR MARCO CASCAES, ALICE DAL MOLIN e FUNDAÇÃO HOSPITALAR SANTA OTÍLIA a pagar a LEONILDO GRACI, a título de indenização por danos extrapatrimoniais (morais), o valor de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), equivalente hoje a, aproximadamente, 526 (quinhentos e vinte e seis) salários mínimos vigentes, acrescido de juros de mora legais e correção monetária, pelos índices do INPC/IBGE, ambos a incidir a partir da publicação da presente, tudo com fundamento nos artigos 5, inciso X, da CRFB, 14 do CDC e 269, inciso I, do CPC. CONDENO os requeridos nos ônus de sucumbência despesas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, consoante os parâmetros do artigo 20, §§ 3º a 5º, do CPC. (grifos do original)

Embargos de declaração opostos às fls. 349-352, os quais foram rejeitados às fls. 354-357.

Inconformados, os réus interpuseram recurso de apelação (fls. 360-379), no qual, prefacialmente, requereram a apreciação dos agravos retidos. Quanto ao mérito, afirmaram que a sentença não indicou os atos praticados pelo Dr. Marco Antônio durante o pré-natal e que foram determinantes para a morte da Sra. Roseli, tampouco estabeleceu o nexo de causalidade entre os atos praticados pela Dra. Alice diante da situação concreta e que

levaram ao fatídico desfecho. Ademais, acrescentaram que o laudo técnico esclareceu que as condutas profissionais dos requeridos estavam de acordo com a prática médica. Neste norte, defenderam a total reforma da sentença, a fim de que seja julgado improcedente o pleito exordial.

Contrarrazões às fls. 382-390.

Em sessão do dia 1º de março de 2012, a Quinta Câmara de Direito Civil decidiu não conhecer do recurso e determinar a sua redistribuição a uma das Câmaras de Direito Público deste Tribunal.

Assim, recebido o feito por este Relator aos 12 de abril de 2012, foram os autos encaminhados ao Ministério Público que, representado pelo Procurador André Carvalho, deixou de se manifestar sobre o mérito da causa (fls. 409-410), devolvendo-os no último 4 de junho.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta por Marco Antônio Bertoncini Cascaes, Alice Vanesca Zomer Dal Molin e Fundação Hospitalar Santa Otília contra a sentença que julgou procedente o pedido de indenização por danos morais formulado por Leonildo Graci, nos autos de n. 044.98.000378-8, condenando-os ao pagamento do valor de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Dos agravos retidos

Inicialmente, pugnam os recorrentes pelo conhecimento dos agravos retidos de fls. 184-189, 190-196 e 263-264.

Pugnam os recorrentes, no agravo de fls. 184-189, pelo reconhecimento da ilegitimidade ativa do apelado, porque "[...] seria necessário a comprovação da união estável [...] com a Sra. Roseli Alberton Nazario."

Entretanto melhor sorte não lhes socorre, porque a sociedade conjugal ficou comprovada não só pelo filho havido em comum com a companheira falecida (fl. 16), como também pelo fato de ser ele o pai do bebê que perdeu a vida em decorrência do ato praticado (fls. 17 e 31).

Além disso, não foi produzida qualquer prova em contrário, a ilidir a situação narrada na inicial, como requer o art. 333, II, do Código de Processo Civil.

Quanto aos pedidos de ilegitimidade passiva da Fundação Hospitalar Santa Otília e de denunciação à lide da União Federal, ambos formulados no agravo de fls. 190-196, estes não merecem ser conhecidos, porquanto não foram objeto da decisão agravada. As prefaciais em voga, destaca-se, só foram analisadas pelo juízo monocrático após a interposição dos agravos, na decisão de fls. 208-210, que, ademais, retratou-se quanto ao pedido de realização da prova pericial formulado em ambos, encontrando-se o laudo elaborado pelo *expert* acostado às fls. 240-241, razão pela qual desnecessária quaisquer considerações sobre o particular.

Diante destas considerações, o recurso de fls. 184-189 merece ser conhecido e desprovido, enquanto que não cabe conhecer nenhum dos pedidos formulados no de fls. 190-196.

No que tange ao agravo de fls. 263-264, denota-se que a irresignação dos réus, ora apelantes, está direcionada para o indeferimento do pedido de reperguntar à ré Alice Dalmolin, após as perguntas formuladas pelo patrono da parte adversa, quando esta prestou depoimento pessoal na audiência de instrução e julgamento realizada no dia 23 de outubro de 2002.

Para tanto, afirmam que o depoimento das partes segue o mesmo rito da prova testemunhal, sendo, portanto, expresso o direito de ambos os advogados perguntarem, tanto pelo autor como pelo réu, sob pena de cerceamento do direito de defesa.

Com razão o Magistrado singular, pois a finalidade do depoimento pessoal é a obtenção da confissão, sendo patente em nosso sistema jurídico que o direito de perguntar recai, tão somente, sobre o juiz, o Ministério Público e o advogado da parte adversa.

Sobre o tema, Humberto Theodoro Júnior esclarece:

> Ao advogado da própria parte que está prestando depoimento não é permitido formular perguntas. Isto não impede, contudo, sua intervenção para pedir ao juiz que esclareça dubiedades ou pontos obscuros no relato do depoente, o que poderá ser requerido ao final do interrogatório, antes de seu encerramento. (Curso de direito processual civil – volume I. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 431).

Neste sentido, aliás, já se manifestou esta Corte de Justiça, a saber:

> Recusa de perguntas do procurador a seu constituinte no depoimento pessoal deste não traduz cerceamento de defesa, pois se confundem e traduziria indagação a si próprio, com o risco de retratação confessional, apenas perguntam o juiz, o representante do Ministério Público e o advogado da parte contrária. O advogado do depoente só fiscaliza a inquirição e redação do depoimento. (Apelação Cível n. 2004.015759-2, de Mafra, rel. Des. Domingos Paludo, j. 19-10-2009)

Nesta medida, apesar de não ser permitida a inquirição da parte pelo seu próprio patrono, poderia ele ter se insurgido quanto a possíveis obscuridades ou contradições no depoimento prestado, a fim de esclarecê-las, de modo que não há se falar em prejuízo ao direito de defesa.

Por estes motivos, este agravo, apesar de conhecido, deve ser desprovido.

Da responsabilidade

A discussão meritória diz respeito à constatação ou não da responsabilidade dos réus, ora apelantes, pelo falecimento da companheira (Roseli Alberton Nazário) e do filho do autor, ora apelado, por ocasião do parto, ocorrido no dia 31 de agosto de 1997.

Inicialmente, cumpre diferenciar as particularidades da responsabilidade atrelada à conduta dos médicos e a atinente à instituição hopitalar.

Sobre a responsabilidade dos médicos, o Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos, previa:

> Art. 1.545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da *imprudência, negligência, ou imperícia,* em atos profissionais, resultar morte, inabilitarão de servir, ou ferimento. (grifou-se)

No mesmo norte, o novel diploma estabelece:

> Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por *negligência, imprudência ou imperícia,* causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho. (grifou-se)

E, ainda, o Código de Defesa do Consumidor, a saber:

> Art. 14. [...]
>
> [...]
>
> § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de *culpa.* (grifou-se)

Observa-se, neste viés, que, para a caracterização da responsabilidade civil do médico, desde a vigência do Código Civil de 1916, é necessário demonstrar não apenas a conduta voluntária, o dano injusto e o nexo causal, mas também a culpa do agente.

Assim, "a responsabilidade do médico é subjetiva, calcada na culpa *strictu sensu* (imperícia, negligência ou imprudência)." (Neto, Miguel Kfouri. Responsabilidade civil do médico. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 78).

Ao tecer comentários sobre o tema, Clóvis Beviláqua ensina:

> A responsabilidade das pessoas indicadas neste artigo, por atos profissionais, que produzem morte, inabilitação 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 ele 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 zelam.* E esse dever de possuir a sua arte e aplicá-la, honesta e cuidadosamente, é tão imperioso que a lei repressiva lhe pune as ações. (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil – volume 4. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro Editora, 1984, p. 696) (grifou-se)

É preciso ressaltar, que, consoante explica Miguel Kfouri Neto, "[...] a negligência médica caracteriza-se pela inação, indolência, inércia, passividade. É um ato omissivo." (Responsabilidade civil do médico. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 92).

A imprudência, a seu turno, explica o mesmo doutrinador, "[...] é o contrário da prudência e prudência é sinônimo de previdência; *iuris prudens, medicinae prudens* são aqueles que, conhecendo os resultados da experiência e também das regras que se extraem desta, agem antevendo o evento que deriva daquela ação, e tomando depois as medidas acautelatórias necessárias a evitar o insucesso." (Responsabilidade civil do médico. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 95).

Por fim, "[...] a imperícia é a falta da competente análise e da observação das normas existentes para o desempenho da atividade. É o despreparo profissional, o desconhecimento técnico da profissão." (Filho, Antonio Ferreira Couto; Souza, Alex Pereira. Responsabilidade civil médica e hospital. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 29)

O nosocômio, ao contrário, dispensa a análise da culpa para a caracterização da sua responsabilidade civil, pois objetiva, consoante preconiza o art. 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil,

reforçado pelo *caput* do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, havendo prova do dano e do nexo de causalidade, cumprirá à instituição de saúde indenizar o lesado.

Importante ressaltar, sobre esta ótica, que o hospital e o paciente mantêm relação contratual, expressa ou tácita, onerosa ou gratuita. Desta forma, o hospital responde solidariamente com o médico, desde que este faça parte do seu corpo clínico e atue na condição de preposto, por ato realizado durante seu trabalho como empregado.

Neste norte, valiosas as conclusões de Fabrício Zamprogna Matielo:

> O médico responde sempre que atuar com culpa e tal fator obtiver demonstração suficiente pelo autor da demanda; os estabelecimentos de saúde, ao contrário, responderão independentemente de prova do liame entre a atuação e o resultado lesivo, porque, sendo fornecedores de serviços e por razões óbvias afastados do enquadramento previsto no § 4º do art. 14, ficam sob a égide do cabeço do mencionado dispositivo. Para livrarem-se da obrigação de recompor que fatalmente é imposta pela lei, terão de demonstrar que o resultado danoso teve lugar em virtude de caso fortuito ou força maior, que a culpa foi exclusiva do paciente ou que o dano inexistiu. O § 3º do art. 14 comporta estas duas últimas excludentes, já que a responsabilização objetiva adquire, em se tratando de fornecedores de serviços, foros de relatividade, admitindo prova em sentido oposto ao afirmado pelo autor da ação. (Responsabilidade civil do médico. 2 ed. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2001, p. 90)

Estabelecidas estas premissas, passa-se ao exame dos fatos atinentes ao caso concreto.

Colhe-se do caderno processual que a Sra. Roseli Alberton Nazário encontrava-se aguardando, em meados de 1997, o nascimento de seu quarto filho, tendo como pai o apelado, e vinha realizando o seu pré-natal com o Dr. Marco Antonio Bertoncini Cascaes, um dos réus/apelantes, pelo SUS (fls. 20-27).

Sentindo fortes dores e grande desconforto abdominal, deu entrada no Hospital Santa Otília, no dia 13 de agosto de 1997, conforme prontuário acostado às fls. 88-99, ocasião em que ficou sob os cuidados da Dra. Alice Vanesca Zomer Dal Molin, também uma das rés/apelantes.

Durante a internação, diagnosticou-se, por meio de uma ultrassonografia obstétrica (fls. 28-29), um quadro de polidrâmnio, que se trata de excesso de líquido amniótico, bem como a má formação fetal (ascite, hidrocefalia e hidrotórax) (fl. 272).

Em virtude deste quadro, o Dr. Marco indicou aos pais a realização de uma cesariana na 32ª semana de gravidez, tendo em vista serem os problemas "incompatíveis com uma vida pós-parto" (fl. 272). Entretanto, ao adentrar o centro cirúrgico no dia 18 de agosto de 1997, e após reunir-se com o pediatra Cláudio e o anestesista Pedro, acabou por sugerir que o procedimento fosse adiado para a primeira semana de setembro (fl. 4), a fim de esperar um pouco mais o desenvolvimento do feto, para que pudesse nascer com vida, o que foi aceito pela família (fl. 272).

Assim, no dia 19 de agosto de 1997, foi dado alta a Sra. Roseli, que foi para casa medicada, porquanto o seu quadro clínico havia melhorado. Onze dias depois, na madrugada do dia 31 de agosto de 1997, deu entrada na emergência do mesmo nosocômio, ao que foi atendida às 2h10min (fl. 116), novamente pela Dra. Alice.

De acordo com o boletim de internação (fl. 110), a paciente estava com sinais de que havia entrado em trabalho de parto (perda de líquido amniótico) e o procedimento solicitado pela referida profissional foi o parto normal. Assim, a parturiente ficou aos cuidados das enfermeiras desde aquela ocasião até que, somente às 8h, a médica foi ao seu quarto para avaliá-la (fl. 265).

Todavia, mesmo tendo permanecido por seis horas naquelas condições, a médica não encaminhou a Sra. Roseli à sala de parto, o que

era de se esperar, tampouco deu informações sobre a posição da criança, com o propósito de constatar a necessidade ou não de ser realizada uma cesariana, e partiu para atender outras pacientes, deixando-a, mais uma vez, sem qualquer supervisão médica.

Assim, naquela agonizante espera, a Sra. Roseli só voltou a ser atendida pela Dra. Alice por volta das 10h30min (fl. 265), quando esta constatou que o feto já estava literalmente "saindo pelos pés", ao que foi encaminhada para a sala de parto às pressas, devido à gravidade da situação.

Para a retirada do bebê, a médica teve que continuar o parto pela via baixa, com a realização de uma episiotomia (corte na região genital baixa) (fls. 116 e 241), o que levou à parturiente a uma choque hemorrágico, nas palavras da própria médica, que teve, inclusive, que solicitar a transfusão de sangue, conforme depreende-se de fl. 113. A criança, a seu turno, nasceu sem vida (natimorto) (fls. 18 e 116).

As complicações do parto tiveram como consequência a ruptura uterina, que levou a paciente a, no mínimo, três choques hipovolêmicos (fl. 114), o primeiro às 13h, o segundo por volta das 16h, quando foi chamado o Dr. Renato, anestesista (fl. 268), para a realização de uma laparotomia exploradora, e outro, às 17h, quando deu-se início a uma esterectomia para a retirada do útero, mas segundo o médico, em seu depoimento, a paciente já tinha morte cerebral nesta ocasião (fls. 268-269), vindo a óbito às 21h (fls. 17 e 114).

Dos fatos narrados, é possível concluir que a atuação profissional, apenas da Dra. Alice, não foi a mais adequada para o caso, beirando a negligência e, até mesmo, a imperícia.

A primeira circunstância (negligência), caracterizou-se pela longa espera da paciente, que ficou sem supervisão médica por praticamente todo o período em que antecedeu o parto (das 2h10 até às 10h30min), porque só foi visitada uma única vez, consoante depoimento da própria

médica plantonista (fls. 265-2660, mesmo sabendo das condições de risco da gravidez, haja vista ter acompanhado a internação da gestante por cerca de uma semana – do dia 13 de agosto de 1997 até o dia 19 de agosto de 1997, nos termos do prontuário acostado às fls. 88-99. Deve-se levar em consideração, também, o fato de que, em sendo a médica responsável pelo plantão, conforme a própria aduziu em seu depoimento (fls. 265-266), assumiu todas as responsabilidades advindas da internação de todos os pacientes durante aquele lapso temporal, de modo que poderia ter solicitado auxílio de outro colega de profissão, caso não conseguisse atender cada um deles com todas as cautelas necessárias, mas preferiu não o fazer.

A segunda particularidade (imperícia), deveu-se ao fato de que a médica, em momento algum, prestou-se a avaliar as condições do feto (proporção e posição) durante o período em que a paciente ficou aguardando o momento do parto, para concluir pela necessidade ou não da cesariana, que poderia ser realizada com ou sem energia elétrica no hospital, de acordo com o depoimento por ela prestado às fls. 265-266, ou pela possibilidade ou não da realização do parto por via baixa, ônus que lhe competia (art. 333, II, do CPC), pois, segundo informou o assistente técnico indicado pelos próprios apelantes, "haveria indicação formal de cesariana em gestante com ou sem polidrâmnio nos seguintes casos: (a) feto transverso (atravessado no sentido horizontal); (b) feto pélvico em primigiesta (não é o caso); (c) desproporção céfalo pélvica (quando o feto é maior do que a pelve da gestante); (d) sofrimento fetal (quando os batimentos cardio fetais vão diminuindo a frequência durante o trabalho de parto)." (fl. 243)

Importante ressaltar, neste ínterim, que tanto o perito como o assistente técnico foram enfáticos ao afirmar que o tamanho do bebê é um fator de risco para as roturas uterinas (fls. 240-241 e 243-244), o que reforça, mais uma vez, a necessidade de avaliação médica antes do parto ser realizado, o que não ocorreu na hipótese.

Assim, ao se observar atentamente a ficha de acompanhamento do estado gravídico da paciente durante as cerca de oito horas em que ficou sob os cuidados do nosocômio, representado pela médica plantonista, antes de ser levada à cirurgia, observa-se que só foram coletados dados às 2h10min (fl. 119), comprovando o estado de abandono a que foi relegada, culminando na sua morte às 21 horas daquele mesmo dia 31 de agosto de 1997.

Desta forma, conclui-se que tanto a profissional Alice Vanesca Zomer Dalmolin como a Fundação Hospitalar Santa Otília devem ser responsabilizados, devendo arcar, solidariamente, com a indenização a ser paga ao apelado. Registre-se que a responsabilização do nosocômio deve-se ao fato de a médica pertencer ao seu quadro clínico e ter atuado como sua preposta.

Por outro lado, não se pode afirmar que qualquer ato do Dr. Marco Antônio Bertoncini Cascaes tenha contribuído diretamente para a morte da Sra. Roseli, porque nenhuma prova dos autos indicou imperícia, imprudência ou negligência durante o pré-natal. Ademais, não restou demonstrado que tenha havido nexo de causalidade entre a sua conduta com o dano propriamente dito, pois conforme dito em linhas anteriores, a morte deu-se pelo fato de não ter sido dado tratamento adequado desde a chegada da parturiente ao hospital e não, em momento anterior a este, o que exclui o período de atuação deste profissional, razões pelas quais deve ser eximido de qualquer responsabilização.

Neste sentido, cumpre esclarecer que a requerida Alice Dalmolin, em seu depoimento, confirmou que "a conduta é exclusiva do médico plantonista e, por isso, não chamam o médico que atendeu a paciente" (fl. 265), o que reforça a inexistência de negligência com relação ao requerido Marco Antônio, que não esteve presente no hospital no dia dos fatos e que, tão somente, adiou a realização da cirurgia (cesariana), porque a paciente

não apresentava mais riscos e, ainda, pela concordância da própria família, inclusive, do apelado.

Do valor da indenização e da verba advocatícia

Ato contínuo, buscam os apelantes a minoração do valor arbitrado pelo Togado *a quo* tanto a título de indenização como a título de honorários advocatícios, pois consideram os montantes exorbitantes e desproporcionais.

Como é sabido, em tema de indenização por danos morais, não há critério científico determinante do valor a ser arbitrado pelo juiz, porém, segundo preconizam doutrina e jurisprudência pátrias, há vetores que devem ser observados na fixação desta obrigação.

Cumpre ao Magistrado, neste sentir, analisar, entre outros elementos norteadores, a vítima do dano e o seu causador, suas condições pessoais, econômicas e sociais, bem como o ato ilícito e suas consequências.

Convém citar relevante precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> Tratando-se de dano moral, cada caso, consideradas as circunstâncias do fato, as condições do ofensor e do ofendido, a forma e o tipo de ofensa, bem como suas repercussões no mundo interior e exterior da vítima, cada caso, repita-se, reveste-se de características que lhe são próprias, o que o faz distinto de outros. Assim, ainda que, objetivamente, os casos sejam bastante assemelhados, no aspecto subjetivo são sempre diferentes. (AREsp 138.718/RJ, rel. Min. Sidnei Benetti, DJe 22-3-2011).

Desta forma, considerando o prejuízo moral suportado pelo apelado decorrente do falecimento da esposa e do filho, o potencial econômico dos responsáveis e o caráter desabonatório da conduta da médica, entendo que o montante da indenização deva ser reduzido para R$ 100.000,00 (cem mil reais), quantia que representa uma justa compensação à vítima sem, contudo, implicar enriquecimento ilícito, além de possuir um caráter

pedagógico, no sentido de coibir a prática de condutas assemelhadas em futuras ocasiões.

O valor da verba honorária, a seu turno, também não merece alteração, porquanto fixado em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, montante que se coaduna aos critérios estabelecidos no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, relevando-se proporcional às circunstâncias da causa (a ação tramita desde 1998, o feito exigiu ampla dilação probatória e o pleito indenizatório foi julgado procedente em relação a dois dos três réus).

Da aplicação da multa por ocasião dos embargos declaratórios

O último ponto destacado pelos apelantes a merecer reforma por esta Corte de Justiça, refere-se à multa de 1% (um por cento) sobre o valor dado à causa, aplicada pelo Magistrado senteciante, por ocasião do julgamento dos embargos declaratórios, por considerar o recurso "flagrantemente protelatório".

Após o compulsar dos autos, verifica-se que merece acolhimento a assertiva.

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, "recurso manifestamente protelatório é aquele que não tem fundamento fático e/ou jurídico sério, sendo perceptível que a sua utilização tem como único objetivo retardar a marcha processual." (Manual de direito processual civil. 2 ed. São Paulo: Método, 2010, p. 676)

Da leitura do recurso de fls. 349-352, verifica-se que os embargantes apontaram com especificidade os pontos da sentença que consideraram contraditórios e omissos, os quais guardavam relação com a caracterização dos atos que ensejaram a responsabilização dos médicos e, principalmente, a correlação entre estes e o dano suportado pelo apelado (nexo causal).

Desta forma, não se evidencia, conforme entendeu o Togado singular, o caráter protelatório do recurso, o qual teve por intuito, unicamente, o de esclarecer os pontos mais controvertidos do *decisum*, seja por omissão ou por obscuridade, a fim de aclarar o debate e possibilitar a adequada impugnação por ocasião da apelação.

Sendo assim, a aplicação da multa não tem cabimento, devendo, pois, ser totalmente excluída.

Ante o exposto, o recurso interposto pelos réus Marco Antônio Bertoncini Cascaes, Alice Vanesca Zomer Dal Molin e Fundação Hospitalar Santa Otília merece ser conhecido e provido, em parte, para: I) isentar o primeiro requerido (Marco Antônio), pois parte ilegítima, de qualquer responsabilização; II) reduzir o valor da indenização para R$ 100.000,00 (cem mil reais) e, III) excluir a aplicação da multa de que trata o art. 538, parágrafo único, do CPC.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 2008.018556-0, de Xanxerê

Relator: Juiz Rodrigo Collaço

ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E CONSUMERISTA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CASCATA S. MANELA - CONSTATAÇÃO DE IRREGULARIDADES EM INSTALAÇÃO TURÍSTICA - PRETENSÃO ATENDIDA PELO PARTICULAR DETENTOR DA POSSE E QUE EXPLORA O LOCAL - VALORES HISTÓRICO, CULTURAL, PAISAGÍSTICO E AMBIENTAL DO BEM RECONHECIDOS - DESNECESSIDADE DE TOMBAMENTO - INÉRCIA DO MUNICÍPIO NÃO CONSTATADA - ACOLHIMENTO DO PEDIDO DE IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÕES DE NÃO-FAZER - OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E PREVENÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA EM FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO - ART. 18 DA LEI N. 7.347/85 - DESCABIMENTO - CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE DESTINAÇÃO AO FUNDO DE REPARAÇÃO DE BENS LESADOS - RECURSO E REMESSA PARCIALMENTE PROVIDOS

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.018556-0, da comarca de Xanxerê (2ª Vara Cível), em que é apelante Representante do Ministério Público, e apelados Município de Xanxerê e outro:

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, prover parcialmente o recurso e a remessa. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 26 de julho de 2012, os Excelentíssimos Desembargadores José Volpato de Souza (Presidente) e Jaime Ramos.

Florianópolis, 30 de julho de 2012

Rodrigo Collaço
RELATOR

RELATÓRIO

O Ministério Público de Santa Catarina ajuizou ação civil pública (autos n. 080.06.000043-0) em face do Município de Xanxerê e de Eloir Ubiali, na qual, em síntese, relatou a ocorrência de omissão por parte dos réus quanto à preservação e conservação da Cascata S. Manela, localizada no território réu e explorada comercialmente pelo segundo requerido, proprietário de lanchonete e estrutura para *camping*.

Postulou o ente autor fosse declarado o valor histórico, cultural, paisagístico e ambiental da cascata, a condenação dos demandados a obrigações de fazer – consistentes em atos para proteção do local, ao tombamento pelo Município e à divulgação da sentença de procedência – e de não-fazer – no sentido de se absterem de proceder a qualquer modificação, reforma ou demolição que importasse perda ou desconfiguração das características naturais originais.

Pela decisão de fls. 34/42, foi deferida parcialmente a liminar requerida no sentido de ordenar o réu Eloir que, em dez dias, regularizasse o imóvel por conta das constatações do Corpo de Bombeiros e da Vigilância Sanitária, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00, bem assim mandou oficiar ao Registro de Imóveis local para que identificasse o proprietário da área.

À fl. 51 foi juntada certidão a indicar que, em 12.1.2006, "não existe nenhum bem imóvel [...] em nome de CASCATA S. MANELLA".

Sobreveio ofício do Corpo de Bombeiros à fl. 54 a informar que todas as exigências pendentes restaram observadas pelo particular.

Contestações às fls. 57/62 e 68/79.

Após réplica de fls. 82/87, foi prolatada sentença (fls. 150/155) de procedência parcial do pleito autoral, cuja parte dispositiva restou assim redigida:

> "Assim sendo, acolho em parte o pedido inicial tão somente para confirmar a medida liminar já concedida, tornando-a definitiva. Quanto aos demais pedido, rejeito-os. Decido o processo, outrossim, com apreciação do mérito, na forma do disposto no inciso I do artigo 269 do CPC. Sem honorários ou custas, porquanto o requerido Município de Xanxerê restou vencedor e o requerido Eloir Ubiali decaiu de parte mínima do pedido formulado pelo autor. Publique-se. Registre-se e intimem-se. Transitada em julgado, arquive-se." (fls. 154/155)

Irresignado, o ente autor interpôs recurso de apelação (fls. 159/180). Em suas razões, pugna pela reforma do *decisum* a fim de se: "*1 - declarar o valor histórico, cultural, paisagístico e ambiental da Cascata S. Manela, mais especificamente da necessidade de sua preservação para o fim de conservação da memória cultural e ambiental desta cidade; 2 - com base no art. 3º da Lei 7.347/85, condenar os requeridos na obrigação de fazer, consubstanciada na proteção da reserva ecológica da Cascata S. Manela, cumprindo as observações referentes aos sistemas preventivos contra incêndio e também as recomendações da vigilância sanitária municipal; 3 - impor aos réus a obrigação de não fazer, qual seja a de abster-se de efetuar na Cascata S. Manela objeto desta demanda, seja por seu próprio esforço ou através de interpostas pessoas, qualquer alteração, reforma ou demolição, ainda que parcial, e que importe na perda e/ou desconfiguração de suas características naturais originais; 4 - impor aos requeridos a obrigação de proceder à ampla divulgação da decisão de procedência desta* actio *em vista do interesse global existente na preservação e conservação da reserva ecológica da Cascata S. Manela; 5 - a condenação dos réus nas verbas de sucumbência e honorários advocatícios*" (fl. 179).

Contrarrazões às fls. 188/193 e 194/199.

Com a ascensão dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer (fls. 208/217) da lavra da Excelentíssima Senhora Doutora Hercília Regina Lemke, opinou pelo conhecimento e total provimento do recurso.

VOTO

Cuida-se de apelação cível interposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina em face da sentença, também parcialmente sujeita a reexame necessário (art. 19 LAP, aplicável por extensão), que, nos autos da ação civil pública movida em face do Município de Xanxerê e de Eloir Ubiali, julgou parcialmente procedentes os pleitos formulados em exordial.

A pretensão em tela assentou-se, como bem expusera o magistrado plantonista ao apreciar a liminar às fls. 34/42, sob dois enfoques, a saber: o ambiental, no que pertine à necessidade de proteção do local e à sua valoração, e o consumerista, relacionado às condições de saúde, higiene e segurança oferecidas às pessoas que vêm a circular naquele espaço.

A sentença, por sua vez, acabou por acolher o pedido no que toca a este segundo aspecto e exclusivamente quanto a Eloir, o qual, com o deferimento da tutela provisória, ainda na fase postulatória reconheceu-o tacitamente, já que, quando instado a tanto, atendeu prontamente às determinações que lhe foram impostas, vale dizer, implantou um sistema preventivo contra incêndios e obedeceu às recomendações da Vigilância Sanitária, fatos esses confirmados quer pelo Corpo de Bombeiros, quer pelo Município de Xanxerê, ou ainda pelo próprio Ministério Público.

Nisso, e à míngua de insurgência acerca dos fatores acima declinados, identifica-se que foram devolvidas a esta Corte as matérias atinentes ao reconhecimento da importância ambiental da Cascata S. Manela, à obrigatoriedade de os demandados preservarem a respectiva área e à possibilidade ou não de se ordenar seu tombamento por via judicial, assim como a relativa ao dever do réu Eloir de arcar com verba honorária em prol do Fundo de Bens Lesados do Estado (anote-se apenas, a título de esclarecimento, ser impertinente o conhecimento do requerimento em sentido inverso formulado em sede de contrarrazões – de que fosse o ente ministe-

rial condenado a honorários advocatícios em favor dos representantes de Eloir –, já que manifestado por via evidentemente inadequada a tanto).

Os pedidos deduzidos pelo Ministério Público ora revistos pautam-se, basicamente, no direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, enunciado ao art. 225 da Constituição Federal de 1988, o qual assenta que incumbe ao Poder Público e à coletividade "*preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas*" (§ 1º, inc. I). Nesse sentido, oportuno ressaltar:

> "Ao impor ao Poder Público (e também à sociedade) o dever de defender o meio ambiente, a Carta Magna deixa claro, portanto, que o exercício do poder de polícia em matéria ambiental (como, de resto, em todos os outros setores) é obrigatório. E o § 1º do mencionado art. 225 da CF desde logo institui alguns atos de polícia para defesa do meio ambiente: [...]
>
> Conquanto seja o art. 225 da Constituição Federal a norma basilar do poder de polícia em matéria ambiental, em outras passagens da *Lex Legum* encontramos também referências ao dever do Poder Público de defender o meio ambiente. Assim, por exemplo, o art. 23 da Carta Política dispõe ser competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Município 'proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas' (inc. IV) e 'preservar as florestas, a fauna e a flora' (inc. VII), bem como 'registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios' (inc. XI). Em seguida, o art. 24 dispõe que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre 'florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição' (inc. VI), e também sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente (inc. VIII)" (Marcelo Dawalibi *et al*. Aspectos *Jurídicos do Licenciamento Ambiental.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 98).

Há a expressa incidência, portanto, dos princípios da prevenção e precaução em matéria ambiental, em cujos termos "*as autoridades devem tomar medidas preventivas sempre que existirem motivos razoáveis de preocu-*

pação com a saúde pública e a manutenção do ecossistema equilibrado, ensejando, pois, a paralisação imediata de qualquer atividade econômica tendente a degradar o meio ambiente sadio (TJSC - AI n. 2005.025853-4 - Rel. Des. Rui Fortes)" (AI n. 2010.042920-1, rel. Des. Cid Goulart, j. 9.11.2010).

Igualmente dispôs a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento de 1992/RJ:

> "De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental". (Princípio n. 15)

Sob este prisma, desta E. Corte de Justiça:

> "AMBIENTAL – ATIVIDADE POTENCIALMENTE POLUIDORA ÀS MARGENS DA LAGOA DE SOMBRIO – OBRIGAÇÃO DE CESSAR A ORIZICULTURA – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO
>
> '*'[...] os princípios da precaução e prevenção sugerem que o mero risco de dano ao meio ambiente é suficiente para que sejam tomadas todas as medidas necessárias a evitar a sua concretização. Isso decorre tanto da importância que o meio ambiente adquiriu no ordenamento constitucional inaugurado com a Constituição de 1988 quanto da irreversibilidade e gravidade dos danos em questão, e envolve inclusive a paralisação de empreendimentos que, pela sua magnitude, possam implicar em significativo dano ambiental, ainda que este não esteja minuciosamente comprovado pelos órgãos protetivos [...]'* (Medida Cautelar n. 014446, rela. Desa. Denise Arruda)' (AI n. 2009.035880-5, Des. Vanderlei Romer)." (AC n. 2011.030122-9, rel. Des. Luiz Cézar Medeiros, j. 10.4.2012)
>
> "AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA - DIREITO AMBIENTAL - CONSTRUÇÃO EM ÁREA PRÓXIMA A MANGUE - ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - RISCO POTENCIAL DE DANO AO MEIO AMBIENTE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO - LIMINAR QUE DETERMINOU A PARALISAÇÃO DAS

> ATIVIDADES - MEDIDA QUE SE IMPÕE - *PERICULUM IN MORA E FUMUS BONI JURIS* DEMONSTRADOS - NECESSIDADE DE PROVA TÉCNICA PARA COMPROVAR QUE A OBRA NÃO AVANÇARÁ NA FAIXA PROTEGIDA POR LEI - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. [...]" (AI n. 2010.042920-1, de São Francisco do Sul, rel. Des. Cid Goulart, j. 26.10.2010)

Logo, busca-se resguardar o bem ambiental frente à existência de risco potencial, considerando-se que, na maioria das vezes, o dano manifesta caráter irreversível.

No contexto em análise, fixam-se ainda os artigos 180 ("*A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico*") e 216 da Constituição da República, este com a seguinte redação:

> "Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:
>
> [...]
>
> V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.
>
> § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação."

Na hipótese, vê-se que a Cascata S. Manela é tida como reserva ecológica e o principal ponto turístico de Xanxerê, consistente em duas grandes quedas d'água no Rio Chapecozinho (fls. 27 e 29), e como tal de inconteste relevância social, paisagística e histórica para a região, ainda que explorada comercialmente por Eloir Ubiali, por meio de um dito

"pedágio" de acesso e oferecimento de estrutura para camping, lanchonete e sanitários instalados na área.

Convém notar que, em que pese tratar-se de bem particular (fato incontroverso, sem embargo do imbróglio existente quanto à identificação precisa da titularidade do domínio), certo é que o direito de propriedade – e como tal os seus desdobramentos – sofre limitações com o escopo de adequar o interesse privado ao coletivo e de atender à função social (art. 5º, XXIII, CF/88), haja vista que "*não só a iniciativa dos particulares como os empreendimentos do Poder Público devem respeitar as normas de controle da poluição e preservação dos recursos naturais, sujeitando-se às respectivas limitações administrativas das entidades estatais competentes*" (Hely Lopes Meirelles. *Direito municipal brasileiro.* São Paulo: Malheiros, 1997, p. 414).

Em consonância, leciona Gabriel Dezen Junior:

> "Função social da propriedade é um conceito que dá a esta um atributo coletivo, não apenas individual. Significa dizer que a propriedade não é um direito que se exerce apenas pelo dono de alguma coisa, mas também que esse dono exerce em relação a terceiros. Ou seja, a propriedade, além de direito da pessoa, é também um encargo contra essa, que fica constitucionalmente obrigada a retribuir, de alguma forma, ao grupo social, um benefício pela manutenção e uso da propriedade". (*Direito Constitucional.* 11. ed. Brasília: Vestcon Editora, 2006, p. 51)

Posto que, ao que tudo indica, não tenham ocorrido maiores danos efetivos, e ainda que outros tantos tenham sido aparentemente reparados por força da atuação da Administração e em decorrência da liminar conferida nestes autos, não é aceitável que outros atos, presentes ou futuros, venham potencialmente a afetar um ambiente de relevante valor paisagístico, turístico, histórico e cultural de toda uma região.

Não merecem crédito, a propósito, os argumentos da defesa do réu Eloir no intuito de desdenhar a importância da localidade da qual detém a posse, tentando afastar sua responsabilidade ambiental com invocações

outras atinentes à poluição do rio Chapecozinho, a ditos problemas sociais e de saúde identificados na região, a uma suposta desídia administrativa e à probabilidade de futura construção de usina hidrelétrica naquela área.

Ora, maus exemplos que porventura haja em regiões circunvizinhas ou em situações outras – os quais, diga-se, na hipótese foram invocados pelo réu apenas genérica e abstratamente – são, por natural, inservíveis para elidir o dever que o particular tem de fazer o uso lícito e adequado de sua propriedade (*rectius*: posse).

Por outro lado, mesmo que futuramente possam vir a ser realizadas obras pelos governos federal e estadual que quiçá afetem a região da Cascata S. Manela, essa circunstância – além de, ao menos pelos autos, se revelar incerta – não impede que hodiernamente se assegure a plena integridade daquela área de notável relevância para o interesse público. Em outros termos, a notícia de que o local talvez seja atingido, de alguma forma, por uma usina não permite que particulares, desde já, justifiquem algum desrespeito às normas ambientais.

Noutro vértice, convém verificar se cabia ou não impor à municipalidade a corresponsabilidade pela preservação do local a ser protegido.

Com efeito, "*nos termos do art. 225 da CRFB/88, é dever do Estado, na condição de detentor do poder de polícia, intervir no exercício das atividades suscetíveis de prejudicar o bem estar coletivo e o meio ambiente, fiscalizando, prevenindo e reprimindo a prática irregular de atos causadores de dano*" (ACMS n. 2009.055018-6, de Joaçaba, relª Desa. Sônia Maria Schmitz, j. 17.8.2010).

Igualmente, conforme as diretrizes traçadas pela Lei Orgânica local:

> "Art. 99. O município, dentro de sua competência, organizará a ordem econômica e social, observando os princípios de:
>
> [...]

VI - Defesa do meio ambiente".

Ocorre que, à vista do caderno processual, a despeito de uma alusão à inércia do ente municipal a respeito, bem se vê que um dos principais fatores que levaram o Ministério Público a ajuizar a ação civil foi exatamente a atuação fiscalizatória da Vigilância Sanitária de Xanxerê – órgão integrante da pessoa política – sobre a atividade empresarial exercida por Eloir Ubiali, que, junto às constatações colhidas pelo Corpo de Bombeiros local, conferiram elementos hábeis a que a Promotoria de Justiça oficiasse em juízo em prol da preservação da Cascata S. Manela.

Portanto, nesse contexto, não se pode dizer que a municipalidade tenha se mantido absolutamente letárgica às condições em que se apresentava o local objeto de proteção. Daí a razão de a sentença, a despeito de ter reconhecido, na fundamentação, a importância da Cascata, não ter acolhido a pretensão ministerial em relação ao ente público.

Todavia, não se pode ignorar que o pedido formulado na ação civil pública vai além: quer o legitimado ativo que o Município de Xanxerê efetivamente alce aquele local a um status de objeto formalmente reconhecido de proteção, mediante seu devido tombamento.

Nas palavras de Paulo Affonso Leme Machado, "*o tombamento é uma forma de implementar a função social da propriedade, protegendo e conservando o patrimônio privado ou público, através da ação dos poderes públicos, tendo em vista seus aspectos históricos, artísticos, naturais, paisagísticos e outros relacionados à cultura, para a fruição das presentes e futuras gerações*" (*Direito Ambiental Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 994).

Também se extrata da célebre obra de Hely Lopes Meirelles seu conceito, como "*a declaração pelo Poder Público do valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, cultural ou científico de coisas ou locais que, por essa razão, devam ser preservados, de acordo com a inscrição em livro próprio*" (*Direito Administrativo Brasileiro*, 37. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p.

622), consoante o disposto ao art. 216, § 1º, da Constituição da República. No entanto, faz-se a ressalva de que, "*quando o Poder Executivo não toma as medidas necessárias para o tombamento de um bem que reconhecidamente deva ser protegido, em face de seu valor histórico ou paisagístico, a jurisprudência tem entendido que, mediante provocação do Ministério Público (ação civil pública) ou de cidadão (ação popular), o Judiciário pode determinar ao Executivo faça a proteção*" (p. 627).

De outra banda, "*a identificação do valor cultural de um bem não emerge de mera criação da autoridade, posto que ele já tinha existência histórica no quadro da sociedade*" (Édis Milaré. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência*, 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 265).

Nesse diapasão, considerando-se o contido ao caderno processual, bem como a proeminência e variedade de menções à área e a incontrovérsia a respeito (à exceção das alusões vazias de que se valeu o réu Eloir), reputa-se lídimo admitir a aludida queda d'água como patrimônio de valor histórico, cultural, paisagístico e ambiental do Município de Xanxerê.

A par disso, como visto, no caso não se revela necessária, por conta do que foi noticiado nos autos, a ordem de *tombamento* de toda a área da cascata – o qual pressuporia procedimento específico, mediante estudos técnicos e detalhados sobre a relevância da medida –, senão a imposição judicial de determinadas obrigações requeridas pelo ente autor, tidas como suficientes à garantia da preservação do local.

Assim, tem-se que: a) há de ser reconhecido o valor histórico, cultural, paisagístico e ambiental da Cascata S. Manela; b) o Município não se mostrou totalmente indolente quanto à qualidade e importância da localidade, já que sua iniciativa fiscalizatória foi determinante para o ajuizamento da ação; c) as irregularidades descritas na petição inicial, segundo consta, restaram sanadas pelo corréu Eloir Ubiali, ainda que posteriormente

ao ajuizamento da ação; d) não há notícia de outras práticas consideradas nocivas à manutenção do ponto turístico.

Nesse panorama, deve ser parcialmente reformado o veredicto a fim de acolher o pedido de imposição aos réus da obrigação de se absterem de fazer qualquer modificação naquele ambiente que importe a perda ou desconfiguração das características naturais originais presentes quando da deflagração desta demanda coletiva, medida essa decorrente dos princípios ambientais em voga, considerada consentânea com a realidade retratada nos autos e pertinente para a asseguração dos interesses difusos invocados.

Já no que tange ao pleito de que se procedesse à ampla divulgação do firmado ao presente *decisum*, razão não assiste ao apelante, uma vez que, conquanto não se negue a compatibilidade da pretensão com os deveres derivados do princípio da prevenção, na hipótese não se identificou motivo concreto para que fossem justificados dispêndios impositivos dessa natureza. Aliás, entre os documentos colacionados à exordial repousam *folders* que cumpririam exatamente esse papel, já que neles há destaques à importância da Cascata para a municipalidade.

Ainda, aventa o Ministério Público a possibilidade de fixação de verbas sucumbenciais em seu favor, sob o argumento de que, dado haver apenas previsão quanto à condenação da parte autora no artigo 18 da Lei n. 7.347/85, e considerando o que dispõe o seu artigo 19, caberia a aplicação do Código de Processo Civil à espécie, estabelecendo-se honorários advocatícios a serem revertidos ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados, nos termos do Decreto Estadual n. 2.666/04.

No entanto, conforme entendimento da Corte, "*se os honorários de sucumbência têm por finalidade remunerar o trabalho do advogado e se eles pertencem, por destinação legal, ao profissional, não podem ser auferidos pelo Ministério Público, seja por vedação constitucional (art. 128, § 5º, II, letra 'a'), seja por simetria, seja porque a atribuição de recolhimento aos cofres*

estatais feriria a sua destinação" (AC n. 2008.070629-2, rel. Des. Ronei Danielli, j. 6.10.2011).

É que, "*'na lição de Yussef Said Cahali: 'A vedação constitucional contida nos arts. 127, § 5º, II, a e 129, III, não dá margem a qualquer interpretação permissiva da incidência de verba honorária na ação civil pública ou em qualquer outra em que seja titular o Ministério Público, seja sob qualquer pretexto, mesmo que tal se reverta em benefício da Fazenda Pública ou do Fundo de que trata o art. 13 da Lei 7.347/85, posto que esta seria, apenas, em pretexto' (Honorários advocatícios. 3. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 1287-1288)' (AC n. 2006.033787-1, Des. Francisco Oliveira Filho)*" (AC n. 2009.050173-6, rel. Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 9.8.2011).

Ainda nesse norte:

> "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. [...]. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. INIMPONIBILIDADE E CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE DESTINAÇÃO AO FUNDO DE REPARAÇÃO DE BENS LESADOS. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...].
>
> II. 'Este Tribunal de Justiça entende que não é possível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, a teor do disposto no art. 128, § 5º, II, a, da CRFB, o que também exclui a possibilidade de reversão de tal verba em favor do Fundo de Reparação de Bens Lesados.' (Apelação Cível n. 2007.004412-0, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 26.3.2008)" (AC n. 2008.018555-3, de Coronel Freitas, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 26.7.2011).
>
> "[...]. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INCABÍVEIS.
>
> 'Posiciona-se o STJ no sentido de que, em sede de ação civil pública, a condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequívoca

> má-fé do *Parquet*. Dentro de absoluta simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o *parquet* beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública' (EREsp 895.530/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 18.12.09)'. (REsp n. 1099573/RJ, rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, j. 27-4-2010)'" (AC n. 2009.050173-6, já referido).
>
> "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXEGESE DO ART. 18 DA LEI Nº 7.347/85. DESCABIMENTO.
>
> O vencido na ação civil pública intentada pelo Ministério Público não está sujeito ao pagamento de honorários advocatícios, inexistindo licença legal para que esta verba seja imposta para reverter em proveito do Fundo de Recuperação dos Bens Lesados" (AC n. 2008.074950-8, rel. Des. Newton Janke, j. 6.8.2009).
>
> "AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - [...] - HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA EM FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO - DESCABIMENTO - DEMANDA AJUIZADA NO CUMPRIMENTO DE MISSÃO INSTITUCIONAL DO *PARQUET* - NECESSIDADE DE PRESTAÇÃO DE CONTRACAUTELA - REMESSA PARCIALMENTE PROVIDA" (AC n. 2008.078585-8, rel. Des. José Volpato de Souza, j. 9.10.2009).

De corpo do último acórdão referido, proveniente desta Quarta Câmara de Direito Público, extrai-se, por significativo, o seguinte excerto:

> "Em que pese a Magistrada sentenciante ter condenado o Estado de Santa Catarina ao pagamento dos honorários sucumbenciais, a orientação deste Tribunal caminha em sentido oposto, razão pela qual, a sentença merece parcial reforma.
>
> É que se o Ministério Público, autor da ação de execução, fosse vencido, não haveria condenação em honorários (Resp n. 896679, Min. Luiz Fux; Resp n. 419110, Min. Herman Benjamin; AgRg no Ag n. 542821, Min. João Otávio de Noronha). Partindo-se dessa premissa, em decorrência do princípio da isonomia, firmou-

se o entendimento nos Tribunais Superiores de que igualmente o Réu, se derrotado, também não estaria sujeito ao pagamento dos honorários advocatícios.

Ademais, a Constituição veda expressamente, em seu art. 128, § 5º, II, c, a percepção de honorários advocatícios pelo *parquet*".

E do Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PUBLICO. DANO AO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ACÓRDÃO RECORRIDO COM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. CONDENAÇÃO DOS RÉUS EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem decidiu a controvérsia – Ação Civil Pública imputando obrigação de fazer à Municipalidade – à luz de fundamentos constitucionais (arts. 3º, 37, § 6º, 182, § 1º, e 225 da CF/1988), cuja apreciação, em se tratando de recursos extremos, é da competência do Supremo Tribunal Federal.

2. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, quando a Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público for julgada procedente, descabe condenar a parte vencida em honorários advocatícios. Ressalva do ponto de vista do Relator.

3. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido" (REsp 1.038.024/SP, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., j. 15.9.2009).

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MINISTÉRIO PÚBLICO AUTOR E VENCEDOR.

1. 'Posiciona-se o STJ no sentido de que, em sede de ação civil pública, a condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé do Parquet. Dentro de absoluta simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o parquet beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública" (EREsp 895.530/PR, rel. Min. Eliana Calmon, DJe 18.12.09).

> 2. Recurso especial provido" (REsp 1.099.573/RJ, rel. Min. Castro Meira, 2ª T., j. 7.4.2010).

Ante o exposto, o voto é pelo provimento parcial do recurso e da remessa necessária, reformando parcialmente a sentença no intuito de acolher o pedido para declarar o valor histórico, cultural, paisagístico e ambiental da Cascata S. Manela, no Município de Xanxerê, e de impor aos réus a obrigação de não-fazer, qual seja, a de se absterem de efetuar no local, seja por próprio esforço ou através de interpostas pessoas, qualquer alteração, reforma ou demolição, ainda que parcial, que importe a perda e/ou desconfiguração de suas características ao tempo do ajuizamento da ação, à exceção das melhorias oriundas da liminar conferida nestes autos (fls. 34/42) e de outras que decorram da estrita obediência às normas de postura, consumeristas e ambientais mediante prévia autorização dos órgãos competentes, sob pena de multa de R$ 2.000,00 (dois mil reais) por modificação e por dia de descumprimento.

Por derradeiro, ainda em sede de reexame – mas também em razão da alteração de parcela da sentença nesta instância, nos termos acima –, verifica-se o desacerto do *decisum* no que tange ao decaimento mínimo do réu Eloir (art. 21, parágrafo único, do CPC). Ora, dos pedidos formulados pelo Ministério Público, parte expressiva fora acolhida em primeiro grau, em especial quanto às medidas impostas ao demandado para que corrigisse as diversas irregularidades constatadas no imóvel por ele ocupado e explorado comercialmente. Isso, aliado às modificações no âmbito deste juízo *ad quem*, leva à conclusão de que deve Eloir Ubiali arcar com metade das custas processuais, bem assim com honorários advocatícios em favor do Município de Xanxerê (relativamente à parcela em que este aderiu aos termos da inicial), os quais, à vista do trabalho e tempo presumivelmente despendidos, da complexidade da causa e da proporção da sucumbência, são fixados em R$ 900,00 (novecentos reais).

Apelação Cível n. 2010.002897-5, de São José

Relator: Des. Subst. Júlio César Knoll

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

PRELIMINARES. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. NÃO OCORRÊNCIA. VERBA INCORPORADA AO PATRIMÔNIO DO MUNICÍPIO. SÚMULA 209 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. AUSÊNCIA DE NULIDADE. FATO QUE DISPENSA A PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL.

CONEXÃO. INVIABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE IDENTIDADE DE OBJETO E CAUSA DE PEDIR.

MÉRITO. IMÓVEL ALUGADO E REFORMADO PARA A INSTALAÇÃO DE POSTO DE SAÚDE, MAS NUNCA UTILIZADO. CONDENAÇÃO DOS RÉUS AO PAGAMENTO DE MULTA CIVIL PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO PELAS IRREGULARIDADES ORA DISCUTIDAS. CARACTERÍSTICAS FLAGRANTES DO BEM QUE NÃO PERMITEM A INSTALAÇÃO DO EMPREENDIMENTO. ESCOLHA DO IMÓVEL REALIZADA SEM ANÁLISE PRÉVIA DE SUAS CONDIÇÕES, NOS TERMOS EXIGIDOS PELO MINISTÉRIO DA SAÚDE. INÚMERAS E DISPENDIOSAS MODIFICAÇÕES REALIZADAS. PERÍODO DE REFORMAS QUE OCUPOU GRANDE PARTE DA VIGÊNCIA DO LAPSO DE ALUGUEL. NEGLIGÊNCIA DOS GESTORES PÚBLICOS. CULPA CARACTERIZADA. ATO ÍMPROBO, NOS TERMOS DO ART. 10, *CAPUT*, DA LEI N. 8.429/1992. DETERMINAÇÃO DE RESSARCIMENTO INTEGRAL DO DANO, DE FORMA SOLIDÁRIA. MULTA CIVIL IGUALMENTE SOLIDÁRIA. PEDIDO JULGA-

DO IMPROCEDENTE. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO E REMESSA PROVIDA.

A Justiça Comum estadual é competente para o julgamento de ações relativas ao emprego de verba pública que, embora advinda de convênio celebrado com a União, tenha sido incorporada ao patrimônio do Município, à luz do disposto na Súmula 209 do Superior Tribunal de Justiça.

Não gera nulidade processual o julgamento antecipado da lide, que acarreta na improcedência do pedido formulado pelo autor, quando a fundamentação da Magistrada está calcada tão somente nos elementos fático-probatórios constantes nos autos, mormente porque, quando provocada para se manifestar acerca da contestação oferecida pelo réu, a parte autora nada alegou.

A conexão, apta a ensejar a reunião de processos a fim de solucioná-los numa mesma decisão, exige que lhes sejam comuns o objeto ou a causa de pedir. Do contrário, inviável o julgamento conjunto.

Para a configuração do ato de improbidade administrativa previsto no artigo 10, *caput*, da Lei n. 8.429/1992, é prescindível a comprovação do ato volitivo (dolo) capaz de redundar no enriquecimento ilícito do agente público ou a demonstração de má-fé por parte deste, uma vez que o dispositivo acima mencionado admite a prática do ato ímprobo na forma culposa, desde que evidenciados o dano efetivo ao erário (elemento objetivo) e a culpa do gestor público (elemento subjetivo).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.002897-5, da comarca de São José (Vara da Fazenda Pública), em que é apelante representante do Ministério Público, e apelados Édio Osvaldo Vieira e Dário Elias Berger:

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso voluntário e negar-lhe provimento e dar provimento ao reexame necessário para julgar parcialmente procedente o pedido. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 25 de outubro de 2012, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. José Volpato de Souza, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos.

Florianópolis, 25 de outubro de 2012.

Júlio César Knoll
RELATOR

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina ajuizou, na Vara da Fazenda Pública da comarca de São José, a presente Ação Civil Pública contra Édio Osvaldo Vieira e Dário Elias Berger, pois, segundo consta na petição inicial (fls. 4-5):

> Chegou ao conhecimento do Ministério Público por meio da imprensa e depois na fonte aberta de informação constituída pelo sítio do Tribunal de Contas da União que os demandados foram considerados responsáveis por atos de má gestão que resultaram em prejuízo ao Erário Público. Os mesmos fatos eram objeto de procedimentos administrativos preliminares em curso nesta 8ª Promotoria de Justiça da Comarca de São José, instaurados a partir de solicitação do Conselho Municipal de Saúde.
>
> Dário Berger, ao tempo dos fatos encontrava-se no exercício do cargo de prefeito municipal de São José. Édio Osvaldo Vieira encontrava-se no exercício do cargo de Secretário Municipal de Saúde. Ambos reuniam as atribuições de ordenadores de despesa pública na área da saúde, sendo o segundo o gestor do Fundo Municipal da Saúde.

No desempenho das funções dos cargos públicos que ocupavam, baseados em laudos de avaliação incompletos e sem levar em conta a inadequação do imóvel para abrigar um centro de saúde, decidiram por contratar a locação do imóvel localizado na Rua Caxambu, nº 551, Bairro Serraria (Contrato 284/2003) que, exatamente por não apresentar as condições para instalação de um centro de saúde, acabou não sendo sequer ocupado, embora o município tenha promovido reformas no valor de R$ 44.000,00 (Contrato 065/2004) e o pagamento de alugueres mensais, na ordem de R$ 845,00 (oitocentos e quarenta e cinco reais) implicando agudo prejuízo ao erário e o simultâneo benefício ao dono do imóvel, Laércio José Vieira, em face das benfeitorias realizadas e só por este desfrutada.

A conduta imoral e ímproba dos demandados que, repete-se, eram os ordenadores das despesas relativas à gestão da saúde no município, constitui desvio de recursos do Fundo Municipal de Saúde, afrontando os direitos dos administradores em relação aos recursos orçamentários destinados ao setor, comprometendo, assim, o princípio da universalidade do acesso aos serviços de saúde na medida de supressão daquela importância para custeio do direito à saúde pública em São José.

O pagamento das despesas da locação e a reforma do aludido imóvel foram feitos com recursos do Fundo Municipal da Saúde por determinação dos demandados, e constitui indicativo do desprezo de ambos para com os recursos destinados à saúde pública, permitindo inferir que assim procederam pela confiança na impunidade em malbaratar o dinheiro público, que podia, inclusive, ser jogado fora, pois o imóvel sequer foi ocupado, mas mesmo assim recebeu benfeitorias custeadas com o dinheiro do mesmo Fundo Municipal de Saúde.

Ainda, o proprietário do imóvel, senhor José Laércio Vieira, ajuizou ação cominatória com obrigação de fazer cominada [*sic*] com ação de despejo e cobrança de aluguéis e ainda perdas e danos contra o Município de São José, pleiteando a condenação do Município ao pagamento de R$ 94.937,00 (noventa e quatro mil e novecentos e trinta e sete reais), valores estes que se confirmados na sentença deverão ser pagos pelos demandados e não pelo Município.

Afirmou, dessa forma, que o fato acima relatado, praticado pelos réus, implicou em afronta aos princípios da legalidade e moralidade insculpidos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, de modo que constituiu ato de improbidade administrativa (artigos 10 e 11, inciso I, da Lei n. 8.429/1992).

Disse que o episódio gerou grande prejuízo aos cofres do município de São José, uma vez que se empregou o valor superior a R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) do Fundo Municipal de Saúde na ocupação e reforma do imóvel que jamais foi utilizado pela Secretaria de Saúde.

Dessa forma postulou, liminarmente, seja ordenada a indisponibilidade dos bens dos réus (imóveis, depósitos em contas bancárias e aplicações financeiras), no valor de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); e, ao final, a procedência do pedido a fim de que ambos sejam condenados à obrigação de repor os prejuízos ao Fundo Municipal da Saúde, devidamente corrigidos, bem como a condenação nas sanções civis relacionadas no artigo 12, incisos I e II, como também pela prática das infrações descritas nos artigos 10 e 11, inciso I, todos da Lei n. 8.429/1992 (fls. 2-11).

Defesa preliminar de Édio Osvaldo Vieira e Dário Elias Berger às fls. 497-515 e 558-582.

Decisão interlocutória às fls. 601-613, em que se recebeu a petição inicial e determinou-se a citação dos réus para, querendo, oferecer contestação.

O réu Édio Osvaldo Vieira apresentou contestação às fls. 634-661. Preliminarmente, postulou a suspensão da presente Ação Civil Pública em decorrência de ação penal em trâmite relativa aos fatos abordados neste processo. No mérito, alegou o descabimento da pretensão do autor, diante dos seguintes motivos: a) não há nos autos elementos que indiquem ter o réu agido com dolo ou má-fé, razão por que não está tipificado o ato de improbidade administrativa; b) que o valor pago pelo aluguel do imóvel

é condizente com o de mercado, bem como que aquele era inadequado para abrigar a instalação de um centro de saúde; c) não há falar em beneficiamento do dono do imóvel em razão das reformas realizadas no bem com verba oriunda do erário municipal, visto que após o rompimento do contrato de aluguel o proprietário do imóvel nem sequer chegou a utilizá-lo; d) a locação do imóvel somente ocorreu diante da necessidade da instalação de um centro de saúde no bairro de Serraria, visando a atender, tão somente, ao interesse público; e) que o acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União, que condenou os réus, dentre outras pessoas, ao recolhimento de multa em favor do Tesouro Nacional, não reconheceu a prática de ato de improbidade administrativa por parte deles; f) porque as medidas tomadas pelos réus era necessária e atendia aos anseios dos moradores do bairro Serraria, não há falar em ato de improbidade administrativa.

O réu Dário Elias Berger deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentação de contestação, consoante o teor da certidão de fl. 712.

Às fls. 715-717, o Ministério Público requereu a remessa dos autos à Justiça Federal, *ex vi* da Súmula 208 do Superior Tribunal de Justiça, visto que foi utilizada, para a locação do aludido imóvel, verba oriunda da União.

Posteriormente, sobreveio sentença da lavra da MMa. Juíza de Direito Dra. Andréa Cristina Rodrigues Studer, que repeliu as preliminares arguidas por ambas as partes durante a instrução do processo e, no mérito, julgou improcedente o pedido formulado na petição inicial, porquanto ausente prova de enriquecimento ilícito ou má-fé dos réus, havendo, tão somente, má administração da coisa pública.

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina interpôs recurso de apelação (fls. 729-740).

Nele alegou, preliminarmente, a incompetência da Justiça Estadual para o julgamento do feito, motivo pelo qual requereu a remessa dos autos à Justiça Comum federal.

No mérito, insurgiu-se contra a realização do julgamento antecipado da lide, pois, no entender do Órgão ministerial *a quo*, a questão debatida no processo em tela deveria ser corroborada, além dos documentos existentes nos autos, pela prova testemunhal.

Afirmou, também, que o julgamento antecipado da lide consistiu em negativa ao direito de jurisdição do autor. Requereu, dessa forma, a anulação da sentença objurgada e o retorno dos autos ao Juízo *a quo* a fim de se completar a instrução processual com a produção de outras provas, além da documental.

Contrarrazões do réu Édio Osvaldo Vieira às fls. 746-777, em que reiterou os argumentos lançados na contestação.

O réu Dário Elias Berger, por sua vez, apresentou contrarrazões às fls. 778-789).

Preliminarmente, afirmou que o fato de que o próprio Ministério Público de Santa Catarina ter confessado a incompetência da Justiça Estadual enseja a extinção do processo sem julgamento de mérito, por ausência de legitimidade ativa.

No mérito, alegou a sua ausência de responsabilidade pelo mau uso do dinheiro público, uma vez que sua atuação é "macropolítica", bem como que não há falar em responsabilidade objetiva na seara do poder público.

Alegou, ainda, que o escopo da Lei de Improbidade Administrativa é punir o ato desonesto do administrador e não o ato inábil.

Em conclusão, requereu o desprovimento do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. André Carvalho, que opinou pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, para reformar a sentença recorrida e julgar procedente o pedido

formulado na petição inicial, a fim de condenar os réus às sanções previstas no artigo 12, incisos II e III, da Lei de Improbidade Administrativa (fls. 795-817).

Após, os autos ascenderam a esta Corte de Justiça para julgamento.

VOTO

1 *Do reexame necessário*

Inicialmente, destaco que a sentença proferida nestes autos está sujeita ao reexame necessário, uma vez que, por meio da integração do microssistema processual coletivo, aplica-se por analogia a primeira parte do artigo 19 da Lei n. 4.717/1965 às sentenças de improcedência de ação civil pública.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 19 DA LEI 4.717/1965.
>
> 1. "Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário" (Resp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 19.5.2009, Dje 29.5.2009).
>
> 2. Agravo Regimental não provido (AgRg no REsp n. 1.219.033/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, Órgão Julgador: Segunda Turma, j. em 17-3-2011)

Assim, diante da devolução da matéria, passo a analisá-la conjuntamente com o objeto do apelo.

2 Das preliminares

2.1 Da incompetência da Justiça Estadual

O apelante requereu, preliminarmente, o reconhecimento da incompetência da Justiça Estatual para o julgamento do feito e, consequentemente, a remessa dos autos à Justiça Federal, uma vez que a verba empregada para a reforma do imóvel objeto desta Ação Civil Pública adveio de recursos emitidos pela União ao município de São José, em razão de convênio firmado por ambos os entes federativos.

O apelado Dário Elias Berger, por sua vez, pugnou pelo reconhecimento da incompetência da Justiça Estadual, o que deve acarretar a extinção do processo sem julgamento de mérito, porquanto, uma vez competente o Juízo Federal, há ilegitimidade ativa do *Parquet* Estadual.

Ambos os pleitos preliminares são rejeitados.

Primeiramente, no que diz respeito àquele formulado pelo Ministério Público, não obstante a Súmula 208 do Superior Tribunal de Justiça descrever que "compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal", não se pode olvidar que a Súmula 209, do mesmo Tribunal, assevera que "compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal".

Na espécie, verifica-se a incorporação da quantia repassada pela União ao município de São José, porquanto somente este, sem intervenção da União, empregou a verba oriunda do convênio para a reforma do imóvel objeto destes autos.

Nesse sentido:

> "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AJUIZADA POR MUNICÍPIO CONTRA EX-PREFEITO. CONVÊNIO ENTRE MUNICÍPIO E ENTE FEDERAL. UTILIZAÇÃO IRREGULAR DE RECURSOS PÚBLICOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

> 1. Trata-se de ação de improbidade administrativa proposta por Município contra ex-prefeito, por suposto desvio de verba – já incorporada pela Municipalidade – sujeita à prestação de contas perante órgão federal, no caso, a FUNASA (fundação pública vinculada ao Ministério da Saúde).
>
> 2. Nos termos inciso I, do art. 109, da CRFB/88, a competência cível da Justiça Federal define-se pela natureza das pessoas envolvidas no processo – rationae personae –, sendo desnecessário perquirir a natureza da causa (análise do pedido ou causa de pedir), excepcionando-se apenas as causas de falência, de acidente do trabalho e as sujeitas às Justiças Eleitoral e do Trabalho.
>
> 3. Malgrado a demanda tenha como causa de pedir – a ausência de prestação de contas (por parte do ex prefeito) de verbas recebidas em decorrência de convênio firmado com órgão federal – situação que, nos termos da Súmula 208/STJ, fixaria a competência na Justiça Federal (já que o ex gestor teria que prestar contas perante o referido órgão federal), não há, no pólo passivo da ação, quaisquer dos entes mencionados no inciso I do art. 109, da CF. Assim, não há que se falar em competência da Justiça Federal.
>
> 4. Corrobora o raciocínio, o entendimento sedimentado na Súmula 209/STJ, no sentido de fixar na Justiça Estadual a competência para o processo e julgamento das causas em que as verbas recebidas pelo Município, em decorrência de irregularidades ocorridas no Convênio firmado com a União, já tenham sido incorporadas à Municipalidade – hipótese dos autos.

5. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito de Marcelância/MT, o suscitado" (CC n. 100.507/MT, rel. Min. Castro Meira, Órgão Julgador: Primeira Seção, j. em 11-3-2009).

Assim, *ex vi* da Súmula 209 do Superior Tribunal de Justiça, a competência para o julgamento da lide pertence à Justiça Comum estadual.

Logicamente, porque afastada a preliminar arguida pelo Ministério Público, foi rechaçada, uma vez que possui a mesma fundamentação jurídica, a prefacial suscitada pelo réu Dário Elias Berger.

2.2 Do julgamento antecipado da lide

A Magistrada *a quo* julgou antecipadamente a lide, por entender desnecessária a produção de outras provas além das constantes dos autos.

O fato acima relatado gerou a insurgência do apelante, que afirmou a nulidade do *decisum*, uma vez que, entendendo ausentes as provas constitutivas do direito pleiteado, deveria a MMa. Juíza de Direito ter oportunizado a sua produção e não julgar improcedente o pedido por ausência de provas.

Entretanto, entendo que o julgamento antecipado da lide não implicou mácula ao direito do apelante, mormente porque o fundamento utilizado pela Magistrada *a quo* para julgar improcedente o pedido formulado pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina foi, tão somente, a ausência de quaisquer provas acerca do enriquecimento ilícito ou má-fé dos recorridos.

Em momento algum a Dra. Juíza de Direito afirmou que o pleito formulado na petição inicial era improcedente simplesmente por não haver quaisquer provas nos autos e, sim, por inteligir que o arcabouço probatório acostado não permite caracterizar as situações de enriquecimento ilícito ou má-fé dos réus.

Ressalta-se que eventual ato da Magistrada, consistente no prolongamento da fase instrutória, até que se provasse efetivamente um enriquecimento ilícito ou uma má-fé dos apelados, implicaria no perdimento de sua imparcialidade.

Na espécie, a produção de provas foi oportunizada. O apelante, contudo, instado a se manifestar acerca da contestação, limitou-se a pugnar a remessa do autos à Justiça Federal (fl. 715-717). Assim, porque nada pediu, entendeu estarem presentes nos autos os elementos necessários à solução do deslinde.

Não há falar, portanto, em prejuízo, menos ainda em nulidade.

Logo, afasto a preliminar relativa à temática acima analisada.

2.3 Da conexão com a Ação Civil Pública n. 064.07.017073-1

Da mesma forma, não prospera o pedido de conexão dos presentes autos com a Ação Civil Pública n. 064.07.017073-1 formulado pelo apelado Édio Osvaldo Vieira.

É que, em consulta ao Sistema de Automação do Judiciário – SAJ, verifica-se que a referida ação possui as mesmas partes, porém objeto e causa de pedir distintos, porquanto naquele feito discute-se supostas irregularidades em processo licitatório para aquisição de equipamentos de informática para equipar e estruturar o departamento de serviços de vigilância epidemiológica do município de São José.

Logo, afasto o pedido relativo à reunião de ambos os processos para julgamento conjunto.

3 Do mérito

Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra Dário Elias Berger e Édio Osvaldo Vieira em razão de suposto mau emprego de verba pública do Fundo Municipal de Saúde, oriunda de convênio com a União, utilizada para o pagamento do aluguel (Contrato n. 284/2003) e reforma (Contrato n. 065/2004) de imóvel localizado no bairro Serraria, no município de São José.

Inicialmente, destaco que a questão em voga foi minuciosamente analisada pelo Tribunal de Contas da União a partir de denúncias realizadas, de modo que, conforme consta no Acórdão n. 1306/2007, da lavra do eminente Ministro Guilherme Palmeira, datado de 27-6-2007, os apelados foram condenados ao pagamento de multa civil aos cofres do Tesouro Nacional, no valor de R$ 4.000,00 (quatro mil reais) cada um, por irregularidades na aplicação de dotações orçamentárias municipais do Fundo Municipal de Saúde.

Consta do referido acórdão que ao apelado Dário Elias Berger, ex-Prefeito do município de São José, foi imputada a responsabilidade pelas irregularidades concernentes ao aluguel do imóvel no bairro Serraria e pela efetivação do contrato com a liberação dos recursos necessários à reforma do referido bem, pois, segundo fundamentou o eminente Ministro Relator:

> Não há propriamente uma defesa de mérito, mas sim uma continuação da defesa preliminar, tentando colocar [*o apelado Dário*] a responsabilidade dos atos nos subordinados e na Procuradoria Geral do Município. O ex-Prefeito nomeou seus subordinados e, por certo, eram de sua confiança. Isso, entretanto, não o exime de sua responsabilidade. No presente caso, é responsável duas vezes: responsável direto, ao assinar o contrato; e responsável indireto, quando nomeou seus auxiliares diretos. As irregularidades cometidas foram muito graves, tanto as formais quanto as materiais. O ex-Prefeito da PMSJ alugou um imóvel sem uma prévia avaliação tecnicamente aceitável (com fortes indícios de simulação), que não apresentava condições de uso; assinou um contrato para uma reforma em imóvel de terceiros, em desacordo com o CMS, sem garantias de retorno do investimento, tendo resultado prejuízos ao Fundo Municipal de Saúde e lucros ao proprietário do imóvel, que recebeu (e continua recebendo) os aluguéis contratuais e parte da generosa reforma de seu imóvel com recursos públicos da saúde. Fica caracterizada, então, a prática de ato de gestão ilegal e antieconômico, do qual resultou dano ao Erário, impondo-se a reposição dos recursos ao Fundo Municipal de Saúde, podendo, ainda, ser aplicada a multa prevista no art. 57 da Lei n.º 8.443/92 (fl. 437).

Ao apelado Édio Osvaldo Vieira, ex-Secretário de Saúde do município de São José, também foi atribuída a responsabilidade pela contratação do aluguel e pela autorização na reforma do imóvel, porquanto está consignado no corpo do acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União que,

> É certo que a precariedade de um centro de saúde exige uma ação imediata. Isso, porém, não se presta a justificar atos irregulares. Alugar por apenas um ano, sem garantias de renovação do contrato, e gastar, como queria o ex-Secretário, R$ 44.000,00 numa reforma que só estaria pronta faltando quatro ou cinco meses para o final desse contrato de locação, não é um ato que possa ser considerado

> de acordo com os princípios da legalidade e moralidade. Considerar que o período necessário para reforma como de uso, na melhor das hipóteses, é ingenuidade, pois justamente a necessidade de reformar o prédio é que inviabilizava sua locação por apenas um ano. Todas as exigências normativas para as instalações de um centro de saúde apontadas pelo ex-Secretário depõem contra seus próprios argumentos: mostram quão longe das condições exigidas se encontrava o citado imóvel. Alegar que a construção de um novo centro de saúde custaria R$ 336.000,00 não ajuda a justificar a locação, pois não se discutia as vantagens de construir ou alugar. É evidente que a construção de um imóvel novo, com 370 m², deve custar mais que uma reforma simples de uma casa de 236 m² (ver orçamento a fls. 215, anexo 3, v-1) [...] (fl. 441)

Extrai-se do acórdão acima colacionado (fls. 433-467) que aos apelados Dário Elias Berger e Édio Osvaldo Vieira foi imputada a responsabilidade pelas irregularidades referentes ao aluguel do imóvel no bairro Serraria. Quanto à reforma do bem, a responsabilidade foi imputada aos apelados pela efetivação do contrato, mas, quanto ao início das obras, atribuiu-se a culpa a Vanildo Macedo, ex-Prefeito Municipal de São José, e Karin Cristine Geller, ex-Secretária Municipal de Saúde da Prefeitura de São José.

De outro vértice, em relação aos presentes autos, a Magistrada *a quo* julgou improcedente o pedido formulado pelo Ministério Público, que visava à condenação dos apelados nas sanções civis relacionadas no artigo 12, incisos I e II, como também pela prática das infrações descritas nos artigos 10 e 11, inciso I, todos da Lei n. 8.429/1992 (fls. 2-11), sob o fundamento de que não há "provas de enriquecimento ilícito ou má-fé dos Réus, mas apenas de má administração quanto a este projeto" razão pela qual "não restou [*sic*] caracterizada a improbidade administrativa" (fl. 726). Ou seja, reconheceu que, diante da ausência de dolo, não há falar em condenação.

Contudo, a despeito dos argumentos utilizados na decisão objurgada, entendo que a reforma da sentença em reexame necessário é a medida que se deve impor.

É que a Lei n. 8.429/1992, ao definir o conceito de improbidade administrativa no *caput* do artigo 10, não deixa dúvidas de que os atos desta modalidade podem ser praticados de forma comissiva ou omissiva, pois, de acordo com o referido dispositivo legal, "constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei" (sem destaques no original).

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte, em consonância com o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, assentou que se prescinde do dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa descrito no dispositivo legal acima mencionado, consoante se observa neste precedente:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - UTILIZAÇÃO DE VEÍCULO PERTENCENTE AO PODER PÚBLICO PARA ATENDIMENTO DE INTERESSES PARTICULARES - PRETENSÃO JULGADA PROCEDENTE - APLICAÇÃO DE MULTA - RECURSO DESPROVIDO
>
> Há atos que caracterizam "improbidade administrativa" independentemente do elemento subjetivo da conduta do agente. Conforme o Ministro Herman Benjamin, o argumento de não ter havido má-fé é "irrelevante, pois a configuração dos atos de improbidade por dano ao Erário e o dever de ressarcimento decorrem de conduta dolosa ou culposa, de acordo com os arts. 5º e 10 da Lei 8.429/1992" (STJ, REsp n. 723.494). (Apelação Cível n. 2009.027170-9, de Campo Belo do Sul, rel. Des. Newton Trisotto, j. em 2-3-2010)

Aliás, "para a configuração dos atos de improbidade administrativa, previstos no art. 10 da Lei n. 8.429/1992, exige-se a presença do efetivo

dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa (elemento subjetivo)" (REsp n. 1.233.502/MG, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Órgão Julgador: Segunda Turma, j. em 14-8-2012).

Portanto, ainda que ausente o dolo do gestor público, presente o prejuízo ao erário público, decorrente de atitude negligente daquele, caracterizado está o ato de improbidade administrativa.

Da análise ao plexo fático-probatório presente nestes autos, constata-se, de forma clara, que os apelados Dário e Édio praticaram, na modalidade culposa, ato de improbidade que redundou em prejuízo aos cofres do Fundo Municipal da Saúde do município de São José.

Infere-se dos autos que, por meio do Contrato n. 284/2003 (fls. 420-424), o município de São José, representado pelos apelados, alugou o imóvel situado na Rua Caxambu, n. 551, Bairro Serraria, São José (SC), com dispensa do procedimento licitatório, com fundamento no artigo 24, inciso X, da Lei n. 8.666/1993, que assim dispõe:

"Art. 24. É dispensável a licitação: [...]

> X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia".

Contudo, apesar da dispensa, o imóvel acima descrito nem sequer era dotado de características que permitiam a instalação de um posto de saúde, de modo que nem mesmo uma avaliação foi feita para tal.

Tal fato, por si só, torna nítida a negligência do gestor público que, por ignorar procedimento legalmente exigido, escolheu mal o imóvel a ser alugado para implantação de um posto de saúde, investimento que resultou em mais gastos com a dispendiosa reforma do bem.

Da mesma forma, alugou-se o imóvel com base em simples laudos de corretores para fins de se conhecer o valor de mercado (fls. 409-411), documentos estes que, conforme mencionado pelo eminente Ministro Guilherme Palmeira, do Tribunal de Contas da União:

> "com uma simples vista é possível notar a falta de qualificação profissional de quem os emitiu: mal escritos, mal formatados, mal fundamentados, com omissões inexplicáveis [...], os laudos apresentados têm pouca credibilidade e provavelmente vêm da mesma fonte, já que, embora diferenciados, possuem coincidências intrigantes: nenhum deles especifica a área do imóvel; não há referência ao estado de conservação; nenhum deles foi datado; apresentam vários atropelos gramaticais, tais como 'sala estar' em vez de 'sala de estar', 'está' em vez de 'esta' (1º e 2º laudos), 'pôr' em vez de 'por' (2º e 3º laudos). Há, também, coincidências na estrutura do texto (sublinhados, texto não justificado à direita, distância excessiva entre parágrafos, tipo e tamanho da fonte). Essas coincidências, isoladamente, não teriam grande significado; em conjunto, porém, permitem formar a convicção de que tais laudos não passam de uma simulação" (fl. 440).

Ademais, para a instalação de uma unidade de saúde, o imóvel deve apresentar determinadas características que estão descritas no "Regulamento técnico para planejamento, programação, elaboração e avaliação de projetos físicos de estabelecimentos assistenciais de saúde", do Ministério da Saúde (fls. 98-236).

Na espécie, apesar da remota probabilidade de se encontrar um imóvel que esteja em pleno acordo com as exigências do aludido regulamento técnico, caberia ao gestor público procurar, ao menos, um imóvel que melhor atendesse àqueles requisitos, a fim de dispensar profundas modificações e reformas, principalmente em casos como o dos autos, cuja motivação de aluguel do imóvel foi a urgente necessidade de uma nova unidade de saúde, diante da precariedade do posto existente.

Alugar imóvel sobre o qual não se fez nenhum estudo, ainda que mínimo, para saber se poderia abrigar uma unidade de saúde, baseando-

se tão somente em laudos precários de corretores que se limitaram a quantificar o importe de aluguel, é atitude que indica desleixo com o patrimônio público.

Além disso, com a locação do imóvel em tela deu-se início a um processo de reforma que, além de dispendioso, teve duração por quase todo o período de contrato de aluguel, o que reforça o já afirmado descaso com o erário público, mal gerido e mal aplicado.

A flagrante desídia do administrador público para com as verbas provenientes do Fundo Municipal de Saúde permitiria, até mesmo, que se ousasse falar de dolo. Todavia, os elementos acostados aos autos não permitem que tal tese seja sustentada.

Logo, a extrema negligência dos apelados na situação aqui retratada leva à conclusão de que houve a prática, pelos apelados, de ato de improbidade administrativa, não por dolo, mas culpa.

A locação de um imóvel flagrantemente inapto à instalação de um posto de saúde (o que se pode verificar facilmente pelas fotos acostadas, bem como pela dispendiosa reforma nele realizada), demonstra que os apelados agiram com descuido, uma vez que eram igualmente responsáveis pela aplicação das verbas do Fundo Municipal de Saúde.

De outro vértice, no que diz respeito à reforma do imóvel, pactuada por meio do Contrato n. 065/2004, ainda que não tenha sido efetivada durante a gestão dos ora réus, foi por eles contratada, não se lhes podendo retirar a responsabilidade. A escolha do imóvel, por si só, consistiu num ato de manifesta negligência, de modo que a sua reforma, por conseguinte, contratada por alto custo para ser completada, a princípio, apenas quando faltassem quatro ou cinco meses para o término do contrato de aluguel (isso se não houvesse qualquer atraso, o que é esperado de qualquer projeto, tanto públicos quanto privados), igualmente demonstra desídia do gestor público para com o erário municipal.

Ainda que a precariedade do atual centro de saúde demandasse uma rápida atuação do gestor, tudo deveria ter sido feito dentro da mais absoluta regularidade, de acordo com a lei e os princípios regentes da Administração Pública. Como bem se destacou no acórdão referido,

> "alugar por apenas um ano, sem garantias de renovação do contrato, e gastar, como queria o ex-Secretário, R$ 44.000,00 numa reforma que só estaria pronta faltando quatro ou cinco meses para o final desse contrato de locação, não é um ato que possa ser considerado de acordo com os princípios da legalidade e moralidade. Considerar que o período necessário para reforma como de uso, na melhor das hipóteses, é ingenuidade, pois justamente a necessidade de reformar o prédio é que inviabilizava sua locação por apenas um ano. Todas as exigências normativas para as instalações de um centro de saúde apontadas pelo ex-Secretário depõem contra seus próprios argumentos: mostram quão longe das condições exigidas se encontrava o citado imóvel. Alegar que a construção de um novo centro de saúde custaria R$ 336.000,00 não ajuda a justificar a locação, pois não se discutia as vantagens de construir ou alugar. É evidente que a construção de um imóvel novo, com 370 m², deve custar mais que uma reforma simples de uma casa de 236 m²" (fl. 441).

Dessa forma, porque verificado o prejuízo ao erário público (elemento objetivo), como consequência da conduta negligente dos réus (elemento subjetivo), consistente na reforma de um imóvel inapto para abrigar um posto de saúde, de modo que essa reforma perdurou por mais da metade do tempo de vigência do contrato de locação celebrado pelo município de São José, este representado pelos apelados, entendo estar caracterizado o ato culposo de improbidade administrativa, nos termos do artigo 10, *caput*, da Lei n. 8.429/1992, ou seja, aquela decorrente de atos que causam lesão ao erário, seja por ação ou omissão, dolosa ou culposa.

Consequentemente, a penalidade a ser aplicada é aquela prevista no artigo 12, inciso II, da referida legislação, que assim dispõe:

> "Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato

> de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: [...]
>
> II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; [...]".

Portanto, cabe aos réus o dever solidário de restituir aos cofres do Fundo Municipal de Saúde os aluguéis pagos durante todo o período de locação, bem como todos os gastos efetuados com a reforma do imóvel, ambos os importes devidamente atualizados, bem como o pagamento de multa civil, igualmente solidária, no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Conclusão

Diante do exposto, vota-se por desprover o recurso do Ministério Público de Santa Catarina e dar provimento ao reexame necessário para reformar a sentença, julgando parcialmente procedente o pedido para condenar os réus, solidariamente, ao ressarcimento integral do dano, nos termos acima mencionados, e ao pagamento, igualmente solidário, de multa civil no importe de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Sem custas ou honorários advocatícios (artigo 18 da Lei n. 7.347/1985).

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2012.054551-8/0001.00, de Blumenau

Relator: Des. Subst. Rodolfo C. R. S. Tridapalli

> AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO, LIMINARMENTE, AO RECURSO – ATO ORDINATÓRIO PRATICADO POR FUNCIONÁRIO DO CARTÓRIO – DELEGAÇÃO DE PODERES EMINENTEMENTE JURISDICIONAIS PELO MAGISTRADO *A QUO,* POR MEIO DE PORTARIA – ATO QUE EXTRAPOLA ATIVIDADE MERAMENTE EXECUTIVA, PRÓPRIA DOS ATOS ORDINATÓRIOS – FEIÇÃO DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA – LESÃO AO DIREITO DA PARTE AGRAVANTE - CUNHO LESIVO - RECORRIBILIDADE - RECURSO PROVIDO.
>
> A delegação de atribuições para a prática de atos processuais somente pode dizer respeito à prática de atos executivos, jamais decisórios (cf. DIDIER, Fredie Junior. Curso de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 9 ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 85).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2012.054551-8/0001.00, da

comarca de Blumenau (4ª Vara Cível), em que é agravante BANCO BONSUCESSO S/A, e agravado LACY DA SILVA OLIVEIRA:

A Câmara Civil Especial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe seguimento. Custas *ex lege*.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, a Exma. Sra. Desa. Cláudia Lambert de Faria e o Exmo. Sr. Des. Rui Fortes, que o presidiu.

Florianópolis, 22 de novembro de 2012.

RODOLFO C. R. S. TRIDAPALLI
RELATOR

RELATÓRIO

Ação: de Indenização por Danos Morais n. 008.11.001967-6, ajuizada por LACY DA SILVA OLIVEIRA, ora Agravado, contra BANCO BONSUCESSO S/A, ora Agravante.

Pronunciamento do Juízo *a quo:* por meio de ato ordinatório, autorizado pela Portaria n. 05/08, intimou o devedor para pagar a quantia de R$ 5.000,00 relativa a decisão de fls. 40-41, no prazo de 15 dias, sob pena de multa de 10% sobre o valor do débito e, caso não faça o pagamento, já intimou para, no mesmo prazo, indicar bens penhoráveis ou explicitar a impossibilidade de fazê-lo, sob pena de se considerar ato atentório à dignidade da Justiça, aplicando-se multa de 20% sobre o valor do débito atualizado (fl. 210).

Recurso: o Requerido interpôs Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo, sustentando, em linhas gerais, que se encontra em franca situação de constrição definitiva, visto que uma vez efetivada a penhora resultará configurado o dano grave de difícil reparação (fls. 2-11).

Pronunciamento do Juiz de Segundo Grau no Agravo de Instrumento: negou seguimento ao Agravo de Instrumento interposto, por constatar que o ato ordinatório praticado por servidor público é irrecorrível (fls. 222-223).

Agravo Inominado: aduz, em suma, que apesar de se tratar de ato ordinatório, o qual teoricamente não é passível de revisão pelo Tribunal de Justiça, salienta que a ordem proferida invade o patrimônio do Agravante, causa lesão grave de difícil reparação (fls. 225-229).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se Agravo Inominado ou Sequencial, tempestivamente interposto da decisão monocrática que negou seguimento ao Agravo de Instrumento originário por constatar que o ato ordinatório praticado por servidor público é irrecorrível (fls. 222-223).

Antes do voto da revisora, e. Desa. Cláudia Lambert de Faria, havia me manifestado pelo não provimento do presente recurso, com base no entendimento segundo o qual, a teor do art. 162 do CPC, percebe-se que os atos ordinatórios não consistem em despachos sequer, porque não praticados pelo Juiz. Assim, independemente do conteúdo decisório do ato impugnado, ele é irrecorrível, porque não consiste em pronunciamento judicial.

Ademais, nota-se que os atos ordinatórios são passíveis de revisão pelo próprio Juiz que os delegou, quando necessário, de forma que a parte deve requerer ao Magistrado *a quo* o exame do pronunciamento atacado. Desse ato praticado pelo Juiz, a parte poderá, então, interpor recurso, caso haja caráter decisório.

Todavia, revendo posicionamento anterior e a peculiaridade dos autos em apreço, vejo que razão assiste ao Agravante ao dizer que o ato

ordinatório de fl. 210, o qual teoricamente não é passível de revisão pelo Tribunal de Justiça, causa-lhe lesão grave de difícil reparação, assumindo cunho interlocutório.

Pois bem.

No Agravo por Instrumento, o Agravante insurgiu-se contra o ato ordinatório praticado por servidor do cartório judicial (fl. 210), que, em observância à Portaria n. 05/08 do Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Blumenau, o intimou para pagar a quantia de R$ 5.000,00, no prazo de 15 dias, sob pena de multa de 10% sobre o valor do débito e, caso assim não proceda, já o intimou para, no mesmo interregno de tempo, indicar bens penhoráveis ou explicitar a impossibilidade de fazê-lo, sob pena de se considerar ato atentório à dignidade da Justiça, aplicando-se multa de 20% sobre o valor do débito atualizado. Como se vê, o ato ordinatório atacado visa a cumprir o disposto no art. 475-J do Código de Processo Civil.

Com efeito, a legislação processual civil autoriza o Escrivão a praticar atos sem conteúdo decisório, que visam somente a impulsionar o feito. Assim dispõe o § 4º do art. 162 do CPC:

> Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.
>
> § 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.
>
> § 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.
>
> § 3º São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma.
>
> § 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários.

A legislação estadual, por sua vez, autoriza o Juiz a delegar ao Escrivão a prática de outros atos, a fim de racionalizar os serviços judiciários. É o caso do Magistrado da 4ª Vara Cível de Blumenau, que expediu a Portaria 05/08.

Sobre a matéria, estabelecem os arts. 185, 187 e 188 do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina:

> Art. 185. Na área cível, os atos processuais a seguir descritos independem de despacho judicial e deverão ser realizados pelo escrivão ou servidores devidamente autorizados: [...].
>
> Art. 187. Todos os atos que independem de despacho serão consignados nos autos, podendo ser revistos de ofício pelo juiz ou a requerimento das partes.
>
> Art. 188. Os magistrados poderão delegar outros atos, observados os princípios da legalidade, economia processual e racionalidade dos serviços judiciários.

No entanto, no caso *sub judice,* a prática do ato ordinatório, delegado pelo Magistrado da 4ª Vara Cível da Comarca de Blumenau ao servidor da escrivania, ultrapassou a característica de ato de mero impulso processual, consoante faculta o § 4º do art. 162 do CPC, e invadiu a atividade judicial própria de quem é investido de jurisdição, ou seja, praticou ato próprio de Juiz.

Isso porque não simplesmente intimou o Executado/Agravante para cumprir o comando da sentença, no prazo de 15 dias, sob pena de multa de 10% sobre o valor do débito, nos moldes do art. 475-J do CPC, mas foi além, consignou que caso assim não proceda, já resulta intimado para, no mesmo interregno de tempo, indicar bens penhoráveis ou explicitar a impossibilidade de fazê-lo, sob pena de se considerar ato atentório à dignidade da Justiça, aplicando-se multa de 20% sobre o valor do débito atualizado. Ou seja, ao aplicar multa por eventual prática de ato atentório

à dignidade da Justiça, praticou ato inequivocadamente judicial, cuja competência para fazê-lo é própria de juiz de carreira.

Aliás, segundo o princípio da investidura a "jurisdição só será exercida por quem tenha sido regularmente investido na autoridade de juiz. Sem ter sido regularmente investido na condição de juiz, ninguém poderá exercer a função jurisdicional" (DIDIER, Fredie Junior. Curso de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 9 ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 83).

Está certo que o servidor somente assim agiu porque autorizado pelo Magistrado *a quo* que, por meio de edição da Portaria n. 05/08, delegou prática do ato dito ordinatório a serventuário da Justiça. O próprio Juiz, por meio de delegação de poderes inerentes à jurisdição, que, em tese, é indelegável, extrapolou sua autoridade e endossou a prática de ato judicial lesivo ao direito da parte Agravante.

A jurisdição, sabe-se, é informada também pelo princípio da indelegabilidade, que preleciona que "a função jurisdional não pode ser delegada" (DIDIER, Fredie Junior. Curso de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 9 ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 84).

Esse princípio, entretanto, comporta certas exceções. É permitido ao regularmente investido de jurisdição delegar atos jurisdicionais não decisórios e atos administrativos, tais como intimação obrigatória do Ministério Público, vista de documentos à parte adversa da que os juntou, juntada de documentos e peças processuais, a ser regulado pelas leis de organização judiciária de cada Estado.

Portanto, a delegação de atribuições para a prática de atos processuais somente pode dizer respeito à prática de atos executivos, jamais decisórios (cf. Ob. Cit., p. 85).

Assim, com o firme intuito de priorizar a garantia constitucional de acesso à justiça e o direito de recorrer das decisões judiciais que causam gravame à parte, e não de simplesmente racionalizar os recursos que diariamente ascendem ao segundo grau de jurisdição, entendo por bem admitir o recurso e analisar o pedido de efeito suspensivo, a fim de dar-lhe o devido prosseguimento.

Com efeito, após vislumbrar o caso concreto de outro ponto de vista, concordo que, neste caso em específico, o ato ordinatório, endossado pelo Magistrado *a quo* por meio da Portaria n. 05/08 da 4ª Vara Cível da Comarca de Blumenau, assumiu feições de decisão interlocutória capaz de causar gravame à parte Recorrente, não sendo o caso de se negar seguimento ao agravo e sim de o recurso ter seu seguimento, para que a Câmara Especial analise o efeito suspensivo pleiteado e a Câmara Civil examine o mérito recursal.

Em decorrência do exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Este é o voto.

CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2012.049899-6, de Xaxim

Relator: Des. Subst. Paulo Ricardo Bruschi

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DÉBITO DEVIDAMENTE QUITADO. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO AUTOR NO CADASTRO DE INADIMPLENTES. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO MORAL CONFIGURADO. VERBA INDENIZATÓRIA MINORADA. CARÁTER REPARATÓRIO, EDUCATIVO E PUNITIVO. VENCIDO O RELATOR QUANTO AO MARCO INICIAL DE INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS. AUTOR BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LIMITAÇÃO DE 15 % À EXEGESE DO ART. 11, § 1º, DA LEI 1.060/50. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INEXISTÊNCIA. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

RECURSO ADESIVO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Comprovado o evento danoso e não restando demonstrada nenhuma causa excludente, sobeja a obrigação de indenizar os danos decorrentes da indevida inscrição em cadastro negativo do crédito.

O valor indenitário deve obedecer aos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade, verificada a avaliação com esteio nos argumentos do processo, bem como nas premissas

da inexistência de enriquecimento indevido, grau de culpa e condições financeiras das partes.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.049899-6, da comarca de Xaxim (1ª Vara), em que é apte/apda Luizacred S/A Sociedade de Crédito Financiamento e Investimento, e apdo/apte Cleomar Tortelli:

A Câmara Especial Regional de Chapecó decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso de apelação e dar-lhe parcial provimento, e conhecer do recurso adesivo e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. José Volpato de Souza – Presidente e Desª. Substª. Denise de Souza Luiz Francoski, revisora.

Chapecó, 27 de novembro de 2012.

Paulo Ricardo Bruschi
RELATOR

RELATÓRIO

Luizacred S/A - Sociedade de Crédito, Financiamento e Investimento, qualificada nos autos, inconformada com a decisão proferida, interpôs Recurso de Apelação (fls. 73-86), objetivando a reforma da respeitável sentença prolatada pelo MM. Juiz da 1ª Vara da comarca de Xaxim, na ação de indenização por danos morais, ajuizada por Cleomar Tortelli, a qual julgou procedentes os pedidos formulados na exordial e, por conseqüência, confirmou a decisão de fls. 33-34, que concedeu a tutela antecipada para retirar o nome do autor do cadastro de inadimplentes, e condenou a ré

ao pagamento da quantia de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de indenização por danos morais, corrigida monetariamente pelo INPC a partir da data da sentença e com juros de mora de 1% ao mês a contar do evento danoso, bem como ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios no percentual de 15% sobre o valor da condenação, com fundamento no art. 20, § 3º, do CPC.

Na inicial (fls. 02-12), o autor postulou, em sede de tutela antecipada, a exclusão de seu nome do cadastro de inadimplentes, e requereu a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais - a ser arbitrado pelo juízo.

Justificou o pedido fundamentando-o no argumento de ter firmado junto a ré, no ano de 2011, contrato de crédito no valor de R$ 600,00, parcelado em seis vezes de R$ 120,00. Afirmou que, embora tivesse permanecido inadimplente por um período de sete meses, diante do acordo firmado com a ré, promoveu a quitação do débito em duas parcelas de R$ 336,84. Alegou que, mesmo após a quitação do débito, a ré não retirou o seu nome do cadastro de inadimplentes.

Foi deferida a antecipação de tutela às fls. 33-34, para exclusão do nome do autor do cadastro de inadimplentes.

Regularmente citada, veio a ré aos autos e, contestando o feito (fls. 38-43), em síntese, arguiu, preliminarmente, a carência da ação, ante a ausência de interesse processual, consubstanciada no fato de que a exclusão do nome do cadastro de inadimplentes ocorreu antes do pagamento da primeira parcela.

No mérito, sustentou que o autor não realizou o pagamento nas datas avençadas e, mesmo assim, antes do vencimento da primeira parcela do acordo, já havia retirado seu nome do cadastro de inadimplentes.

Alegou ter agido no exercício regular de seu direito, afirmando que, se o autor amargou algum dano, foi por culpa exclusiva dele.

Por fim, discorreu sobre a inexistência de responsabilidade civil, sobre o valor da indenização e a inversão do ônus da prova, rechaçando-os.

Na réplica (fls. 58-62), o autor rebateu as assertivas da ré e repisou os argumentos da exordial.

Julgando antecipadamente a lide, o magistrado *a quo* prestou a jurisdição confirmando a antecipação de tutela e condenando a ré ao pagamento de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de indenização por danos morais, sob o fundamento de que, quitado o débito, a manutenção indevida do nome do autor por longo período no cadastro de inadimplentes caracteriza ato ilícito, sendo o dano presumido.

Irresignada com a prestação jurisdicional efetuada, tempestivamente a ré apresentou recurso a este Colegiado. Em sua apelação (fls. 73-86), lastrou seu pedido de reforma da sentença no argumento de que o autor realizou o pagamento do débito em datas diversas daquelas convencionadas no acordo, e que a exclusão de seu nome do cadastro de inadimplentes ocorreu antes do vencimento da primeira parcela do ajuste realizado entre as partes.

Sustentou a inexistência de ato ilícito e dano moral e pugnou pela minoração da verba indenizatória.

Requereu a fixação dos juros remuneratórios a partir do arbitramento do valor fixado a título de dano moral.

No mais, colacionou excertos doutrinários e jurisprudenciais que acredita conferir embasamento à tese defendida, pugnando pela reforma da sentença prolatada, com a conseqüente inversão do ônus sucumbencial.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 91-100), o apelado aplaudiu os fundamentos da sentença, apresentando recurso adesivo (fls. 101-105), através do qual postulou a condenação da ré nas penas da litigância de má-fé, por estar procrastinando o feito, e também a majoração dos honorários advocatícios para o percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.

A ré apresentou suas contrarrazões ao recurso adesivo às fls. 108-113, rechaçando a litigância de má-fé e a majoração da verba honorária.

Contados e preparados tempestivamente, ascenderam os autos a esta Corte.

Este o Relatório.

VOTO

Objetiva a ré, em sede de apelação, a reforma da sentença que a condenou ao pagamento de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de indenização por danos morais.

Por outro lado, o autor/apelado interpôs recurso adesivo, sob o argumento de que a ré ao apelar está procrastinando o feito, requerendo assim a sua condenação em litigância de má-fé e, ainda, a majoração da verba honorária.

Ab initio, destaca-se a incidência das regras do Código de Defesa do Consumidor, eis que presentes os pressupostos consumeristas, assistidos no art. 3º, § 2º, do citado código.

Destaca-se também que, por se tratar de lide atinente à relação de consumo, a responsabilidade civil da ré é objetiva, prescindindo, pois, da verificação da culpa, conforme preceitua o artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.[...]
>
> § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
>
> I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
>
> II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. [...]

Nesse caminho, "*a responsabilidade objetiva independe da apuração de culpa ou dolo, ou seja, basta estar configurada a existência do dano, da ação ou omissão e do nexo de causalidade entre ambos*". (STJ, Resp n. 1.109.303, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 4-6-2009)

No caso dos autos, o autor afirmou ter buscado crédito junto a ré no valor de R$ 600,00 (seiscentos reais), para ser quitado em seis parcelas. Alegou, também, que permaneceu inadimplente pelo período de sete meses e, em seguida, entrou em contato com a ré para o pagamento, chegando as partes a um acordo, cujo termo para pagamento do débito resultou em duas parcelas de R$ 336,84. A ré sustentou que o pagamento das parcelas acordadas foi realizado a destempo, ou seja, fora do prazo acertado. Alegou ainda que antes do vencimento da primeira parcela já havia promovido a exclusão do nome do autor do cadastro de inadimplentes.

Todavia, ao contrário do que faz crer a ré, o fato do pagamento das parcelas acordadas ter sido realizado em data anterior ao vencimento não resulta em nenhuma modificação fática, vez que a quitação do débito de fato ocorreu.

Já com relação à alegada exclusão do nome do autor do cadastro de inadimplentes antes do vencimento da primeira parcela, tal tese não encontra respaldo probatório, eis que, de acordo com a declaração de fls.

28-29, o nome do autor foi incluído no cadastro de inadimplentes em 09-12-11, ou seja, após ter realizado o pagamento integral do débito.

Ainda que a sentença tenha fundamentado a decisão no fato da manutenção indevida, considerando a data de inclusão em 17-01-11, vê-se que esta se refere à data de vencimento do título e não a do registro. Portanto, considerando que o extrato solicitado junto ao SPC foi emitido em janeiro de 2012, e o nome do autor ainda constava no *rol* de inadimplentes, não resta dúvida quanto ao ilícito praticado pela ré ao manter indevidamente o nome do autor no cadastro de maus pagadores. Desse modo, o dano sofrido por este restou devidamente comprovado.

Ante a incidência das regras consumeristas e indemonstrada qualquer excludente, tem-se que a mera inscrição indevida do nome do autor no cadastro de inadimplentes – fl. 28-29 -, por si só, constitui dano indenizavel, vez que a negativação de seu nome causa-lhe embaraços perante o comércio e restrição ao crédito.

É pacífico o entendimento de que a inscrição indevida no cadastro de inadimplentes, por si só, gera o dever de indenizar:

> AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C DANOS MORAIS. CONTRATO BANCÁRIO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SÚMULA 297 DO STJ. PAGAMENTO DO DÉBITO NO TEMPO AVENÇADO. INSCRIÇÃO NO SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. ILEGALIDADE. DANO MORAL PRESUMIDO DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. ARTIGO 6º, INCISO VI, DO CDC. "[...] Os danos morais advindos da inscrição indevida do nome do consumidor em órgão de restrição ao crédito são presumidos, conforme entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça. (TJSC, Apelação Cível n. 2010.040128-9, de Içara. Rel. Des. Henry Petry Junior. Julgado em 31/03/2011). (Apelação Cível n. 2012.010854-7, de Itaiópolis. rel. Des. Guilherme Nunes Born. j. 24-5-2012).

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CARTÕES DE CRÉDITO - PROVA DO PAGAMENTO DAS FATURAS EM DATA ANTERIOR À INSCRIÇÃO DO NOME DO TITULAR NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS - APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - SÚMULA 297 DO STJ - ARTS. 3º, § 2º, E 14 DO CDC - DESNECESSIDADE DE PROVA DA CULPA - CONDUTA QUE REVELA A NEGLIGÊNCIA DA CASA BANCÁRIA AO EXERCER SUAS ATIVIDADES - DEVER DE REPARAÇÃO.
>
> A instituição financeira responde, independentemente de culpa, pelos prejuízos oriundos da inscrição indevida decorrente do pagamento total do débito. (Apelação Cível n. 2010.034434-3, de Itajaí, rel. Des. Robson Luz Varella, DJ de 29-7-2011).

Nesse andar, por ter a ré inscrito indevidamente o nome do autor no cadastro de inadimplentes, conclui-se que os pressupostos da responsabilidade civil objetiva se fazem presentes.

No que tange aos argumentos da minoração da indenização fixada em R$ 15.000,00 (quinze mil reais), no entanto, procedem os fundamentos da apelante.

Como é cediço, do *quantum indenizatório* pelos danos imateriais arbitrados na sentença, não há parâmetro previsto na legislação, motivo pelo qual a sua estipulação deve se dar consoante o livre convencimento motivado do Juiz, devendo-se, sobretudo, enfocar a situação financeira dos contendores, vez que é obstado o enriquecimento sem causa, o grau de culpa com que se houve o ofensor e, por outro lado, a verba indenizatória deve ser suficiente para impedir a continuidade da prática do ato ilícito, vez que também possui caráter educativo.

Sobre o tema, leciona Sergio Cavalieri Filho:

> Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e conseqüências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes. (*Programa de responsabilidade civil*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 116).

No mesmo sentido é a lição de Humberto Theodoro Júnior:

> [...] os parâmetros para a estimativa da indenização devem levar em conta os recursos do ofensor e a situação econômico-social do ofendido, de modo a não minimizar a sanção a tal ponto que nada represente para o agente, e não exagerá-la, para que não se transforme em especulação e enriquecimento injustificável para a vítima. O bom senso é a regra máxima a observar por parte dos juízes. (*Dano moral*. 6. ed., São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2009. p. 61).

Assim, constata-se que:

a) a inscrição do nome do autor na SERASA mostrou-se indevida;

b) o nome do autor permaneceu inscrito no cadastro de inadimplentes por pouco mais de um mês – fl. 29;

c) o grau de culpa da ré não foi exagerado, mas indiligente;

d) não incide no presente caso, ainda que de forma analógica, a súmula 385 da Corte da Cidadania, vez que o autor apelado não possui qualquer outra restrição de crédito – fls. 28-29-, senão a que se debate no presente feito;

e) a ré é instituição financeira;

f) o autor é mecânico cuja renda familiar mostra-se diminuta;

Diante dos aspectos apontados e do conjunto probatório trazido ao feito, tem-se que os danos morais foram fixados em patamar muito elevado, eis que as circunstâncias demonstradas nos autos dão conta de que o período em que o autor restou incluso no cadastro de inadimplentes foi diminuto, mormente se comparado ao período de sua inadimplência.

Com efeito, foi equivocadamente mantido inscrito por pouco mais de um mês, todavia, restou inadimplente por quase sete meses. Ora, não é possível crer que a manutenção no cadastro por pouco mais de um mês tenha um efeito devastador que suplante os sete meses em que restou inadimplente, dando azo à inscrição. Aquele período não pode ser considerado insignificante, a ponto de, por pouco mais de um mês inscrito, tenha tido um abalo tão grande em seu crédito e bom nome. Quem se mantém por sete meses inadimplente não revela conduta escorreita a ponto de ter sua imagem tão gravemente abalada.

Assim, ante o princípio da razoabilidade e atendendo aos comandos antes enunciados, a indenização fixada deve ser reduzida para R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Por outro lado, no que tange ao marco inicial de incidência dos juros de mora nas indenizações decorrentes de condenações por danos morais, votei e restei vencido pela não aplicabilidade da Súmula 54, do STJ, razão por que deve ela incidir no caso vertente.

Por outro lado, o pedido de condenação da ré em litigância de má-fé deve ser negado, tendo em vista que o simples fato desta utilizar-se de instrumento legal, qual seja o recurso de apelação, para ver reanalisado por esta Corte a matéria ventilada em primeiro grau, não implica em ato procrastinatório.

Já com relação aos honorários advocatícios fixados em favor do procurador do autor, devem eles ser mantidos no percentual fixado, vez que beneficiário da justiça gratuita e de acordo com a legislação específica – art. 11,§ 1º, da Lei 1.060/50 -, que limita a incidência de 15% aos honorários do advogado dativo.

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer de ambos os recursos, por tempestivos, negar provimento ao recurso adesivo e ao recurso de apelação dar-lhe parcial provimento para reduzir a verba indenizatória para o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), modificando-se, em parte, a sentença de Primeiro Grau.

É como voto.

RAZÕES DE DIVERGÊNCIA

> "Por se tratar de prestação de outra natureza, convertida em valor pecuniário, cujo arbitramento restou conhecido na sentença, não se aplica o disposto na Súmula 54, do STJ, fluindo os juros de mora, em indenizações por danos morais, da sentença judicial que os arbitrou".

No que tange ao marco inicial de incidência dos juros de mora nas indenizações decorrentes de condenações por danos morais, na linha da jurisprudência sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, é assente o entendimento que aponta para a aplicação da súmula n. 54, a qual assevera que "os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual", na esteira do que preconiza o artigo 398, do Código Civil de 2002, segundo o qual "nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou".

E isso porque, como é cediço, "o prejuízo é pressuposto pela lei, como resultado necessariamente da demora culposa do devedor em cumprir sua obrigação, conservando em seu poder a prestação" (CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Direito

das Obrigações, arts. 1037 a 1078. Rio de Janeiro. Freitas Bastos: 12. ed., 1989, p. 284).

Não obstante, perfilho-me à corrente que entende inaplicável aquela súmula, por entender que o dano moral puro, por se tratar de prestação de outra natureza que não em dinheiro, embora, normalmente assim seja fixado, tendo, por isso, seu valor conhecido somente no arbitramento realizado na sentença, deve observar o princípio latino do *in illiquidis non fit mora*, isto é, não haverá mora enquanto a prestação não se tornar líquida.

E esta regra se justifica plenamente, pelo fato de o devedor não poder cumprir a prestação, enquanto se não apura o seu objeto, pois é necessário, em primeiro lugar, que o obrigado saiba o quanto deve.

É certo que tal princípio não mais vinha e vem sendo utilizado de longa data em nosso ordenamento jurídico, visto que havia previsão legal para as hipóteses de constituição em mora do devedor que, por sua culpa, não cumpre a obrigação no seu termo. Ademais, seguindo orientação da doutrina e da jurisprudência, o colendo Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que os juros moratórios só podem fluir a partir dos marcos legais de constituição do devedor em mora, isto é, quando o pagamento não for por ele realizado no tempo, lugar e forma a que a lei ou a convenção das partes estabelecer, conforme apregoa o artigo 394, também do Código Civil.

Aliás, este o entendimento sedimentado no voto do eminente Ministro Luis Felipe Salomão, no AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 6.416, de São Paulo, julgado em 05 de junho do corrente ano de 2.012.

No rastro deste posicionamento, pois, havendo responsabilidade por ato ilícito, a lei considera em mora o devedor tão logo seja cometido o ilícito, eis que há disposição expressa no artigo 398, do CC.

É inegável, pois, a existência de preceito legal relativo ao dano oriundo do cometimento de ato ilícito. Não se há olvidar, contudo, que o Direito não é estanque, vez que se amolda à evolução social. É, pois, dinâmico. E é a jurisprudência, com esteio na doutrina, a mola propulsora que lhe empresta a necessária dinamicidade, fazendo com que o Direito evolua de acordo com as novas tendências sociais. E, igualmente, não se há negar, o dano moral puro, ante esta dinamicidade do Direito, deve ter interpretação diversa no que tange ao momento em que a mora se evidencia, vez que não se ajusta, não se adapta, com a necessária *venia*, ao disposto naquele preceito legal, tendo em vista as peculiaridades deste tipo de indenização.

Aliás, é de bom alvitre se assentar que as primeiras tratativas formais tendentes à edição de uma nova codificação civil remontam a meados do século passado, podendo-se mencionar o ano de 1969, ainda que já existissem outros estudos, quando o saudoso e expoente jurista Miguel Reale foi chamado a presidir Comissão responsável por apresentar estudos visando à reforma e atualização do Código Civil então vigente, o de 1916. Dos estudos da Comissão culminou a apresentação do projeto 634/75, que tramitou por quase três décadas no Congresso Nacional, até que se tenha convertido no nosso atual Ditame Civil.

Como se vê, mesmo tendo sido editado muito após a promulgação da atual Carta Magna, que sedimentou o direito à indenização dos danos imateriais, tinha em mente as disposições anteriores que, sequer, falavam em danos morais, instituto por ela trazido ao mundo jurídico quase duas décadas após o início daqueles estudos. Aliás, era totalmente insipiente o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a existência do dano moral puro naquele momento.

Inegável, pois, que, à época dos estudos realizados e que culminaram na apresentação do projeto 634/75, convolado na atual lei civil, era a

decorrente de danos materiais a inteligência sobre os danos advindos do ato ilícito, sendo possível afirmar, inclusive, que o Código Civil atual, em razão de dormitar por aproximadamente três décadas no Congresso Nacional, já nasceu desatualizado.

Sobre o assunto, Fernando Noronha, em sua obra Direito das Obrigações, afirma que, em relação a este ramo do Direito, não foram muitas as inovações, tanto de forma, quanto de fundo, trazidas pelo novo Código Civil. Sustenta, consequentemente, que, "um passar de olhos pelos três Anteprojetos elaborados pela Comissão presidida por Miguel Reale revela que a matéria da responsabilidade civil foi uma daquelas que receberam menos modificações, ao longo de todo o processo. Os preceitos que em 2002 foram convertidos em lei foram praticamente os mesmos que já constavam do Anteprojeto de 1972, tendo passado deste aos Anteprojetos de 1974 e de 1975. Assim, pode-se dizer que o Código novo retrata um momento da evolução da responsabilidade civil, na melhor das hipóteses correspondente ao final dos anos sessenta do século XX". (*aut. e op. cit.* São Paulo: Saraiva, v. 1. 2003, p. 549).

Neste andar, forçoso é concluir que os ditames relativos aos juros, à mora e à sua purgação, insertos no atual regramento civil, *v. g.,* os artigos 394, 395, 398, 401 e 407, efetivamente tinham em mente e por escopo os danos materiais decorrentes do ato ilícito, e não os danos puramente morais, com suas peculiaridades.

E, dentro destas peculiaridades que cercam a indenização por danos morais, não há como não se entender pela não aplicabilidade do ditame inserto no artigo 398, do Código atual, em relação à mora da indenização por dano moral, por versar hipótese de prestações de outra natureza e não de obrigação líquida ou ilíquida, cuja previsão da mora não se encontra explicitada legalmente, fazendo uma certa repristinação ao princípio do *in illiquidis non fit mora*.

Com efeito, urge se atente que a indenização por danos morais, arbitrada em decorrência de algum ato antijurídico praticado pelo devedor e reconhecido na sentença não expressa uma obrigação líquida, nem mesmo uma obrigação ilíquida, mas sim uma prestação de outra natureza, preconizada pelo artigo 407, do Código Civil, repetindo, quase que *ipsis litteris,* a disposição inserta no art. 1.064, do CC de 1916 revogado.

É que a obrigação ilíquida é aquela incerta quanto à sua quantidade e que se torna certa pela liquidação, que é o ato de fixar o valor da prestação momentaneamente indeterminada, para que esta se possa cumprir, ao passo que a prestação decorrente do dano moral busca, na verdade, uma reparação, uma compensação pelo abalo moral perpetrado que, normalmente, é convertida em valor pecuniário, mas que não necessariamente haverá tal conversão, eis que poderá ocorrer hipótese em que o lesado não pretenda soma pecunária.

Como afirma Fernando Noronha, ao referir-se aos danos morais, "É certo também que a obrigação de reparar estes danos na maioria das vezes consiste no dever de pagar uma quantia em dinheiro. Todavia, não é isso que acontece sempre", carreando exemplos lastrados ainda na hoje revogada Lei de Imprensa, como também na Lei 9.610/98, consistente na obrigação de divulgação pela imprensa da identidade do autor da obra intelectual, quando alguém se houver utilizado desta sem indicar o autor, a fim de reparar o dano moral causado. (*aut e op cit.,* p. 44). Outras hipóteses, ainda, são corriqueiramente evidenciadas nos fóruns de nosso País, que não almejam somas em dinheiro, mas sim reparo à honra por meio de prestações diversas das representadas por valores pecuniários.

Feito tal esclarecimento, o preceito contido no artigo 407, do CC, assim dispõe: "Ainda que se não 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".

Carvalho Santos, ao comentar o artigo do código revogado, originador do atual artigo 407, já no começo do século passado, lembrava: "De fato, dispondo o Código, no artigo que comentamos, que é obrigado o devedor aos juros da mora, ainda que se não alegue prejuízo, juros que serão contados às prestações de outra natureza, que não as dívidas de dinheiro, *desde que lhes seja fixado* o valor pecuniário por sentença judicial, deixa perceber claramente que ditos juros são contados onde quer que haja uma sentença condenatória ao pagamento de soma em dinheiro.

O texto legal não deixa arbítrio. Manda contar os juros da mora, desde que seja fixado (e com maior razão quando houver a condenação ao pagamento de soma de dinheiro) o valor pecuniário por sentença judicial, vale dizer, obriga ao juízo condene a parte ao pagamento dos juros da mora, embora dada a ausência de pedido nesse sentido". (*idem*, p. 286).

Sobre a fixação do valor pecuniário por sentença judicial, asseverava que a hipótese, "como é fácil perceber, é a da obrigação que, sem ser de pagamento em dinheiro, se converte em dívida pecuniária para então poder ter execução [caso da indenização por danos morais], por não ser possível ao devedor satisfazê-la antes de ser fixada e convertida em dinheiro. Não se trata, propriamente, de dívida, em sua origem, de dinheiro, nem tampouco de dívida ilíquida.

E justifica-se, em tais casos, os juros de mora serem devidos da data da sentença, precisamente porque, *não se verificando culpa nem tardança por parte do devedor, para legitimar a contagem de juros desde a data da inicial, é natural e lógico que eles corram da data da sentença de liquidação em diante, que é a ocasião em que a prestação poderá ser satisfeita por ter sido fixada e convertida em dinheiro*" (*ibidem*, p. 287 – grifei e sublinhei).

Já naquela época do comento, por volta do ano 30, do século transato, lembrava da confusão que havia, da larga controvérsia decorrente da locução "desde que" inserta no artigo 1.064, com o momento da mora das obrigações ilíquidas, previsto no artigo 1.536, § 2º, do código revogado, deixando claro, porém, que não significava marco temporal, mas sim, lastrado nas lições de Júlio de Faria, apenas a condição ou a base para a contagem dos juros. A propósito, assim descreveu: "JULIO DE FARIA, ao invés, não enxerga contradição alguma entre os dois dispositivos, sustentando que os juros da mora, nas obrigações ilíquidas, sempre se contam desde a citação inicial, de acordo com o art. 1.635, § 2º *(sic)*, pois a expressão 'desde que' do art. 1.064 (os juros da mora 'se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, *desde que* lhes seja fixado o valor pecuniário', etc.) significa apenas a condição ou a base para a contagem dos juros, como sinônima de 'uma vez que', 'contanto que', 'logo que', ou 'sob condição de que', e não o tempo desde quando ou a partir do qual começam os juros". (p.288).

Aliás, a mesma conclusão foi reportada no voto do Ministro Luis Felipe Salomão antes mencionado quanto ao escopo do artigo 407, que se utilizou da expressão "uma vez que", isto é, de que não fixa um marco temporal, mas apenas dispõe que, em tais casos, contam-se juros de mora.

Todavia, como se viu das lições supra, a prestação devida por danos morais não expressa uma obrigação ilíquida, mas sim uma prestação de outra natureza, com valor convertido em pecúnia na data de seu arbitramento, por sentença judicial. Como asseverado, *"não se verificando culpa nem tardança por parte do devedor, para legitimar a contagem de juros desde a data da inicial, é natural e lógico que eles corram da data da sentença de liquidação em diante, que é a ocasião em que a prestação poderá ser satisfeita por ter sido fixada e convertida em dinheiro"* (*ibidem*, p. 287 – grifei e sublinhei), a conclusão a que se chega, diferentemente do que asseverou o eminente Ministro naquele voto, é a de que há sim no ordenamento jurídico o

marco da fluência dos juros de mora a partir do arbitramento pela sentença judicial, isto é, por não se poder afirmar demora culposa do devedor em cumprir sua obrigação, conservando em seu poder a prestação, no dizer de Carvalho Santos, somente poderá purgar a mora quando conhecido o valor da prestação. E este conhecimento, inegavelmente, ocorrerá com o arbitramento na sentença.

Assim, J. M. Carvalho Santos, conclui afirmando que "Não temos razões para alterar o nosso ponto de vista. Parece-nos que não há contradição alguma entre os dispositivos dos arts. 1.064 e 1.536 do Código Civil. *O primeiro versa sobre obrigações incertas e, por isso mesmo, ilíquidas***,** enquanto que o segundo da obrigação certa, porém ilíquida.

Ora, se assim é, claro se nos afigura que exigindo o artigo 1.064 que o *quantum* esteja fixado por um dos modos nele previstos, não é possível deixar de reconhecer que tal exigência é feita justamente para que a contagem dos juros possa ser realizada.

Até aí, parece não haver dúvida. Esta surge quando se indaga: Isso, porém, desde quando? Lógica e juridicamente, a solução que se impõe é esta: *os juros somente são devidos depois da fixação, mesmo porque não se concebe como os juros possam ser contados e exigidos antes de saber-se o quanto monta o quantum da indenização.*

A nosso ver, portanto, não interessa a questão de saber se a expressão legal 'desde que' é causal ou, ao invés, temporal, por isso que, em última análise, se o pagamento não podia ser efetuado por falta de liquidação do *quantum* da indenização, não é possível se conceber a mora, *sendo certo mesmo que a indenização moratória se justifica no sistema de nosso direito, se a demora ocorrer por fato ou omissão imputável ao devedor*" (p. 307-308 – grifos meus).

Vale frisar, ainda, sobre o artigo 407, demonstrando-se existir em nosso ordenamento jurídico o momento de fluência dos juros de mora a

contar de seu arbitramento na sentença judicial, as conclusões a que Silvio de Salvo Venosa, em seu Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, apoiado nas lições de Serpa Lopes, evidencia:

"Para a *obrigação líquida e certa*, os juros serão certamente devidos *desde o advento do termo*, quando tem início a mora do devedor.

Para *a obrigação líquida e certa, mas sem prazo*, a mora só poderá iniciar-se *a partir da interpelação ou notificação* de que trata o art. 397 (antigo art. 960, segunda parte).

Para *a obrigação negativa*, serão devidos os juros desde o momento em que o obrigado *praticou o ato* do qual deveria abster-se. É a partir desse momento que o devedor encontra-se em mora (art. 390; antigo, art. 961).

Para *as obrigações decorrentes de ato ilícito*, o art. 398 (antigo, art. 962) diz: *'Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora desde que o perpetrou'*. Aqui, a lei quer que, mesmo em se tratando de valor ilíquido, os juros fluam a contar da perpetração do delito. Na lei de 1916, a palavra *delito* era usada como sinônimo de crime.

Para as obrigações que originariamente não eram em dinheiro, mas que nele se transformaram [caso da indenização por danos morais], *só é possível a contagem de juros quando fixado o valor, por sentença ou por acordo.*

Nas *obrigações ilíquidas*, a contagem é a *partir da citação inicial*". (*aut. e op. cit*. São Paulo: Atlas. 2004, 4. ed., vol. 2, p. 161-162 – grifei).

Até porque, segundo o preceituado no artigo 401, I, igualmente do Digesto Civil vigente, a mora se purga, por parte do devedor "oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta".

Tem-se, portanto, no que tange aos danos morais, que o devedor, mesmo que tenha em mente a intenção de purgar a mora, não terá

condições de purgá-la, a fim de reparar plenamente o dano, vez que a obrigação somente assumirá expressão patrimonial, como asseverou a eminente Ministra Maria Isabel Gallotti, no voto proferido no Recurso Especial n. 903.258 – RS, "com o arbitramento de seu valor em dinheiro, na sentença de mérito".

Diferentemente, continua, no que pertine a obrigações decorrentes de ato ilícito e referentes a *danos materiais*, é razoável sustentar-se a mora do devedor desde a data do evento danoso, eis que, reconhecendo ele ser o causador do dano, ciente, pois, de sua responsabilidade e buscando reparar plenamente o dano perpetrado com seu ato, mesmo ilíquida a obrigação, terá plenas condições de, por sua espontânea iniciativa, repará-lo, purgando, assim, eventual mora, o que não ocorrerá com o dano puramente moral.

Com efeito, tratando-se de danos materiais, mesmo não tendo ciência do valor correto da obrigação, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, poderá prestar "socorro à vítima, pagando-lhe o tratamento necessário, provendo o sustento de seus dependentes, indenizado-a dos prejuízos materiais sofridos, prejuízo este apurável com base em dados concretos, objetivos, materialmente existentes e calculáveis desde a data do evento", ainda no dizer da preclara Ministra, no Recurso Especial acima mencionado. Aliás, continua o judicioso voto, se esta não for a ação do devedor, ou se, eventualmente, não reparar espontânea e integralmente os danos cometidos, no entender da vítima, caberá a esta ajuizar a ação, situação que implicará em se considerar o devedor em mora não apenas desde a fixação do valor da indenização por sentença, mas, aí sim, desde a data do cometimento do ato ilícito.

E veja-se que tal interpretação é lógica como já deixava assente Carvalho Santos e decorre, igualmente, da própria contextualização do vigente Código Civil que, embora editado em 2002, tem seu nascedouro em meados da década de 70, do século transato, quando voltados os

estudos para o dano material. Ilógico seria, pedindo as mais expressas *vênias* aos entendimentos diversos, atribuir-se culpa ao devedor pela mora, mesmo não lhe sendo possível satisfazer a prestação antes de ser fixada e convertida em dinheiro, pois cediço que ela decorre da *demora culposa do devedor em cumprir sua obrigação*, conservando em seu poder a prestação, como assevera o mestre acima mencionado. Se lhe era impossível cumprir a prestação, por não conhecer o seu valor, não lhe é lícito imputar a mora.

Urge se atente, ainda, que a disposição inserta no artigo 407, do Código Civil atual, que repete o antes disposto no artigo 1.064, apenas com a modificação da expressão "desde que" para "uma vez que", assim vazado, "Ainda que se não 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", evidentemente deve observar a liquidação do dano moral como marco temporal para a incidência da mora, em atenção ao princípio antes mencionado do *in illiquidis non fit mora*, porque, como se viu, não se trata de obrigação ilíquida, mas de prestação de outra natureza, transformada em valor pecuniário quando de seu arbitramento por sentença.

E mais, repise-se: se não se pode atribuir culpa ao devedor que não satisfez a obrigação, eis que não podia purgar a mora, a teor do artigo 401, I, do CC, pois não conhecia o seu valor, ratifica-se que seria ilógico, para dizer o mínimo, considerá-lo em mora desde o evento danoso.

Aliado a isso, tem-se, ainda, que observar que o próprio Superior Tribunal de Justiça, no tocante à correção monetária incidente nas condenações por danos morais, deixou de lado a anterior súmula n. 43, que afirmava que "Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo", valendo ainda para os casos de ato ilícito relativos a danos materiais, evoluindo para os ditames da nova súmula 362,

que dispõe que "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento".

Aliás, com acerto, a meu sentir, a ilustre Ministra Maria Isabel Gallotti, ao consignar no referido voto no Resp. 903.258 – RS: "Considero que, em se tratando de indenização por dano moral, da mesma forma como não se aplica a pacífica jurisprudência do STJ segundo a qual 'incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo' (Súmula 43), na linha do entendimento consagrado na Súmula 362, *também não deve ser invocada a súmula 54***,** de acordo com a qual 'os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual'". (grifos meus).

Ou, como disse o acórdão recorrido e condutor do voto da eminente Ministra, "Considerando que a reparação dos danos extrapatrimoniais se delimita a partir do arbitramento pelo magistrado, por questão de lógica, não se concebe que, no momento do cometimento do ilícito, já se quantificasse o prejuízo moral do autor.... É no momento da quantificação da reparação, quando sopesadas todas as circunstâncias necessárias para que se chegue a um cálculo justo, garantindo a suficiência da reparação e cumprindo os objetivos punitivo/pedagógico/reparador da sanção pecuniária, que se estabelece o montante condenatório, já se embutindo os juros de mora e reposição monetária, que só correrão desde então".

Até porque, não fosse esse o entendimento, *venia*, o Magistrado, ao arbitrar o valor pecuniário do dano moral, que leva em consideração o momento de seu arbitramento, teria que fazer uma operação aritmética mental inversa pois, se pretende quantificar, como exemplo, em dez mil reais o valor a título de indenização, teria que retornar ao momento da prática do delito e, num esforço de cálculo mental, imaginar quanto deveria fixar naquele momento para que, na data da sentença, significasse exatamente o valor que tenciona arbitrar. E tal pensamento me parece

lógico, pois quando o Magistrado arbitra o valor, considera o momento do arbitramento, após sopesar todas as hipóteses que devem incidir no referido *quantum* a ser fixado.

Por tais motivos, pedindo *venia* humildemente a quem pensa em contrário, voto no sentido de que os juros moratórios, nas indenizações por danos morais, fluam apenas a partir de seu arbitramento.

Apelação Cível n. 2012.004751-7, de Chapecó

Relator Designado: Des. Subst. Luiz Zanelato

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO CUMULADA COM PEDIDO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA RECURSAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CASAL QUE ACOLHEU CRIANÇA COM QUARENTA DIAS DE VIDA A PEDIDO DA MÃE BIOLÓGICA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE TRÁFICO OU OUTRO ILÍCITO. ADOTANTES CADASTRADOS MAS FORA DA ORDEM CRONOLÓGICA. CONFRONTO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*. CRIANÇA COM MAIS DE UM ANO E DEZ MESES. FORMAÇÃO DE LIAME AFETIVO AMPLAMENTE COMPROVADO. MITIGAÇÃO DA OBSERVÂNCIA RÍGIDA AO CADASTRO DE HABILITADOS À ADOÇÃO. PREPONDERÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PRIORIDADE ABSOLUTA E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA ACERTADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. O ato de trazer para entidade familiar criança de origem biológica diversa, ou seja, adotar, simboliza a possibilidade da construção de vínculo de afetividade mútuo, independentemente da gênese sanguínea, que visa, primordialmente, o bem-estar da criança adotada e sua formação digna e plena como ser humano, em respeito aos preceitos e garantias fundamentais.

2. Não se pode perder de vista que o sistema do cadastro único de pretendentes à adoção, cuja importância é indiscutível, constitui meio para alcançar a efetivação do direito material representado pela adoção. Não representa fim em si mesmo. E, por causa disso, sua observância não prescinde de ser flexibilizada a fim

de atender com razoabilidade e prudência hipóteses excepcionais fundadas na proteção integral e no melhor interesse da criança.

"A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro" (Resp 1172067/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 18-3-2010).

3. Recurso conhecido e desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.004751-7, da comarca de Chapecó (Cartório da Família, Infância e Juventude), em que é apelante M.P.E.S.C.., e apelados E. S. P. e outro:

A Câmara Especial Regional de Chapecó decidiu, por maioria, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, vencido o Desembargador Eduardo Mattos Gallo Júnior.

Participaram do julgamento, realizado na data de 15 de junho de 2012, os Exmos. Srs. Desembargador José Carlos Carstens Köhler, Presidente com voto, e Desembargador Luiz Zanelato, Relator Designado.

Chapecó, 15 de junho de 2012.

Luiz Zanelato
RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca de Chapecó, perante o Juízo da Vara da Família, Infância e Juventude, E. S. P. e A. A. C. promoveram, em 3-6-2011, ação de adoção cumulada com pedido de destituição de poder contra M.D., autuada sob n. 018.11.012103-9, pretendendo obter a adoção da menor V. G. D.

Alegam, os autores, nesse intento, que: a) que a criança, de quem eram padrinhos de batismo, foi-lhes foi entregue para cuidarem quando ela tinha apenas quarenta dias de vida, por iniciativa espontânea da mãe biológica (o pai natural é desconhecido), pois enfrentava dificuldades para dela cuidar em tempo integral; b) um mês depois desse fato, a fim de regularizar a situação, as partes ingressaram em juízo com pedido de guarda e direito de visitas (autos n. 018.10.022948-1), em cuja tramitação, a mãe da menor, instada pela juíza, revelou a possibilidade de renunciar ao poder familiar para posterior adoção, mas com a condição de que fossem os autores os adotantes de sua filha; c) ingressaram na Justiça e tiveram seu pedido de habilitação para adoção (autos n. 018.10.020365-2), deferido por sentença, de 11-10-2010, em razão do que, somado ao fato de que já vêm cuidando da criança há quase um ano, despertou-lhes o desejo de adotarem a menor V. e, assim, em 3-6-2011, formalizaram pedido de desistência e de extinção da ação de guarda n. 018.10.022948-1; d) em virtude de essa situação perdurar há quase um ano, tendo a menor criado profundo vínculo afetivo com os demandantes, identificando-os como pai e mãe, que sempre proporcionaram à criança todo carinho, amor e desvelos necessários, consideram justo terem prioridade para adoção da menor, fazendo ressalva de que não pretendem, com essa forma, pular ou burlar a fila de adoção.

Finalizando os termos da petição inicial, pleiteiam deferimento liminar da guarda provisória e, ao término, a procedência da ação, com amparo nos arts. 39 e seguintes da Lei n. 8.069, de 13-7-1990 – ECA, a

fim de destituir a ré M.D. do poder familiar e conceder-lhes a adoção da criança V.G.D.

Instruem a peça vestibular os documentos de fls. 15-107, entre os quais se inserem certidão de nascimento da infante V.G.D. (f. 17), certificado e lembrança de batismo da criança (fls. 18-19), contrato de convivência em união estável dos autores (fls. 23-24), cópia do processo de habilitação para adoção n. 018.10.020365-2 promovido pelos ora autores (fls. 28-61), cópia da ação consensual de guarda n. 018.10.022948-1 aforada pelas partes do presente feito (fls. 63-98), fotografias da menor com os autores (fls. 103-107).

Liminarmente, por decisão exarada em 7-6-2011, em caráter de antecipação de tutela, foi deferida, aos autores, a guarda provisória da criança V. G.D. (fls. 108-111), perfectibilizada mediante o termo de compromisso (fl. 113).

Dessa interlocutória, por agravo de instrumento, que foi autuado sob n. 2011.029026-3 (fls. 116-169), recorreu o Ministério Público do Santa Catarina, sustentando a premissa de que, em se tratando de infante de tenra idade, deve prevalecer o texto legal aos interesses da criança, e, de conseguinte, a necessidade de obediência estrita ao cadastro de pretendentes à adoção emoldurado nos arts. 197-A e 197-E, § 1º, da Lei n. 8.069/90 - ECA, para atendimento prioritário aos casais que "estão na fila da adoção esperando por um 'filho do coração'", vez que o caso não é enquadrável em qualquer das hipóteses excepcionais previstas no § 13 do art. 50 do ECA, e, desta forma, pleiteia, liminarmente: a) a suspensão da decisão objurgada, com a revogação da guarda provisória da criança aos autores, mediante busca e apreensão e abrigamento até sua efetiva adoção por pessoa habilitada no cadastro de adoção; b) ou, então, caso a mãe da menina manifeste vontade e comprove ter reais condições psicológicas e materiais

de ter a filha em seu poder, o retorno da criança à família biológica, de modo a serem restabelecidos os laços afetivos inerentes ao poder familiar.

Em sede de retratação, a magistrada *a quo* ratificou a decisão agravada (fl. 168).

Nesta instância, em fase de cognição sumária da insurgência recursal, pela v. decisão monocrática proferida pelo eminente relator, Desembargador Substituto Eduardo Mattos Gallo Júnior, foi deferida a medida liminar postulada pelo douto representante do *Parquet* estadual, consistente na determinação de imediata busca e apreensão da criança e seu abrigamento, sem prejuízo de, posteriormente, ser tomada a pretensão sucessiva requerida.

Às fls. 183-192, a ré M.D. peticiona, manifestando concordância com o pedido constante da inicial para que seja concedida a adoção da menor V.G.D., desde que seja exclusivamente em favor dos autores ou, não sendo isso possível, pugna pelo retorno da criança ao convívio da família biológica.

Quando já executada a busca e apreensão da menor (fl. 230), aportou ao processo, decisão proferida pelo eminente Des. Sérgio Paladino nos autos n. 2011.048550-1, da ação de mandado de segurança, que deferiu liminar aos impetrantes E.S.P. e outro, para que permaneçam com a guarda provisória da criança até o julgamento do agravo de instrumento n. 2011.029026-3 (fls. 232-238), providência cumprida logo em seguida (fls. 241/241v.).

O agravo de instrumento em menção, submetido a julgamento pelo Colegiado desta Câmara Especial, restou desprovido, com a mantença da criança em poder dos agravados, até ulterior sentença no juízo de origem (fls. 322-335).

No saneador de fls. 297-299, foi ordenada realização de estudo/perícia social e avaliação psicológica pelo setor psicossocial forense, com formulação de quesitos pela magistrada do processo, tendentes a identificar, dentre outras questões relevantes a) as condições atuais da criança junto aos requerentes; b) a estrutura organizacional e psicológica dos requerentes e da genitora; c) a vinculação afetiva/emocional da menor com a genitora e com os requerentes, bem como suas atuais condições de desenvolvimento; d) se existente contato entre a adotanda, seus irmãos e a genitora e o impacto psicológico da manutenção desse vínculo, facultados às partes indicação de assistente técnico e apresentação de quesitos.

Apenas os autores especificaram assistentes técnicos e forneceram indagações ao expertos (fls. 313-315).

Realizada a prova técnica ordenada, vieram aos autos os documentos, contendo pareceres conclusivos e respostas aos quesitos formulados, respectivamente concernentes ao Estudo Social/Perícia Social, às fls. 329-340, e ao denominado Relatório Psicológico, às fls. 341350.

Em audiência, colheu-se o depoimento pessoal da ré e procedeu-se a inquirição das testemunhas listadas pelos autores (fls. 357-358).

Em suas alegações finais, em forma de memorial, os autores clamam pela procedência da ação em todos os seus termos (fls. 359-361), enquanto a ré M.D. reitera seu consentimento com o pedido da inicial, no sentido de que seja concedida adoção da menor V.G.D. aos autores E.S.P. e A.A.C. (fls. 362-363).

Em seu parecer de fls. 364-381, o Promotor de Justiça opina pela destituição do poder familiar de M.D. em relação a filha V.G.D. e pela improcedência do pedido de adoção da criança formulado pelos autores.

Por sentença prolatada pela douta juíza, Dra. Angélica Fassini (fls. 382-389), foram julgados procedentes os pedidos da ação para: a) decretar a

perda do poder familiar de M.D. em relação a criança V. F. D., nos termos dos arts. 24, 155 a 163, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente c/c os arts. 1.635 e 1.638, inc. II, do Código Civil; b) deferir a adoção da criança V. G. D. aos autores A. A. C. e E. S. P., com determinação de averbação de tais atos no Cartório do Registro Civil competente, após o trânsito em julgado.

Irresignado, o M.P.E.S.C. interpôs recurso de apelação (fls. 397-418), em que defende que: a) a sentença contrariou dispositivos expressos do Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 50, 197-A e 197-E, § 1º), desrespeitando a ordem cronológica prevista no cadastro de adotantes; b) não estão previstas, neste caso, nenhuma das hipóteses de adoção previstas no art. 50, § 13º, do ECA; c) está evidente nos autos o intuito de fraudar o sistema de adoção e a má-fé por parte dos autores; e d) a paternidade socioafetiva não possui o condão de dispensar as exigências do Estatuto da Criança e do Adolescente, tampouco o fato de a criança estar convivendo com os requerentes há mais de um ano e quatro meses. Requereu, por fim, o prequestionamento da matéria e a reforma da sentença, para que a criança seja retirada do convívio dos apelados e colocada aos cuidados de família acolhedora até que se implemente sua adoção por pessoa devidamente cadastrada no CUIDA – Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo.

Sublinha-se que acerca da destituição do poder familiar também decretado pela sentença, não houve irresignação recursal, de sorte que a matéria transitou em julgado.

Recebido o recurso, pelo juízo *a quo*, somente no efeito devolutivo, foi contrarrazoado pelos autores, que, defendendo o acerto e manutenção da decisão de primeiro grau, postulam o desprovimento da apelação e, se não for assim, requerem o prequestionamento dos arts. 28, § 3º, da Lei n. 8.069/90, e art. 1º, III, e 227, *caput*, da Constituição Federal (fls. 423-444).

Nesta instância, os autos receberam o parecer da doutra Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 452-460), que reitera os termos das razões recursais e pugna pelo provimento da apelação a fim de determinar-se a retirada da criança do convívio dos apelados, colocando-a aos cuidados de família acolhedora até que se implemente a sua adoção por pessoa devidamente cadastrada no Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo (CUIDA).

Conhecendo do recurso, passo à sua análise.

De início, mister anotar que as lides inerentes à guarda ou adoção de crianças, a par de cuidarem de importantes direitos e interesses, trazem consigo a amálgama de múltiplas emoções, de modo que não é possível apreciar e decidir o caso concreto com olhos fitos, unicamente, ao literal texto da lei.

Desse modo, como alerta Eunice Ferreira Rodrigues Granato, "Cada caso há de ser devidamente avaliado pelo juizado especial, e o juiz deverá decidir de acordo com as circunstâncias, sem se sentir tolhido por eventuais procedimentos burocráticos" (*Adoção: doutrina e prática*, Curitiba: Juruá. 2003, p. 135).

O exame da questão tratado nos autos não pode passar ao largo do fundamento maior que dá sustentação aos direitos inerentes à criança e ao adolescente, consistente no princípio constitucional da prioridade absoluta, com contornos delineados no art. 227, *caput*, da Carta Magna, que assim estabelece:

> "Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional n. 65, de 2010)

Concernente a esse dispositivo, assinala a doutrina:

> Em verdade, o art. 227 representa o *metaprincípio da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente*, tendo como destinatários da norma a família, a sociedade e o Estado. Pretende, pois, que a família se responsabilize pela manutenção da integridade física e psíquica, a sociedade pela convivência coletiva harmônica, e o Estado pelo constante incentivo à criação de políticas públicas. Trata-se de uma responsabilidade que, para ser realizada, necessidade uma integração, de um conjunto devidamente articulado de políticas públicas. Essa competência difusa, que responsabiliza uma diversidade de agentes pela promoção da política de atendimento à criança e ao adolescente, tem por objetivo ampliar o próprio alcance da proteção dos direito infanto juvenis (ROSSATO, Luciano Alves. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 2ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 74 – destaque no original).

A Lei n. 8.069, de 13-7-1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, contempla e reproduz o princípio da absoluta prioridade no asseguramento da efetivação dos direitos do menor, em seu art. 4º, sob esta redação:

> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
>
> Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
>
> a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
>
> b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
>
> c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
>
> d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Tal paradigma não decorre apenas da norma contida na Constituição Federal (art. 227) ou do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 4º), mas advém, igualmente do uso da razão, vez que os direitos sociais não estão – e nem devem – estar fundados unicamente na legalidade estrita, mas sim na aplicação do conjunto axiológico que sustenta nosso ordenamento jurídico, tendo como ponto de partida e de maior preponderância os princípios fundamentais fincados na Lei Maior.

Delimitada esta premissa principiológica, à luz de sua perspectiva revela-se inafastável intuir que, em casos em que se debatem questões relacionadas a proteção da criança ou adolescente, deve-se buscar a solução mais adequada tendente a atingir o melhor e superior interesse desses seres em formação.

Assim, não é precipitado concluir que, sempre que estiver a se tratar daqueles que ainda não atingiram a maioridade civil, deve-se proceder com máxima acuidade e prudência, perscrutando sempre a melhor solução que vá ao encontro do interesse do menor.

Nesse contexto moderno do direito pátrio, porquanto outrora o instituto da adoção repousava em outros objetivos, tanto é que somente com a Carta Magna de 1988 foi vedado qualquer tipo de discriminação relativa à filiação (art. 227, § 6º), vale afirmar que o ato de trazer para entidade familiar criança de origem biológica diversa, ou seja, adotar, simboliza a possibilidade da construção de vínculo de afetividade mútuo, independentemente da gênese sanguínea, que visa, primordialmente, o bem-estar da criança adotada e sua formação digna e plena como ser humano, em respeito aos preceitos e garantias fundamentais.

Luiz Edson Fachin bem destaca esse aspecto, quando escreve:

> [...] a adoção constitui espaço em que a verdade socioafetiva da filiação se manifesta com ênfase inegável. Mais do que laços de sangue, o que une o adotante e o adotado são os laços de afeto, que se constroem no espaço da convivência familiar. Contemporaneamente,

> o [...] que conduz a racionalidade dessa figura jurídica é o escopo de oportunizar a inserção do adotado em um ambiente familiar, com sua plena integração, de modo a, em um espaço de coexistência fundado no afeto, atender às suas necessidades de crescimento e desenvolvimento psíquico, educacional e afetivo (*Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 151).

Por sua vez, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery dissertam que "o princípio orientador das decisões sobre a guarda de filhos é o de prestar o interesse da criança, que há de ser criada no ambiente que melhor assegure o seu bem-estar físico e espiritual, seja com a mãe, com o pai ou com terceiro [...]" (*Código Civil Comentado*, 7ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 1.163).

Colocando em tela o fato concreto dos autos, divisa-se que da adoção da criança V.G.D., deferida pela sentença recorrida, ao casal de apelados E.S.P. e A.A.C., revolta-se o representante do Ministério Público estadual mediante apelação fulcrada nestes quatro pontos: a) contrariedade às normas dos arts. 50, 197-A e 197-E, § 1º, do ECA, por desrespeito à ordem cronológica do cadastro de adotantes; b) ausência das hipóteses do art. 50, § 13º, do ECA; c) evidência de fraude e má-fé dos autores; d) sobreposição das exigências do ECA à paternidade sócio-afetiva, independemente do fato de a criança estar convivendo com os autores há um ano e quatro meses.

Em síntese, o recorrente está a sustentar que a adoção em apreço, cuja petição inicial não preenche os requisitos indispensáveis (art. 197-A), não podia ser deferida porque, no seu entender, desobedeceu a ordem cronológica das pessoas habilitadas a tanto, sem comprovação de que fosse a medida adotada a melhor solução no interesse da adotanda (art. 197-E, § 1º, c/c art. 50), nela detectando evidência de fraude e má-fé dos adotantes.

Lidos e relidos os autos e sobre seu conteúdo havendo bastante refletido, antecipo dizer que não vislumbro razão em socorro da pretensão recursal.

No seio da legislação pátria, capta-se que o instituto da adoção é previsto no artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com atual disposição na Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009, cujo texto traz uma série de avanços no procedimento àqueles interessados na adoção, bem como busca resguardar os interesses das crianças, sempre objetivando evitar irregularidades nos processos de guarda e adoção e permitir a realização de estudo social a fim de viabilizar uma adoção bem sucedida.

No âmbito estadual, a Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina editou, no passado, os Provimentos n. 12/93 e 11/95, com o escopo de disciplinar as atribuições da Comissão Estadual Judiciária de Adoção (CEJA), e dispor acerca do Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo (CUIDA).

Não se olvida que a determinação legal que instituiu o cadastro de habilitados à adoção é, de fato, medida salutar e de fundamental importância à organização judiciária e a própria segurança jurídica, na medida que visa expungir o procedimento da adoção das mazelas e de fraudes que vicejavam no passado, ocultando espúrios interesses, mormente econômicos, voltados ao tráfico internacional de bebês, de retumbante repercussão midiática em passado não muito distante.

No entretanto, na análise de cada caso concreto, o julgador deve estar atento, não podendo fechar os olhos para as circunstâncias e peculiaridades que o envolvem, sob pena de, indevida e injustamente, sobrepor a forma ao direito material.

Na espécie vertente, compulsados os autos, apreende-se que a ré M.D., motivada por dificuldades financeiras e por conhecer e manter bom relacionamento com a apelada E.S.P., para a mãe da qual já havia trabalhado como doméstica, deixou a filha V.G.D., quando contava quarenta dias de vida, aos padrinhos de batismo e ora apelados, para cuidarem dela.

Esse aspecto consta registrado no relatório do Estudo Social concluído em 29-4-2011, pela Assistente Social Dagmar Renate Goldschmidt, às fls. 82-88, do qual se destaca a manifestação de vontade da genitora da criança, assim verbalizada:

> Quando questionada porque deixou sua filha com Adriano e Edilamar, disse que os conhece a muitos anos, que foi empregada da mãe de Edilamar, que sabia que eles queriam adotar uma criança, que sabe que eles tem boas condições de vida e que então decidiu convida-los para serem padrinhos de sua filha; que Edilamar ia visitar Vitória em sua casa e as vezes saia chorando; que ela achou melhor deixar a filha com os padrinhos porque eles tem melhores condições de educar; que não deu a filha para a adoção e que se for para dar até concorda, mas somente se for para eles, porque assim sempre vai saber onde sua filha está. Disse ainda que se não for para eles, pega a filha de volta.
>
> Marinete declarou que sua decisão de deixar Vitória com os padrinhos é somente porque tem muitas dificuldades financeiras, que com o que ganha está difícil criar dois filhos, imagina com mais uma; que não quer ver sua filha sofrendo e passando necessidades, que gosta muito de Vitória e que se tivesse melhores condições de vida não a entregaria para outro casal cuidar (fl. 86, 3º e 4º períodos léxicos).

Anota-se que aludido estudo social foi realizado em cumprimento a despacho judicial nos autos n. 018.10.022948-1, da ação de guarda ajuizada, em 21-10-2010, conjunta e consensualmente pelos ora adotantes e a mãe da infante V.G.D., quando a menor, nascida em 13-8-2010 (cf. certidão de nascimento à fl. 17) e batizada em 19-9-2010 (cf. certidão e certificado de batismo de fls. 18-19), possuía sessenta e nove dias de existência.

Neste contexto, é possível deduzir que, na gênese dos fatos, se permeasse o propósito de má-fé ou de fraude no espírito de um ou de outro envolvido na relação, muito provavelmente o fato teria ficado encoberto e ocultado da Justiça e, somente muito tempo depois, quiçá quando

consolidada situação irreversível, acabaria desaguando no Judiciário. Tal impressão ganha contornos de verossimilhança nas declarações da mãe da menor prestadas em juízo, em audiência realizada na referida ação de guarda, documentado pelo Termo de fl. 96, em 31-5-2011, quando, ao ser perquirida pela magistrada quanto a possibilidade de renúncia ao poder familiar, pediu ela um prazo para refletir, momento em que explicita os motivos de seu ato, *in verbis*:

> "Diz que entregou a criança pra que o casal cuide, querendo que ela tenha as oportunidades que não teve e sabe que o casal irá cuidar bem dela. Questionada sobre a hipótese do casal se mudar para um local distante, disse que Vitória iria acompanhar o casal. Que atualmente Marinete Visita regularmente sua filha e mantém vínculo afetivo com ela."

Logo, a interpretação mais adequada possível de se extrair dos fatos, é de que, no princípio de tudo, a intenção dos envolvidos teve por móvel dar guarida e proteção à criança, diante do quadro de precariedade e de dificuldades de toda ordem experimentadas pela mãe da menor, que não eram poucas, embora também se perceba indício de vontade de adoção desde o começo de tudo isso, como constata o estudo social antes citado, do qual, a propósito de tal enfoque, reproduz-se literalmente:

> Na intervenção realizada com a mãe de Vitória, constatamos que mesma está hoje com 28 anos de idade; trabalha 3 vezes por semana como diarista, recebendo R$ 600,00; afirmou também que quando o dinheiro não é suficiente para o sustento da família, faz programas à noite; Marinete disse que mora em casa de madeira cedida pela prefeitura, com 5 peças; que sua mãe mora ao lado de sua casa e é ela quem lhe ajuda nos cuidados com os dois filhos que estão com ela, sendo eles: Kauan de dois anos e Mauro de sete anos; disse que o pai desses dois meninos não paga pensão; além destes dois filhos, Marinete tem uma filha de 9 anos que está sob guarda do pai, ex-companheiro dela; que também tem mais filha de 7 anos que foi entregue em guarda para os tios quando pequena e que referidos tios depois da guarda realizaram adoção de sua filha; no total são 5 filhos, mas Marinete está apenas com dois. (fl. 86, 2º parágrafo)

Não há elemento no feito, por mínimo que seja, a indicar a subtração da criança pelos apelados ou a entrega da criança pela mãe biológica em troca de vantagem financeira, o que afasta, de pronto, a tipificação dos ilícitos penais capitulados nos arts. 237 e 238 do ECA.

Denotam os autos que, poucos dias depois da audiência realizada em 31-5-2011, nos autos da ação de guarda, os requerentes protocoloram pedido de desistência (fl. 98) e, em 3-6-2011, os ora apelados aforaram ação de adoção cumulada com pedido de destituição de poder familiar em face de M.D. Nesta nova ação, liminarmente foi deferida, aos promoventes da lide, a guarda provisória da infante V.G.D., por decisão que reputou inequívoca a prova de guarda fática da criança pelos autores, reconheceu a verossimilhança de que essa situação atende aos interesses da criança e afastou evidências de má-fé ou das situações elencadas nos arts. 237 e 238 do ECA (fls. 108-111).

Vale o registro de que essa decisão, mercê de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público (fls. 116-129), restou, neste grau de jurisdição, liminarmente revogada (fls. 173-178) e, após restabelecida por decisão também liminar exarada em ação de mandado de segurança contra aquele decisório monocrático de segundo grau (fls. 232-238), foi, a final, confirmada em julgamento colegiado desta Câmara, realizado em 30-8-2011, conforme detecta-se do banco de dados do Sistema de Automação do Judiciário – SAJ.

Do resgate de todos esses registros, aflora que a criança que logo vai completar dois anos idade, encontra-se na posse e sob os cuidados dos apelados há quase dois anos, com o conhecimento e a chancela da Justiça.

Os autos também refletem que, em decorrência da situação fática vivenciada, dos desvelos e do amor que os apelados tem dispensado à criança V.G.D., esmaeceu a ligação da mãe biológica com a criança e, paralelamente, estabeleceu-se e se arraigou forte vínculo afetivo entre a

infante e os apelados, de tal modo que esses são identificados pela menor como seus responsáveis.

É o que retira da conclusão a que chegou a Assistente Social no estudo social finalizado em 1º-11-2011 (fls. 329-340), estampada nestes precisos termos:

> Para concluir, após a convivência entre requerentes e infante iniciada há treze meses e, considerando o observado, entendemos que foi construída uma relação paterno-filial, envolvendo inclusiva as famílias extensas de ambos.
>
> Neste momento, apesar de Sr. A. e Sra. E. não terem cumprido todas as etapas normatizadas pelas leis brasileiras, a fim de adotar uma criança, somos da opinião que deva prevalecer a proteção integral à V., visto que afastá-la do convívio familiar seria prejudicial ao seu desenvolvimento.
>
> Diante disso, entendemos que visando o melhor interesse da criança, após tanto tempo de convivência, ela deva permanecer com o casal requerente, efetivando sua situação legal, através da adoção, dando-lhe totais garantias de direito.

Preciosos elementos para a avaliação da questão são igualmente fornecidos pelo Relatório Psicológico produzido pela Psc Mara Fernandes Cardoso, às fls. 341-350, do qual se destaca:

> Adriano e Edilamar demonstraram ser uma casal que mantém ótima relação conjugal, estando afinados quanto aos projetos de vida e intenções em relação à criança Vitória. Ambos demonstram grande apego e vinculação àquela que entendem e sentem como sua filha, afirmando o quanto amam a criança e desejam que permaneça consigo. Ficou evidente que assumiram as funções paterna e materna com todos os requisitos que tais papéis pressupõem, não havendo dúvida sobre o adequado exercício destes, bem como quanto ao seu empenho em garantir o bem-estar da criança.
>
> Quanto aos contatos de Vitória com a família biológica, ambos relataram que são escassos, tanto com a mãe como com os irmãos. A primeira vê a filha cerca de uma vez por mês, quando passa pela casa da mãe da requerente e a criança está lá. Nestes contatos, não

> demostra desejo de, por exemplo, pegá-la no colo ou brincar com ela. Considerem que para Marinete, Vitória é uma criança como outra qualquer, não nutrindo por ela afeição especial (fl. 343).

E, mais adiante:

> A criança Vitória vive com Adriano e Edilamar desde que tinha quarenta dias de vida, permanecendo esta convivência até agora. O casal assumiu os cuidados parentais da criança e suprindo todas as suas necessidades, tanto físicas como afetivas, de maneira que Vitória tem neles as principais figuras de apego e tem neles a sensação de segurança. Para Bowlby [...] na grande maioria dos bebês humanos, o comportamento de ligação com uma figura preferida desenvolve-se durante os primeiros nove meses de vida. Quanto mais experiências de interação social um bebê tiver com uma pessoa, maiores são as probabilidades de que ele se ligue a essa pessoa. Por essa razão, torna-se a principal figura de ligação de uma bebê aquela pessoa que lhe dispensar a maior parte dos cuidados maternos.[3]
>
> Concluímos, portanto, que para Vitória estas pessoas que estão cuidando dela são sua referência e sua base segura, o que pode ser confirmado nos momentos em que observamos a interação da criança com o casal (fl. 345).

Ainda que não se descarte de todo a existência de segunda intenção por parte dos envolvidos na origem de todo esse episódio, vertida no fito de adoção *intuitu personae*, diante desse inexorável panorama fático, rico em demonstrar a formação de forte liame afetivo entre as pessoas envolvidas, consolidado ao longo de quase dois anos de duração da guarda da criança, com o respaldo da Justiça, que tacitamente manteve referida guarda com os apelados no processo de guarda, onde o Ministério Público oficiou desde o início (fls. 80; 89-90), e, expressamente, concedeu-a no processo de adoção em antecipação de tutela (fls. 108-111), não há como se retroceder, agora, simplesmente em nome do cumprimento do procedimento burocrático do cadastro de adoção, ou da chamada "fila de adoção" tão ferrenhamente defendida pelo apelante em suas razões de apelo, sob pena de, a pretexto de se preservar o procedimento de cadastro único de pretendentes à adoção, vir

a sacrificar-se o bem maior em torno do qual gravita o presente processo, que é a criança V.G.D., em frontal violação ao princípio constitucional da prioridade absoluta no asseguramento dos direitos fundamentais da criança, mormente da dignidade da pessoa humana, e em total desprezo ao princípio da supremacia dos direitos e interesses do menor.

Não se pode perder de vista que o sistema do cadastro único de pretendentes à adoção, cuja importância atrás já se exaltou, constitui meio para alcançar a efetivação do direito material representado pela adoção. Não representa fim em si mesmo! E, por causa disso, sua observância não prescinde de ser flexibilizada a fim de atender com razoabilidade e prudência hipóteses excepcionais porquanto, como sabido, a riqueza dos fatos da vida é mais exuberante do que pode imaginar a mente do legislador.

Por sobre isto, não se pode perder de vista que as leis são feitas para os homens; não, os homens para as leis.

Significa dizer que existem casos excepcionalíssimos que devem ser levados em consideração para o deferimento da adoção, mesmo que o casal interessado não tenha previamente realizado procedimento de inscrição, devendo-se atentar ao direito do infante de ser adotado por família que já vem lhe dedicando um carinho singular, ao invés de priorizar adultos tão somente pela circunstância de estarem inscritos no cadastro de adotantes.

Com efeito, sobre o cadastro de adotantes, o Superior Tribunal de Justiça, deixou assente:

> RECURSO ESPECIAL - AFERIÇÃO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO INTUITU PERSONAE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - VEROSSÍMIL ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM O CASAL DE ADOTANTES NÃO CADASTRADOS - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA DURANTE OS PRIMEIROS OITO MESES DE VIDA - TRÁFICO DE CRIANÇA - NÃO

VERIFICAÇÃO - FATOS QUE, POR SI, NÃO DENOTAM A PRÁTICA DE ILÍCITO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - A observância do cadastro de adotantes, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro;

II - É incontroverso nos autos, de acordo com a moldura fática delineada pelas Instâncias ordinárias, que esta criança esteve sob a guarda dos ora recorrentes, de forma ininterrupta, durante os primeiros oito meses de vida, por conta de uma decisão judicial prolatada pelo i. desembargador-relator que, como visto, conferiu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n.1.0672.08.277590-5/001. Em se tratando de ações que objetivam a adoção de menores, nas quais há a primazia do interesse destes, os efeitos de uma decisão judicial possuem o potencial de consolidar uma situação jurídica, muitas vezes, incontornável, tal como o estabelecimento de vínculo afetivo;

III - Em razão do convívio diário da menor com o casal, ora recorrente, durante seus primeiros oito meses de vida, propiciado por decisão judicial, ressalte-se, verifica-se, nos termos do estudo psicossocial, o estreitamento da relação de maternidade (até mesmo com o essencial aleitamento da criança) e de paternidade e o consequente vínculo de afetividade;

IV - Mostra-se insubsistente o fundamento adotado pelo Tribunal de origem no sentido de que a criança, por contar com menos de um ano de idade, e, considerando a formalidade do cadastro, poderia ser afastada deste casal adotante, pois não levou em consideração o único e imprescindível critério a ser observado, qual seja, a existência de vínculo de afetividade da infante com o casal adotante, que, como visto, insinua-se presente;

V - O argumento de que a vida pregressa da mãe biológica, dependente química e com vida desregrada, tendo já concedido, anteriormente, outro filho à adoção, não pode conduzir, por si só, à conclusão de que houvera, na espécie, venda, tráfico da criança

> adotanda. Ademais, o verossímil estabelecimento do vínculo de afetividade da menor com os recorrentes deve sobrepor-se, no caso dos autos, aos fatos que, por si só, não consubstanciam o inaceitável tráfico de criança;
>
> VI - Recurso Especial provido (Resp 1172067/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 18-3-2010).

No mesmo sentido:

> CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA PROVISÓRIA. COMÉRCIO DE MENOR.INEXISTENTE.FAMÍLIA AFETIVA. INTERESSE SUPERIOR DO MENOR. OBSERVÂNCIA DA LISTA DE ADOÇÃO.- Mesmo em havendo aparente quebra na lista de adoção, é desaconselhável remover criança que se encontra, desde os primeiros dias de vida e por mais de dois anos, sob a guarda de pais afetivos. A autoridade da lista cede, em tal circunstância, ao superior interesse da criança (ECA, Art. 6º)(Resp 837324/RS, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 8-10-2007).

De outro julgado do Tribunal da Cidadania, retira-se o excerto que segue transcrito:

> "Veja-se, inicialmente, não se olvidar os nobres propósitos contidos no artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que preconiza a manutenção, em comarca ou foro regional, de um registro de pessoas interessadas na adoção, e legitimamente incentivado, recentemente, pelo Conselho Nacional de Justiça, com a edição, inclusive, da Resolução n. 54.
>
> É certo, contudo, que a observância de tal cadastro, vale dizer, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança não é absoluta. E nem poderia ser. Excepciona-se tal regramento, em observância ao princípio do melhor interesse do menor, basilar e norteador de todo o sistema protecionista do menor, na hipótese de existir vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que este não se encontre sequer cadastrado no referido registro" (AgRgMC n. 15.097, rel. Ministro Massami Uyeda, j. 5-3-2009).

Nesta ordem de idéias, subordinar o direito à adoção apenas ao procedimento administrativo, tal qual o cadastro de pretendentes,

priorizando os casais que estão na filha da adoção esperando por um filho do coração, importa em inversão de valores e em ignorar a amplitude da proteção integral e, igualmente, em limitar a incidência do princípio melhor interesse da criança.

Acerca da prevalência de tal princípio sobre o procedimento administrativo, a doutrina manifesta:

> Refere-se o art. 50, do ECA, aos chamados cadastros de pessoas interessadas em adoção e de crianças e adolescentes aptas à adoção. Embora existam controvérsias e seja aconselhável o respeito, sempre que possível, à ordem cronológica de inscrição no cadastro, o que deve prevalecer é o interesse da criança ou do adolescente, observando-se que a adoção deve implicar necessariamente em reais vantagens para o adotando, sendo possível a não observância da ordem cronológica, se isto significar prejuízo ao adotando. Outrossim, também deve ser levado em conta e respeitada, dentro do possível, a vontade dos pais biológicos do adotando, no sentido de ser este colocado em determinada família substituta (adoção *intuitu personae*), desde que não seja do exterior em detrimento de nacional, pois, estando eles no exercício familiar, podem, devem e têm o direito de opinar sobre o destino do filho (GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. Adoção, tutela e guarda: conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Novo Código Civil, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 49).

Aliás, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que, quando da sua interpretação e aplicação, deverão ser levados em conta os fins sociais da lei e as exigências do bem comum (art. 6º). Isso, por si só, já demonstra a necessidade de atenção a cada caso concreto quando estiver a se tratar dos direitos ora analisados.

Ademais, no caso em apreço, se a decisão de manter a criança onde se encontra causa algum tipo de injustiça com aqueles que estão esperando na filha de adoção, por demais injusto redundaria retirar a criança do lar ao qual está habituada há quase dois anos, para inseri-la num abrigo estatal, com as deficiências notoriamente conhecidas, ou até mesmo no seio de uma

família desconhecida que, de antemão, pode-se dizer que constitui uma aposta, porque não se pode ter certeza que vá lá se adaptar e ser tão bem tratada, pela simples obediência estrita e rígida das regras procedimentais.

Nesse particular, Maria Antonieta Pisano Motta bem adverte:

> [...] é importante que se avalie o casal e se verifique se estão habilitados a continuarem com a criança. Retirar crianças que vivem com seus pais adotivos, que estão integradas ao núcleo familiar e à família extensa e recolocá-las ou colocá-las em abrigos, onde serão afastadas das pessoas que se ocuparam de seus cuidados e com quem tinham trocas afetivas importantes se caracterizará como uma violência inominável contra a criança e que certamente prejudicará seu desenvolvimento fisiopsíquico. A nosso ver, este ato se concretizará como violento se o ÚNICO motivo para separar pais e filhos for a questão da desobediência à "fila" de cadastrados. (*Adoção Pronta X Adoção pelo Cadastro* em: *Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos*, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 249 – grifado no original).

Na hipótese em discussão, como já referido, o ato de M.D. de abdicar da filha calca-se em sua difícil realidade social e econômica, assim detectada pelo relatório psicológico de fls. 341-350:

> [...] M. referiu ter uma vida muito difícil, em que muito cedo envolveu-se em relacionamento com homens, tendo a primeira filha aos 17 anos. Estudou pouco e não teve recursos para uma vida melhor, sendo que envolveu-se na prostituição e drogadição. Sofreu também violência doméstica por parte de alguns companheiros. M. percebe que a vida, para as meninas, é muito difícil, na realidade em que ela vive, que estão expostas a muitos riscos, inclusive citou o receio de que, no local onde vive, possam ser vítimas de violência sexual ou facilmente envolver-se na prostituição. Avalia que ela conseguiria evitar tais situações, devido a vida que ela mesma leva (trabalho informal, inclusive na prostituição).
>
> Esta trajetória de vida de M. a fez seguir um padrão de conduta em relação às filhas meninas que gerou, não estando nenhuma sob seus cuidados. [...] Importa saber que ela não tem interesse verdadeiro em ser mãe das meninas, preferindo que sejam cuidadas por outras

> pessoas que, no entender dela, garantirão que estejam longe das coisas que ela teme [...]

Por outro lado, quanto à aptidão dos apelados para cuidar de V. G. D., infere-se do mesmo relatório que:

> [...] A. e E. demonstraram ser um casal que mantém ótima relação conjugal, estando afinados quanto aos projetos de vida e intenções em relação à criança V. Ambos demonstraram grande apego e vinculação àquela que entendem e sentem como sua filha, afirmando o quanto amam a criança e desejam que permaneça consigo. Ficou evidente que assumiram as funções paterna e materna com todos os requisitos que tais papéis pressupõe, não havendo dúvida sobre o adequado exercício deste, bem como quanto ao seu empenho em garantir o bem-estar da criança [...] (fl. 343).

Não é demasiado destacar que, em atendimento ao preceituado nos arts. 197-A a 197-E do ECA, os apelados cumpriram o procedimento de habilitação à adoção, no qual participaram de programa de preparação (autos n. 018.10.020365-2) e, ante parecer conclusivo favorável emitido no estudo social específico (fls. 51-55) e diante de parecer positivo do Ministério Público (fl. 58), obtiveram homologação de seu pedido por sentença judicial transitada em julgado em 24-10-2011 (fl. 59).

Em que pese o casal apelado não estivesse posicionado em primeiro lugar na fila do cadastro de adotantes, já encontrava-se habilitado junto à comarca, tendo sido considerado apto para adotar, e, ainda, contando com o consentimento da mãe biológica para a efetivação do processo de adoção da menor, expressamente demonstrado pela petição de fls. 183-192.

Invoca-se, por importante aqui, a lição de Lidia Natalia Dobrianskyj Weber, professora de Psicologia da Universidade Federal do Paraná (UFPR), sobre os critérios de seleção dos pretendentes à adoção:

> [...] Talvez seja mais parcimonioso acreditar que a "adoção afetiva é a verdadeira relação parental" (Schettini, 1994), pois qualquer filho, assim como qualquer pai e mãe, precisa ser afetivamente adotado. É importante questionar a razão da existência de uma

> postura de tolerância tão grande para com os pais biológicos e tão pequena para com os pais adotivos (ou futuros pais adotivos). Pais adotivos devem ser "melhores" do que pais biológicos? Não estamos negando a importância de uma avaliação, da orientação técnica e mesmo de uma seleção, mas concordamos com o que relata Hoffman (1990, p.10) sobre a unicidade e a singularidade de cada família: "o terapeuta pósmoderno atua junto à família sem qualquer definição de patologia, sem qualquer idéia de quais estruturas disfuncionais irá procurar e sem qualquer idéia estabelecida sobre o que deve ou não mudar". Antes de pensar da seleção de pessoas, dever-se-ia pensar na proteção à criança em situação de abandono, ela deve crescer em uma família e não em uma instituição (*Aspectos Psicológicos da Adoção*, 2ª.ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 37).

Igualmente, merecem consideração e destaque as ponderações de Maria Berenice Dias, abalizada especialista do direito de família, sobre o tema:

> Existe uma exacerbada tendência de sacralizar a lista de preferência e não admitir, em hipótese nenhuma, a adoção por *pessoas não inscritas.* É de tal intransigência a cega obediência à ordem de preferência que se deixa de atender situações em que, mais do que necessário, é recomendável deferir a adoção sem atentar à listagem. [...] Em muitos casos, a própria mãe entrega o filho ao pretenso adotante. Porém, a tendência é não reconhecer o direito de a *mãe escolher* a quem entregar seu filho. Aliás, dar um filho à adoção é o maior gesto de amor que existe: sabendo que não poderá criá-lo, renunciar ao filho, para assegurar-lhe uma vida melhor que a sua, é atitude que só o amor justifica.
>
> E em nada, absolutamente nada, impede que a mãe escolha os pai de seu filho. Às vezes é a patroa, às vezes uma vizinha, em outros casos um casal de amigos que têm uma maneira de ver a vida, uma retidão de caráter, que a mãe acha que seriam os pais ideais para seu filho [...] (*Manual de direito das famílias*, 3ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 437-438 – grifado no original).

Volvendo-se aos autos, avulta considerar que deles não se recolhe qualquer indício, por mínimo que seja, em desabono à conduta dos apelados ou a depor contra a idoneidade moral deles, os quais possuem

ficha criminal limpa (fls. 38-39), são cidadãos com ocupação laboral lícita (fls. 40-43), gozam de sanidade física e mental (fls. 45-46).

Tampouco revelam os autos qualquer indicativo de omissão nos cuidados ou de maus tratos infligidos pelos apelados à criança sob sua custódia, de sorte que nada está a indicar que a manutenção de V.G.D. sob a guarda do casal apelado venha a ser prejudicial para a menor ou de que esta estaria melhor assistida em abrigo público ou sob a guarda de outra pessoa.

A despeito das questões relativas à inobservância de ordem do cadastro, é clarividente que o casal apelado se encontra com a criança desde seus primeiros dias de vida, agindo como pais fossem, com todo o zelo e dedicação necessários, conforme reconhecido pela assistente social que atuou diretamente no estudo deste caso.

Reprisa-se que inexistem, nestes autos, provas cujo teor ateste que o deferimento da guarda aos apelados não preserva o melhor interesse da criança, ou que V. G. D. estaria assegurada com mais dedicação sendo removida de seu lar.

Sendo assim, embora as regras insculpidas no artigo 50 do ECA assegurem a segurança jurídica e lisura do processo de adoção, a necessidade de prévia inscrição no cadastro de adoção não tem força para extinguir o liame afetivo já existente entre a infante V. G. D. e o casal apelado que, frisa-se, vem sendo nutrido há quase dois anos.

Em casos assemelhados, este Tribunal de Justiça já decidiu:

> DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR C/C PEDIDO DE ADOÇÃO. CRIANÇA RECÉM-NASCIDA ENTREGUE PELA MÃE BIOLÓGICA A PRETENDENTES À GUARDA E ADOÇÃO. CASAL NÃO CADASTRADO NA LISTA DE FUTUROS ADOTANTES. INDEFERIMENTO DO REQUERIMENTO DE BUSCA E APREENSÃO FORMULADO PELO REPRESENTANTE DO

ÓRGÃO MINISTERIAL. RIGORISMO DO PLEITO QUE SE VERIFICA NA HIPÓTESE COMO INJUSTIFICÁVEL E DESACONSELHÁVEL. ESTUDO SOCIAL FAVORÁVEL AO CASAL QUE JÁ DETINHA A GUARDA POR MAIS DE CINCO (5) ANOS. INTERESSE DO MENOR QUE SE SOBRELEVA À INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES DO PROCESSAMENTO DA PERFILHAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE JUSTIFIQUEM A RETIRADA DO INFANTE DA FAMÍLIA QUE O ACOLHERA. INTERLOCUTÓRIO MANTIDO. RECURSO DESPROVIDO.

Ainda que louváveis as iniciativas do Magistrado e Promotor de Justiça que labutam nas Varas da Infância e da Juventude no sentido de fazerem valer o cadastro de pessoas interessadas em adoção, o mesmo não se pode dizer, por desaconselhável, quando promovem a busca e apreensão de uma criança que se encontra há meses ou anos com uma família substituta, portanto, com uma situação fática e sócio-afetiva consolidada. A atuação destas ilustres autoridades, nesse sentido, haverá que ser contemporânea à entrega da criança pela genitora ou genitores à família substituta, levando a crer, daí sim, que o objetivo é a prevalência da dignidade e do interesse maior da criança (Agravo de Instrumento n. 2011.096607-0, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 29-5-2012).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE C/C PEDIDO LIMINAR DE GUARDA PROVISÓRIA. AUTORES NÃO CADASTRADOS NA LISTA DE ADOÇÃO DA COMARCA. FORMALISMO LEGAL NÃO SUPERIOR AOS INTERESSES DA CRIANÇA. DETERMINAÇÃO DA GUARDA AOS APELANTES. RECURSO PROVIDO.

"Não se deve afastar uma criança dos braços de quem a acolhe desde o nascimento, cujo requerimento de adoção já foi efetuado, a pretexto de inobservância cadastral de pretendentes à adoção, a não ser que se comprove de plano a inabilitação moral para o ato. Revelando o estudo social a boa índole da família adotante e o carinho e amor conferidos ao menor, é de indeferir-se pedido de busca e apreensão deste, requerido pelo Ministério Público, porquanto silogismos críticos, impostos à simples leitura de texto legal, não podem prevalecer sobre o bem-estar da criança (AI n.

1999.017563-4, Rel. Des. Carlos Prudêncio, j. em 17-10-2000)" (Apelação Cível n. 2009.019582-5, de Imbituba, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. em 22-2-2010).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - CADASTRO DE PRETENDENTES À ADOÇÃO - ART. 50 DO ECA - OFENSA À ORDEM CRONOLÓGICA - NEGATIVA DE GUARDA PELO JUÍZO A QUO - ENCAMINHAMENTO DA CRIANÇA PARA FAMÍLIA SUBSTITUTA CADASTRADA - INSURGÊNCIA - CONVÍVIO DA MENOR COM OS AGRAVANTES - REQUERENTES QUE SATISFAZEM REQUISITOS LEGAIS - ARTS. 29, 51 E 165 DO ECA - BUSCA E APREENSÃO REVOGADA - LIMINAR DE GUARDA PROVISÓRIA DA MENOR - CONCESSÃO - INTERLOCUTÓRIO REFORMADO - AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO.

Não é óbice à adoção a inexistência de cadastro ou a ofensa de sua ordem cronológica, quando o menor já estiver convivendo com os futuros pais adotivos, mormente quando patenteados os superiores interesses da criança.

O juiz deve dar à lei e ao direito um sentido construtivo, benéfico e estável, repelindo soluções amargas, impróprias e destrutivas dos elementos orgânicos da sociedade ou incompatíveis com a vida.

O Estatuto da Criança e do Adolescente não adota o critério da legalidade restrita, mas sim os fins sociais a que a lei se dirige, sendo contrário ao ECA retirar a infante do convívio com os pais substitutos e colocá-la em casa de menores ou mesmo em outro lar substituto, acarretando à menor traumas imensuráveis (Agravo de Instrumento n. 2003.000665-6, de Blumenau, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 8-5-2003).

O Superior Tribunal de Justiça converge no mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL - MEDIDA CAUTELAR - AFERIÇÃO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO INTUITU PERSONAE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM O CASAL DE ADOTANTES NÃO CADASTRADOS, COM O QUAL FICOU DURANTE OS PRIMEIROS OITO

> MESES DE VIDA - APARÊNCIA DE BOM DIREITO - OCORRÊNCIA - ENTREGA DA MENOR PARA OUTRO CASAL CADASTRADO - PERICULUM IN MORA - VERIFICAÇÃO - RECURSO IMPROVIDO (AgRg na MC n. 15.097/MG, rel. Min. Massami Uyeda, j. 5-3-2009).
>
> CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA PROVISÓRIA. COMÉRCIO DE MENOR.INEXISTENTE. FAMÍLIA AFETIVA. INTERESSE SUPERIOR DO MENOR. OBSERVÂNCIA DA LISTA DE ADOÇÃO.
>
> - Mesmo em havendo aparente quebra na lista de adoção, é desaconselhável remover criança que se encontra, desde os primeiros dias de vida e por mais de dois anos, sob a guarda de pais afetivos. A autoridade da lista cede, em tal circunstância, ao superior interesse da criança (ECA, Art. 6º). (Resp n. 837.324/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 18-10-2007).

Portanto, a circunstância de não ter sido obedecida a lista do cadastro de adotantes não implica, por si só, contrariedade ao Estatuto da Criança e do Adolescente vez que, em casos como este, os interesses que devem preponderar aos demais são sempre os da criança.

Deste modo, no contexto destes autos, não é equânime que a submissão à ordem de inscrição no cadastro defina a sorte da criança e venha, a esta altura dos acontecimentos, depois de suplantados quase dois anos de convivência entre a criança e os apelados, decretar mais uma ruptura brusca na existência de V.G.D., que em tão pouco tempo de vida já foi vítima de pelo menos três duros açoites à sua integridade emocional: primeiro - chegou órfã de pai biológico, que não quis reconhecê-la; segundo – com quarenta dias de vida, ficou privada de quem a concebeu em seu ventre, vez que, alegando dificuldades materiais para sua criação, abdicou do sagrado dom da maternidade e optou por entregá-la a casal substituto; último – durante o trâmite deste processo, quando já estabilizada no lar substituto dos apelados, foi retirada abruptamente e colocada em abrigo

público por força de decisão monocrática em sede recursal (fls. 173-178 e 230).

Pela experiência subministrada pelo que de ordinário acontece e se observa do cotidiano (CPC, art. 335), parece inegável que, se um novo rompimento for imposto no estado e convívio familiar de V.G.D., esta criança sofrerá danos graves à sua formação emocional.

Com efeito, ao responder acerca das consequência de um rompimento após um ano de convívio, a assistente social, no estudo social de fls. 329-339, afirma "Quando existe vinculação afetiva entre uma criança e seus cuidadores, entendemos que um afastamento tende a ser danoso para os envolvidos, principalmente para o infante." (fl. 339)

Em abordagem ao mesmo tema, a psicóloga forense, Mara Fernanda Córdova, no laudo de fls. 341-350, pontifica *in verbis*:

> "Com relação às consequências do rompimento da relação entre a criança e o casal requerente, entendemos que há prejuízos para a criança pois já está vinculada ao casal. A separação da criança das figuras a quem está ligada a levam a ter reações em maior ou menor grau, dependendo e uma série de fatores. O teórico John Bowlby escreve sobre a angústia e a ansiedade que esta separação provoca e outras consequências negativas, geradoras de sofrimento para a criança[1]. Entendemos, portanto, que uma separação de Vitória de seus cuidadores, neste momento lhe traria um grande sofrimento. A intensidade deste sofrimento depende de uma série de fatores, por exemplo, da qualidade dos cuidados que a criança está recebendo. "Tendo em conta que a separação da figura materna [...] conduz à tristeza, à raiva e à subsequente angústia [...] a separação da figura materna é por si mesma, uma variável-chave na determinação do estado emocional e do comportamento das crianças (p. 27)" Destarte, o mesmo autor pontua que a colocação em outra família viria atenuar este sofrimento, desde que houvesse a substituição de tais cuidados por os de outra cuidadora. A ligação da criança com

1 BOWLBY, John. Apego e perda: separação: angústia e raiva. V. 2 da trilogia. 4.Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004

> esta nova figura, porém, levaria um tempo durante o qual ela iria manifestar as reações decorrentes da separação das pessoas a quem estava apegada. Além disso, o autor pontua outras consequências de experiência de separações das figuras de apego, relacionadas à constituição de sua personalidade e de como a pessoa irá pautar suas relações ao longo da vida. Embora haja algumas controvérsias quanto a este aspecto, é possível dizer que as vivências de rompimento conduzem a pessoa a ter a segurança, auto-estima e relação de confiança em outras pessoas prejudicadas." (fl. 348: *in medio* – fl. 349: *in primo).*

E, mais adiante, em resposta a quesito específico, conclui:

> "Entendemos que a criança encontra-se bem cuidada e atendida em suas necessidades, com prognóstico positivo, tendo em vista a estabilidade do casal guardião. O tempo decorrido de convivência permitiu estabelecer uma relação de apego importante e o reconhecimento, por parte de Vitória, de que Edilamar e Adriano são as pessoas que cuidam dela.
>
> Respondendo ao quesito sobre as consequências de um rompimento após um ano de convívio, entendemos que haveria sofrimento da criança, por já estar vinculada à Adriano e Edilamar. A criança viveria a angustia e a aflição da separação de maneira própria. Parece-nos que separar a criança de seus cuidadores, aos quais está plenamente adaptada e sendo bem cuidada, lhe traria apenas prejuízos, tendo em vista que o casal não a está colocando em risco, situação que justificaria seu afastamento. (fl. 350, 2º e 3º parágrafos).

Por sinal, dessas conclusões não se afasta a última recomendação do Parecer Psicológico emitido pelo Psc Marlos Gonçalves Terêncio, do Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude, ligado ao Ministério Público de Santa Catarina, trazido aos autos às fls. 130-136, posta nestes termos:

> "Finalmente, que tais separações sejam realizadas somente quando comprovada a má-fé e/ou a plena incapacidade da família guardiã em prover os cuidados essenciais ao infante, uma vez que os interesses da criança tendem a ser melhor garantidos, sob o prisma psicológico, ao se evitar qualquer tipo de separação de seus primeiros cuidadores

> privilegiados, independemente da inscrição prévia destes no cadastro de adotantes." (fl. 136, último parágrafo)

Por tudo o que dos autos consta, que deixaram claro a plena capacidade dos apelados em prover os cuidados fundamentais à criança bem como a ausência de má-fé dos apelados, vez que eles estão com a guarda da criança há quase dois anos sob o amparo de decisões fundamentadas da Justiça e, essencialmente tendo em vista as conclusões técnicas linhas atrás realçadas, quanto aos efeitos nocivos de uma nova mudança, daí segue que impor, agora, a V.G.D. outro rompimento nos rumos de sua vida já estabilizada emocionalmente, redundaria, pelo menos, em tratamento atentatório à dignidade da pessoa humana com indelével marca de crueldade, em total descompasso com o princípio da prioridade absoluta e da prevalência do superior interesse da criança e em flagrante violação às normas basilares insculpidas nos arts. 4º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, aos quais se verga o literal cumprimento ao procedimento administrativo do cadastro de adotantes, com perfeita aplicação à espécie vertente as palavras do saudoso Min. Sálvio de Figueiredo: "O juiz deve observar a prevalência do Direito do Menor, em sua finalidade pedagógica e protecional, sobre as genéricas regras do Direito" (STJ- CC n. 33.935, j. 9-4-2003, DJU 5-5-2003).

Por subsunção aos fundamentos da prioridade absoluta no asseguramento dos direitos fundamentais da criança e da prevalência dos interesses do menor a quaisquer outros juridicamente tutelados, dou por não violado o dispositivo do art. 50, § 13, III, da Lei n. 8.059/90.

Finalizando, cumpre ter em mente que as normas do ECA tem como escopo primordial proporcionar o bem estar físico, intelectual e moral da criança e, desse modo, manter incólume a sentença recorrida é medida que se impõe, porquanto fundada no princípio do melhor interesse da criança.

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

É o voto.

Declaração de voto vencido do Desembargador Eduardo Mattos Gallo Júnior.

1. Nos autos da presente Ação de Adoção, o qual recebi de volta apenas no dia de hoje, após a sessão realizada no último dia 15 de junho, passo a imediatamente apresentar as razões pelas quais dava provimento ao recurso.

O faço, exclusivamente, por entender com a devida vênia a meus pares que a melhor solução não somente para o caso, mas aquele que sem dúvida alguma melhor se amolda a toda a sistemática que rege a matéria referente a Adoção era aquela que dava provimento ao recurso, nos termos do, sempre, pleiteado pelo Ministério Público, em primeiro e em segundo grau, tanto como fiscal da lei como, sem dúvida, como Curador Especial em demandas que tratam desta especializada jurisdição.

Para fins didáticos, apresentado o indispensável esclarecimento e fundamentação que devo fazê-los por imperioso ético e legal, apresentarei a temática em três momentos. Um primeiro no qual pontuarei, as razões pelas quais encaminhei e foi aprovado pelos meus pares, o oficiamento a Corregedoria Geral de Justiça. Um segundo, em que apresentarei a integralidade da ementa e voto que apresentei na sessão do último dia 31 de maio, a qual inclusive já havia disponibilizada a minuta no dia 12 de maio, para os Excelentíssimos Desembargadores, que participaram do julgamento. Ao final, encerrarei ponderando, respeitosamente, de divergências pontuais ao voto de Sua Excelência o desembargador revisor deste feito.

Esclareço, que esta declaração o faço com todo o respeito a todos os meus pares, apenas dentro da dialética e transparência indispensável, a todos os pronunciamentos judiciais.

2. Na sessão de julgamento, considerando a observação do Des. Relator, que não vislumbrava qualquer irregularidade na condução do feito, pedi a intervenção a Sua Excelência, para lhe narrar, o que já havia lhe disponibilizado, da estranheza em relação a algumas questões na condução do feito pela ilustre magistrada que nele oficiou a Dra. Angélica Fassini.

O fiz, não para absolutamente questionar Sua Excelência, mas por dever de registrar a meus pares, algumas situações que me pareceram estranhas ao comum, sendo que minhas observações foram acatadas, tanto pelo meu revisor, quanto pelo Presidente e vogal desta e. Câmara.

O que me causou estranheza? O descompasso na condução e atenção aos pleitos formulados nesta demanda e na outra (Acordo de Modificação de Guarda, Visitas e Alimentos – 018.10.022948-1), demonstram que a magistrada não deu aos feitos a mesma atenção, pronunciando-se antes em um que em outro e deixando de determinar vistas obrigatórias ao Ministério Público. As fls. 10-12, registrei algumas ocorrências, pelas quais se evidenciaram o que levou este colegiado a determinar o envio de cópias a e. Corregedoria Geral de Justiça.

3. Registro, aqui, na íntegra as razões de minha manifestação na sessão de julgamento deste feito.

Acrescento apenas, com imensa tristeza, que não mais está entre nós o Desembagador Rubem Odilon Antunes Córdova, chamado a morada divina no último dia 11 do corrente mês. A Sua Excelência todo a minha saudade, respeito e homenagem.

Assim, apresentei meu voto naquela oportunidade:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. GUARDA DOS AUTORES ILEGÍTIMA A CONSTITUIÇÃO DO VÍNCULO DA FILIAÇÃO JURÍDICA. INTENÇÃO DE BURLAR TODA A SISTEMÁTICA QUE REGE A ADOÇÃO EVIDENCIADA NOS AUTOS. MÁ-FÉ E CARÁTER *INTUITU PERSONAE*, DA PRETENSÃO QUE SE APRESENTAM. INTERESSE DOS ADOTANTES, QUE SE PROJETA AO DO MELHOR INTERESSE DA INFANTE E QUE, JAMAIS, PODE SE SOBREPOR AO DO ESTADO NA ESCOLHA DO DESTINO DA CRIANÇA. AFASTAMENTO, NA ESPÉCIE, DO VIÉS ÉTICO INDISPENSÁVEL, AO ACOLHIMENTO DA ADOÇÃO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

" A Justiça somente pode ser feita com Histórias Limpas". (oração do Desembargador Rubem Odilon Antunes Córdova, aposentado deste Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em diálogo com este magistrado).

RELATÓRIO

E. S. P. e A. A. C., ajuizaram "Ação de Adoção da Menor V. G. D. c/c Pedido de Destituição de Pátrio Poder", na vara da família, infância e juventude da comarca de Chapecó, em face de M. D. (inicial de fls. 02-14), juntando os documentos de fls. 15-107.

Asseveraram, para justificar o pedido contido na exordial, serem padrinhos de batismo da infante e que, em razão das dificuldades enfrentadas por sua genitora, assumiram sua criação, estando, inclusive, com a guarda fática da criança, desde que a mesma teria completado 40 dias de vida.

Aduziram, a fim de regular referida situação, que ingressaram com pedido de modificação de guarda consensual, na qual ficou registrado que a requerida manifestou a intenção de renunciar o poder familiar, para posterior adoção da infante, contanto que os requerentes fossem os adotantes (fls. 63-66).

Na sequência, afirmam que estão habilitados para adoção, sendo que a criança se encontra bem cuidada e, ainda, que os laços afetivos estão devidamente formados, posto que a mesma os identifica como seus genitores.

Por fim, apontaram a desnecessidade de obedecer a ordem do cadastro de adotantes, tendo em consideração o melhor interesse da menor.

Destarte, requereram o deferimento liminar da guarda provisória e, ao final, a procedência da demanda, com o fim de destituir a ré do poder familiar e conceder-lhes a adoção da infante.

Recebida a peça inaugural, houve deferimento provisório da guarda pleiteada (fls. 108-111).

Da decisão que concedeu esta antecipação de tutela, houve interposição de agravo de instrumento pelo Ministério Público (fls. 116-128), cujas razões asseveraram a imprescindibilidade de obediência ao cadastro de pretendentes à adoção, sustentando, para tanto, que as únicas hipóteses em que se admite a inobservância de tal cadastro são aquelas previstas no § 13, do art. 50, da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), sendo que os requerentes não se enquadrariam em nenhuma das situações descritas no referido dispositivo legal.

Afirmou, outrossim, à data da interposição do agravo, que existiam 54 casais inscritos no cadastro para a adoção de crianças menores de 3 anos, sendo que o primeiro casal encontra-se inscrito desde 10 de setembro de 2007, e os requerentes desde 26 de janeiro de 2011.

Destacou o evidente intuito dos autores em fraudar o sistema de adoção, fato este que não pode vir a ser amparado pelo Poder Judiciário, sob pena de se abrir precedentes para "adoções à brasileira". Esclareceu a respeito da formação dos vínculos afetivos de crianças de tenra idade,

destacando, inclusive, que a conduta dos requerentes, além de ilegal, seria imoral.

Prosseguiu repisando que *"eles próprios confirmam, nos autos n.º 018.10.022948-1 (fl. 22), que decidiram [...] então procurar orientação de um advogado e correr o risco, sabendo da errada que fizemos, tomamos uma atitude desafiadora"* (fls. 125)

Postulou, ao final, pela suspensão da decisão agravada, revogando-se a guarda da infante concedida aos requerentes, mediante a busca e apreensão e posterior abrigamento da criança; ou, então, caso a genitora manifestasse vontade e comprovasse ter reais condições de possuí-la em seu poder, fosse determinado o retorno da criança à família biológica.

Em juízo de retratação, restou mantida a decisão recorrida (fl. 168).

Ainda no recurso de agravo de instrumento, em sede de decisão inaugural desta relatoria, houve a concessão de efeito ativo e determinação de imediata busca e apreensão da criança e seu abrigamento (fls. 173-178), para o seu posterior encaminhamento a adoção.

Empós, restou acostado ao caderno processual contestação da genitora biológica da infante, na qual a mesma concorda com o pedido constante na petição inicial, sendo que, alternativamente, afirmou que não aceita que a criança seja entregue a outra família, *"...mesmo que habilitadas no cadastro de adoção"* (fls. 183-192).

A ordem de busca e apreensão da criança foi cumprida em 4 de julho de 2011 (fls. 227), sendo que, posteriormente, foi concedida liminar em mandado de segurança determinando a imediata devolução da criança aos requerentes (fls. 232-238), o que restou devidamente cumprido a fls. 239-v, já no dia seguinte, em 5 de julho, aquele em que chegou a ordem da liminar da ação constitucional.

Sobreveio, na marcha processual do feito de adoção, réplica à contestação (fls. 243-258).

Veio, a manifestação do Ministério Público, afirmando que a adoção requerida nos autos seria "*intuitu personae*", pugnando, assim, pela destituição do poder familiar da genitora M. D., em relação a menor V. G. D. e pelo indeferimento do pedido de adoção formulado pelos autores (fls. 261-279).

O processo restou saneado (fls. 297-299), tendo sido designada audiência de instrução e julgamento, bem como realização de estudo social e avaliação psicológica pelo serviço social forense.

Aportou ao feito petição dos autores, na qual apresentaram quesitos para a realização do estudo social, bem como nomearam assistentes técnicos para acompanhar o ato e, ainda, arrolaram testemunhas a serem ouvidas na audiência de instrução e julgamento (fls. 313-315).

Na sequência, foi devidamente juntado estudo social (fls. 329-340) e relatório psicológico (fls. 341-350), ambos favoráveis ao pedido formulado na petição inicial.

Realizada audiência de instrução e julgamento (fls. 357), foram ouvidas as testemunhas apresentadas - ainda que arroladas de forma intempestiva.

Encerrada a instrução, em alegações finais, os requerentes (fls. 359-361), repisaram os fundamentos até então apresentados pela procedência, tendo, no mesmo norte, a requerida ratificou os termos da contestação, pugnando pela adoção de V. G. D., em favor dos requerentes (fls. 362-363).

O Órgão Ministerial, por memoriais, reiterou os argumentos esposados no transcorrer da marcha processual, pugnando pela destituição do poder familiar de M. D. em relação à filha V. G. D., e pela improcedência do pedido de adoção formulado na peça pórtica (fls. 364-381).

Sobreveio sentença que decretou a perda do poder familiar da requerida M. D. em relação à infante V. G. D., e deferiu a adoção desta em favor dos requerentes (fls. 382-389).

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação (fls. 397-418), asseverando em suas razões, sucintamente, além das alegações anteriormente lançadas, a impossibilidade de manutenção da sentença tendo em vista a caracterização da adoção *intuitu personae,* bem como a evidente má-fé dos autores em burlar a legislação brasileira pertinente ao assunto.

Registrou, ainda, que o fato da criança estar em convívio com os autores há 1 ano e 4 meses, não é suficiente a caracterizar o laço afetivo necessário ao rompimento da regra do cadastro de adoção.

De igual modo, indicou que *"a paternidade sócio-afetiva não possui o condão de dispensar a exigências do ECA para o processo de adoção, assim como a demora para o julgamento dos feitos, não pode servir como causa de pedir para consolidar situações eivadas de ilegalidade"* (fls. 414).

Por fim requereu o prequestionamento da matéria.

Recebida a apelação, tão somente no efeito devolutivo (fl. 420), os requerentes apresentaram suas contrarrazões recursais (fls. 423-444), no sentido de ser mantida a sentença.

Após, os autos ascenderam a esta Superior Instância.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Vânio Martins de Faria, manifestando-se pelo provimento do recurso interposto (fls. 452-460).

Recebido o feito por este Relator, imediatamente se solicitou pauta para o julgamento do presente feito, sendo que somente não se iniciou

na sessão anterior pela suspeição do Ministério Público, apresentada na ocasião.

Este é o relatório, das principais ocorrências deste feito.

VOTO

A presente apelação preenche seus requisitos formais sendo, assim, conhecida e devendo ser enfrentada em seu mérito recursal.

3.1. Mais uma vez, somos chamados a análise do presente feito no qual está em discussão, não somente, o futuro de uma criança de tenra idade mas, sem dúvida, uma abordagem quanto ao modelo estatal de constituição de uma filiação jurídica, pela adoção.

Inicio, meu pronunciamento, comentando a peça de resposta recursal dos autores, nos quais timbraram que há um "...esforço do apelante em ver reformada a decisão...".

Assim, indispensável que se reflita sobre o papel institucional do Ministério Público, em feitos como o presente. Este órgão, de importante e indiscutível papel no funcionamento da Sociedade, não atua nos feitos de adoção, e noutros em que tem intervenção como fiscal da lei, como parte, ou seja, finalisticamente, não tem interesse em que a adoção seja ou não deferida.

O papel do Ministério Público, o que é indiscutível, não sendo nunca demais se repetir, é de atuar como fiscal da lei, buscando o respeito a todos os preceitos e a ordem imposta, nos feitos em que nesta condição é chamado a intervir.

Assim, não está, como por óbvio este Poder Judiciário, a favor ou contra o que ou quem quer que seja mas, sim, busca-se zelar para que sejam respeitados os interesses individuais e coletivos em conformidade com a lei.

Este mister, mostra-se ainda mais evidenciado naqueles feitos em que estão em discussão interesses de tão elevada envergadura como o presente, que trata da jurisdição menorista.

Não há, nem de longe, qualquer abordagem naniqueísta em relação aos autos em mesa, no que se refere a conduta de quaisquer das Partes, do Ministério Público ou do próprio Poder Judiciário, o que se estabelece, sendo indispensável fazê-lo com rigor, é uma discussão, estrita aos fatos da demanda, em especial, a algumas condutas que se apresentam, ao meu sentir, absolutamente incompatíveis com a adoção, em uma abordagem fática e, por quê não principiológica.

Registrado este ponto, quanto ao papel e função a ser desempenhado em demandas como a presente e, em prognose, deste julgamento, estou absolutamente convencido, de que a respeitável sentença de primeiro grau, no ponto que deferiu a adoção em favor dos autores não pode ser mantida nos moldes em que foi lançada.

Esta conclusão, chega-se, com vários argumentos, que remetem, ao final, para a discussão do papel do Estado e do respeito ao modelo de Adoção, por este estabelecido, para a garantia de que a filiação jurídica venha a se constituir na mais absoluta conformidade com a lei.

Em que pese a absoluta autonomia da sentença, frente a decisão interlocutória que antecipou a tutela em favor dos autores, objeto de julgamento por esta Câmara, e, ainda que tenha ficado vencido em meu entendimento naquela ocasião, como frisei naquela oportunidade já se remetia ao pedido final, tendo que diversos dos argumentos que lá manejei, serão aqui reproduzidos, posto que se está, absolutamente convencido, que a melhor solução, para o presente feito, indica na conclusão do papel do Judiciário, para que a menor tenha a sua adoção, dentro da legalidade e não, como lamentavelmente ao que se verifica, a margem dela. A respeito, dos argumentos que anteriormente registrei no julgamento do Agravo de

Instrumento nº 2011.029026-3, os mesmos expressamente os ratifico, posto que convencido, com a vênia aos meus pares, daquele julgamento, em uma divergência respeitosa e restrita ao campo das ideias, da escorreita higidez das razões que apresentei em minha declaração de voto publicada.

Não desconheço, que, provavelmente, este entendimento, sem dúvida, vem a desagradar, um contingente bastante expressivo dos membros da Sociedade, mas o papel, a missão e o dever do Poder Judiciário, apontam para um horizonte muito maior do que agradar este ou aquele, indicam, sim, pela observância a tudo aquilo que se buscar construir para a consecução de uma Sociedade mais organizada e Justa.

Não é seu papel representar o Povo, agradando ou desagradando o mesmo, absolutamente. Mas, sim, fazer com que aos Fatos que lhe são apresentados, bem se aplique o Direito, decorrendo deste silogismo uma Justa composição.

O Justo e a Equidade, vem a ser o dever do Judiciário. E isto somente pode ser feito com uma "história limpa", como timbrado na ementa aditiva deste pronunciamento, em uma homenagem ao grande homem público que é Rubem Córdova.

Pontuo, já ao introito, que não se questiona que os pretendentes estejam com a criança desde os seus primeiros dias de vida, constituindo assim vínculos de afetividade, que esteja bem cuidada, tendo a melhor das intenções em relação a infante - é para mim ponto indiscutível. Igualmente não posso desconsiderar, a imprescindibilidade de um viés Ético para a constituição da filiação jurídica o que, não consigo, por mais que queira dar razão aos mesmos, evidenciar neste feito.

A má-fé, a intenção de burlar a lei, como expressamente apontado pelo Ministério Público, em mais de uma oportunidade, salta aos olhos no presente feito.

Querem, os apelados, "a todo custo" e "desafiadoramente" permanecer com a menor.

A resposta, dentro do Justo, aponta para a negativa da pretensão dos mesmos, com o consequente provimento do presente recurso de apelação.

A decisão não é fácil mas, quem disse que fácil é a atividade do Juiz?

Há um confronto entre a razão e a emoção, como pontuei no julgamento do agravo. O respeito à regra do cadastro e a fila da adoção, no qual absolutamente não se admite a adoção direcionada, denominada *intuitu personae,* é um imperativo ao modelo de Adoção. Possui um caráter além de segurança jurídica, de educativo, para que esta filiação se constitua sem quaisquer margens de dúvidas a sua correição, no respeito a todos os princípios que a norteiam.

É preciso que se verifique a legitimidade material da pretensão dos Autores, tão importante igualmente ou mais que a forma, tendo-se que, obrigatoriamente, fazer uma retrospecção, em destaque, há alguns fatos no processo, que apontam ao provimento do apelo.

Vamos aos mesmos:

i) A menor nasceu em 13.8.2010 (fls. 17), foi batizada em 19.09.2010, tendo como padrinhos os autores(fls. 18);

ii) Em 8.9.2010 - data entre o nascimento e o batismo -, ingressaram com seu pedido de habilitação no cadastro de adoção (fls. 30) e na data de 11.10.2010 (fls. 59), obtiveram a sua inscrição;

iii) Na data de 21 de outubro daquele ano, omitindo que estavam inscritos no Cadastro, protocolaram os autores um pedido de "acordo de modificação de guarda, visitas e alimentos", cuja inicial (fls. 64-66), nas suas razões) conclusa a magistrada no dia 27, daquele mês, somente mereceu despacho inaugural em 8 de fevereiro do ano seguinte (fls.

79) - quase quatro meses conclusos sem manifestação -, sendo que após Estudo Social desfavorável àquela pretensão, em 29.04.2010 (fls. 82-88), ocorreu a audiência de fls. 96, sendo que em petição protocolada em 3 de junho daquele ano (fls. 98), três dias após a audiência, requereram a desistência daquele feito (fls. 96), tendo em 9.6.2010 (dados do SAJ), sido homologada a pretensão, sendo que somente após a já referida sentença é que o Ministério Público conheceu desta intenção e consequente extinção, tendo aquela demanda sido arquivada – sem a indispensável participação ministerial;

iv) Este feito de adoção (fls. 2) foi protocolado na mesma data do pedido de desistência do primeiro feito – portanto quando ainda tramitava aquele - exatamente 6 minutos após, conforme o carimbo de distribuição, tendo a decisão antecipatória de tutela (fls. 108-111), objeto do já referido agravo de instrumento, deferido a guarda da menor aos autores, sido proferida no dia 7 de junho, daquele ano, quando ainda em tramitação aquele primeiro feito. No dia seguinte (fls. 116 e s.) o Ministério Público, protocolou o referido agravo, o qual distribuído e concluso a este relator no dia 20, daquele mês, proferi no dia 22 - empós ter participado todo o dia 21 em Sessão desta Câmara -, a decisão na qual deferi o efeito ativo (fls. 173-178) pretendido na oportunidade, tendo o agravo tido o desfecho, já notório, de seu não acolhimento;

v) A mãe biológica contestou o feito (fls. 183 e s.), concordando com a adoção, desde que aos pretendentes, não podendo deixar de ser registrado que três minutos antes havia protocolado petição, nos autos de agravo - tudo devidamente registrado em minha declaração de voto - quando pediu a criança de volta em situação, registrada pelo próprio Ministério Público, que indicava, muito mais para a intenção de buscar a não efetividade do efeito ativo ao recurso ali manejado, do que, efetivamente, externar o seu desejo de realização de uma vontade.

Assim, vem a emergir destes autos, em uma observação detalhada, que a história deste feito, não é limpa.

Não posso deixar de passar de minha análise os preceitos religiosos decorrentes do sacramento do Batismo, invocados pelos pretendentes em seu favor, através do qual o sacrifício pascal de Jesus Cristo se aplica às almas, tornando-as membros da Igreja e abrindo o caminho da salvação eterna, dentro da fé e da lógica judaico-cristã. O simbolismo aponta para a pureza, não podendo ser utilizado para moldar um arcabouço de razões a fundamentar a pretensão de Adoção, divorciada da lei.

Em uma abordagem por esta ótica religiosa, o que se faz por amor ao debate e dever de bem enfrentar a controvérsia, em todas as suas variáveis, pode-se, sem muito esforço, vislumbrar a infração, pelos Autores, de diversos preceitos religiosos.

Esta análise contudo, aqui encerro e somente adentrei na mesma, não para desrespeitar o sacramento, mas, ao contrário, para enaltecê-lo. Sendo que não me utilizarei de argumentos religiosos, em um Estado laico, para justificar uma decisão judicial.

Volta-se, assim, a ordem dos fatos.

Obtida a "posse" da criança em virtude de um segundo Mandado de Segurança, impetrado para a suspensão daquela primeva decisão que proferi no agravo (fls. 232-238) - autos de ação constitucional de nº 2011.048550-1, ainda não julgado, até esta data, conforme consulta eletrônica efetuada -, sendo que um primeiro havia sido impetrado e foi negado; este feito teve regular tramitação, aportando aos autos o Estudo Social (fls. 329-339), favorável ao pleito objeto do pedido com o registro de, os pretendentes, "... não terem cumpridos todas as etapas normalizadoras pelas leis brasileiras..." (sic., fls. 337), bem como o relatório psicológico (fls. 341-350), tudo "caminhando" na instrução para confirmar, nos termos do que já registrei, para o bom cuidado da criança, com a formação de

vínculos, sendo que já vaticinava estas ocorrências, indicando a lógica, a meu sentir errônea, para o resultado favorável que viriam e obtiveram na sentença, decisão ora em comento.

A pergunta que se faz e que não pode deixar de ser enfrentada, é: como se iniciou esta "jornada" rumo a Adoção, deferida na sentença?

A resposta, foi dada pelos próprios requerentes, no Estudo Social da demanda a que me referi, documento de fls. 82-87, que antecedeu cronologicamente ao ajuizamento desta, objeto aquela de desistência, vou registrar agora, tudo convenientemente ao propósito que sempre tiveram de ficar com a criança, ainda que, em burla a lei. Lá quando responderam a Sra. Assistente Social com atuação naquela justiça especializada, *verbis*:

"... decidimos então procurar orientação com advogados e correr o risco, sabendo da errada que fizemos, tomamos uma atitude desafiadora" (sic).

Direito é bom senso. E, não é preciso ser um teórico ou mesmo um versado em leis e processos, registro isto para fazer um parâmetro com a noção comum que a Sociedade possui do direito, para se chegar a conclusão da razão que assiste ao Apelante, pois os fatos, a conduta dos requerentes, o tempo de convivência com a menor a *latere* das disposições que regem o tema, está a manchar indubitavelmente a "alvura" que se espera dos pronunciamentos judiciais, aqui recordando-me da lição de Piero Calamandrei, em seu clássico "Eles os Juízes vistos por nós os Advogados", escrito em meados do século passado, de que aos Juízes se lhe é concedido um enorme poder que se não corretamente exercido poderá causar enormes danos a Sociedade.

3.2. Salta aos olhos a falta, absolutamente, do viés Ético, componente indissociável do Justo, indispensável àquilo que a Sociedade espera do Judiciário.

Neste ponto, reproduzo o que registrei em meu voto no Agravo:

> Esperasse a Razão e se espera Justiça, dos pronunciamentos do Poder Judiciário.
>
> O instituto da adoção decorre da evolução do homem, para que as crianças que não tivessem o privilégio de viverem junto aos seus lares biológicos, pudessem ser colocadas em família substituta. Ao lado desta evolução, especialmente nesta hodiernidade, surgiu o cadastro. Para manter o controle estatal em relação ao processo, extinguiu-se a adoção por escritura pública do Código Civil de 1.916, enfim tudo caminhou para que "todos" tivessem oportunidade de adotar e não somente os que fossem mais abastados, o que ocorria com os menos abastados que além da sua exclusão social enfrentavam a exclusão de poderem, especialmente na impossibilidade da filiação biológica, constituírem uma afetiva, a qual jamais se recomenda que viesse a ocorrer a margem da lei.
>
> Desde os primórdios, até a modernidade, passando pelos teóricos da filosofia, da sociologia e do direito, busca-se o justo para que o homem possa melhor viver em sociedade. Para se impor limites e colocar a todos o mais próximo possível da Igualdade.
>
> Desta – Igualdade -, especialmente por sua luta a partir da Revolução Francesa é que temos o surgimento daquilo que se reputa como um dos mais importantes instrumentos da vida em Sociedade que são os Direitos Humanos. Estes buscam afastar os privilégios e estabeler condições igualitárias e dignas a todos.
>
> Se formos a Grécia antiga, desde os chamados pré-socráticos, temos a idéia de justiça como igualdade, ao prosseguirmos em Sócrates, temos uma Justiça de virtude a ser praticada individualmente; em Platão surge o dar a cada um o que é seu, dentro da vida em Sociedade da República, tem-se na concepção platônica um caráter de universalidade; em Aristóteles é somada, a ética de Sócrates, o ideário da Felicidade tendo destacado que justiça é um dos bens que chamou de virtudes, vista como qualidades.
>
> Passamos pelo medievo e chegamos a modernidade do direito em Kant, sendo que do seu criticismo, agasalho o ideário da revolução francesa, somando a moral a liberdade.

Passando por Kelsen, aqui o grande nome da teoria do direito no recém deixado século XX, ainda que em uma doutrina especialmente verticalizada em um sistema puramente legal, não refoge o autor a questão da ética; em Alf Ross, considerado o grande precursor da sociologia jurídica, com o aprofundamento daquilo que o direito busca construir; Chaim Perelmann, o filósofo direito belga, em seu aprofundamento da questão dos valores; John Rawls, o filósofo político do liberalismo igualitário, a partir do ponto em que retoma o Contrato Social, concluindo que a virtude das instituições sociais consiste no fato de serem justas; o inglês Herbert Hart, positivista que inclui a questão moral na definição do direito; Jurgen Habermas, da Escola de Frankfurt, que a partir do paradigma comunicacional, constrói o potencial emancipatório da razão; para chegar ao cientista político italiano Norberto Bobbio, em sua insesante luta na postura do homem da razão; finalizando com uma homenagem ao nosso insuperável Miguel Reale, que a partir da Tridimensionalidade do Direito, com sua permanente preocupação pelo valor, especialmente em seu aspecto axiológico; podemos nestes, aqui, exemplificamente, citados - já assumindo o risco da formação de uma lista de notáveis - e em muitos outros, visualizarmos uma linha comum.

Tudo caminha para se concluir da idéia de que o direito pressupõe, necessariamente, a existência do ser humano e da atividade por ele desenvolvida. O ordenamento jurídico brasileiro ampara o ser humano desde a concepção e, assim, após o seu nascimento o acompanha até a sua morte (produzindo reflexos para além). O direito considera o homem como parte de uma congregação maior, que se denomina sociedade.

Nessa razão é que a sociedade e direito forçosamente se pressupõem, não podendo existir um sem o outro.

Em todas as Teorias do Direito, em suma, há um viés, que sem dúvida é um senso comum:

Fazer o bem; Dar a cada um o que é Seu; e, Respeitar o próximo.

Uma idéia de Justiça Ética e Igualitária, com um Poder Judiciário atuante para a construção de uma Democracia que impere a Ética. Uma democracia que se constrói com decisões justas e comprometimento, também do Poder Judiciário em mais do que

> cumprir Institucionalmente com o seu papel, comprometer-se com o resultado e a Efetividade da prestação jurisdicional.

Utilizei de tautologia no que aqui grafei, para concluir que a pretensão dos autores está longe de se amoldar a toda esta convivência da Ética com os pronunciamentos judiciais.

A peça de apelação ministerial, bem analisou os fatos, expressamente apontando para a questão da convivência dos apelados com a mãe biológica, indicada nos autos de que se dedica a prostituição. Este destaque, e outros, vem a tornar induvidosa a má-fé dos apelados, com a consequente reprovabilidade de suas condutas, tendo assim sido impressas na peça de apelação:

> No caso dos autos, não se observa a incidência de nenhuma das situações excepcionais aptas a afastar os procedimentos legais à adoção, senão vejamos:
>
> Observa-se que a mãe biológica da criança, sob justificativa de não possuir condições de cuidar e amparar a filha, optou por entrega-la ao casal E. e A., quando V. tinha apenas 40 (quarenta) dias de vida e, desde então, ela se encontra sob os cuidados do casal.
>
> As informações constantes nos autos demonstram, de forma clara, que o objetivo do casal, ao aceitarem ficar com a criança sob seus cuidados, era futuramente conseguir sua adoção, sendo induvidoso que o pedido de guarda por eles formulado em autos separados também tinha por objetivo conseguir judicialmente a guarda de V. para, no futuro (após o passar do tempo e a consolidação dos laços afetivos), embasar e fundamentar o pedido de adoção da criança.
>
> Assim como a genitora fez com sua outra filha biológica, entregue com poucos dias de vida para um terceiro casal, também neste caso alegou a falta de recursos materiais para cuidar da criança, dando-a, inicialmente, para guarda e, logo na sequência, concordando com a adoção para casal determinado (fl. 86), sempre com a ressalva de que *"se fosse para estranho eu não dava, a gente dá um jeito e cria, arroz e feijão não falta"* (trecho do estudo social forense dos autos n. 018.07.0111142-9).

O meio adotado e escolhido pelo casal E. e A. para construir uma família é ilícito, eis que desrespeitaram o direito daqueles que se encontram em sua vez na fila de adoção e que por longa data aguardam serem chamados para terem sob seus cuidados um filho afetivo.

Com a finalidade de coibir irregularidades nos processos de adoção, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu algumas regras, dentre elas, a existência nas Comarcas de um cadastro de pessoas interessadas em adotar e outro de crianças e adolescentes aptos à adoção.

O artigo 50 do referido diploma legal, prevê:

Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescente em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

O Órgão Correcional de Justiça do Estado, através dos provimentos n.º 2/88 e n.11/95, instituiu o Cadastro Geral de Pretendentes à Adoção e também uniformizou os procedimentos para a inscrição, efetivando a exigência da lei e democratizando o acesso aos interessados em adotar. Os dois provimentos citados regulamentam os procedimentos sobre adoção e portanto, devem ser observados.

Segundo se verificou nos autos, E., A. e M. conheciam as regras e determinações necessárias para a adoção. O casal, inclusive, está inscrito no cadastro de adotantes da Comarca de Chapecó, tendo durante sua preparação, freqüentado cursos e palestras e ainda se submetido a entrevistas com a Assistente Social forense e psicóloga, onde foram amplamente orientados sobre o processo de adoção e suas formalidades e restrições.

A mãe biológica também tinha conhecimento sobre o procedimento da adoção, pois teve uma filha adotada por outro casal, entregando-a, em situação semelhante, quando ela tinha poucos dias de vida.

Os requerentes, movido pelo intento manifesto de permanecer com a menor como filha, e com receio de que a menina fosse retirada de sua residência, ocultaram da Assistente Social Forense a informação de que estavam com V. G., eis que quando assumiram os cuidados da criança (quando ela tinha quarenta dias de vida, em setembro

> de 2010), ainda estavam em processo de inscrição no cadastro de adotantes, concluído em outubro.
>
> Tal atitude, demonstra que o casal não pode adotar a criança, pois, mesmo conhecedores das determinações legais e de todo o procedimento legal de uma adoção, preferiram arriscar e permanecer com V. G. sob seus cuidados, mesmo desrespeitando as normas pertinentes ao procedimento. No presente caso, os requerentes declararam nos autos n.º 018.10.022948-1, em depoimento feito perante a Assistente Social Forense (fl. 84), que decidiram *[...] então procurar orientação de um advogado e correr o risco, sabendo da errada que fizemos, tomamos uma atitude desafiadora.*
>
> Ao ingressar com a ação de adoção, o casal buscou legalizar uma situação que se iniciou ilegal e equivocada e já é vivenciada há mais de um ano.
>
> Tenta o casal através da presente ação sensibilizar o Poder Judiciário e também a comunidade em geral, argumentando que a criança já construiu vínculos afetivos com eles, identificando-os como pai e mãe (juntando para tanto fotos da criança consigo, com os irmãos e com a mãe biológica – como se a mãe biológica da criança fosse da família dos requerentes, apesar da profissão que ela exerce). Porém, esquecem que agiram de forma errada e de má-fé, desrespeitando as demais pessoas (candidatos a pais) que se encontram na mesma situação que eles – aguardando um filho.
>
> Assim, o intuito de fraudar o sistema de adoção e a má-fé por parte de A. e E. é evidente e não deve ser amparado pelo Poder Judiciário, sob pena de se abrir precedente ao retorno das malfadadas "adoção à brasileira".

Por mais que se tente, sendo que não se tenha qualquer dúvida de que este Relator, também com este propósito tenha estudado a causa, não se consegue vencer esta questão da má-fé nos fatos apurados da tramitação processual.

3.3. Como bem registrado pelo Ministério Público, a situação do presente feito é muito, infelizmente, comum no Brasil, em que diversas

vezes se busca direcionar as adoções, sendo a jurisprudência pródiga em apontar para estas situações, de adoção *intuitu personae.*

Esta modalidade de adoção não pode ser aceita, sendo preciso se respeitar o CUIDA – Cadastro Único e Informatizado de Adoção e Abrigo -, existente em nosso Estado.

Salvo situações excepcionalíssimas, as quais absolutamente não se vislumbra neste caderno processual, que se pode desconsiderar o Cadastro.

Volto, no ponto, ao que anteriormente registrei, no julgamento do recurso de Agravo de Instrumento em relação a antecipação de tutela destes autos *in verbis*:

> A questão fulcral, em análise neste processo, diz respeito, indubitavelmente a possibilidade da adoção *intuitu personae* e ao cumprimento do Cadastro de pessoas interessadas em adoção, em conformidade, jamais em confronto, com o melhor interesse da criança.
>
> O pleito de adoção é realizado sob efetivo controle jurisdicional, tudo no melhor interesse a criança e a proteção a lei, sendo que deve ocorrer a indispensável convocação dos pretendentes cadastrados, em ordem cronológica de habilitação, na forma dos arts. 197-A e 197-E, § 1º, da Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, conforme a disponibilidade de crianças e adolescentes adotáveis.
>
> É o texto legal:
>
> Art. 197-E. Deferida a habilitação, o postulante será inscrito nos cadastros referidos no art. 50 desta Lei, sendo a sua convocação para a adoção feita de acordo com ordem cronológica de habilitação e conforme a disponibilidade de crianças ou adolescentes adotáveis.
>
> § 1º A ordem cronológica das habilitações somente poderá deixar de ser observada pela autoridade judiciária nas hipóteses previstas no § 13 do art. 50 desta Lei, quando comprovado ser essa a melhor solução no interesse do adotando.

Excepcionalmente, o que deve ser manejado com muita cautela, até para que não se desacredite a própria adoção, pode ocorrer a inobservância ao cadastro, conforme o permissivo contido no § 13º, do ECA, que transcrevo:

§ 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:

I - se tratar de pedido de adoção unilateral;

II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;

III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.

Esta exceção legislativa exige o atendimento dos requisitos do art. 50, em seu § 13º, com a concomitância de ser a melhor solução para o menor.

Com a devida vênia aos agravados, os mesmos por mais que tenham interesse em permanecer com a criança, estejam bem cuidando da mesma e, indiscutivelmente desenvolvendo, por esta convivência, laços de afetividade; podem ter a sua pretensão atendida pelo Estado. Conforme bem salientou o representante do Ministério Público, na exordial deste Agravo, em se tratando de criança de tenra idade deve prevalecer o texto legal e, acrescento o indispensável viés Ético, expressamente recomendado no inciso III, da norma em comento, não se vislumbra.

Este tópico, desconformidade com o viés ético indispensável na espécie, buscando "a qualquer custo" alcançarem seu objetivo, não pode ser desconsiderado. Fui procurado pelos mesmos, por terceiros, falou-se em campanha para a revogação de minha decisão e uma série de outras situações imagináveis.

Mas, nem por estas ocorrências e nem pelas que também ocorreram em favor da minha decisão liminar; que entendi e estou absolutamente convencido, que é a melhor solução, e mais

e especialmente, o que se espera do Judiciário, converge para o provimento deste Agravo.

De espírito absolutamente desarmado, como em todos os meus pronunciamentos é que estou encaminhando as minhas razões. Procurando bem aplicar o Direito aos Fatos em análise, realizando o correto silogismo jurídico

Por mais que tenha refletido, sendo que muito o fiz, até para verificar se a razão não estaria com os Agravados, não tenho como sustentar juridicamente - o que se espera do Estado-Juiz - a pretensão dos mesmos, o que se afirma sem, absolutamente estarmos distanciados do profundo lado emocional do feito que está em análise.

A situação, permanece a meu sentir, no que se refere a matéria em cotejo neste recurso – acerto ou não da decisão de antecipação de tutela -, tal como a que registrei quando de minha decisão inaugural. Repiso, em minhas manifestação, deste momento:

Esta a situação que está posta à apreciação: mantenho a criança com o casal ou determino a observância do cadastro?

[...] Da emoção, tenho uma solução e, da razão, tenho outra. Este magistrado, também é pai, possui parentes que tem filhos afetivos – recém adotados após 2 anos de espera na fila do cadastro –, tendo ainda na sessão de ontem, deferido a guarda de uma criança na Comarca de Xanxerê, modificando a decisão da magistrada de primeiro grau, a um casal que pretende adotar um menor e que não está se seguindo a ordem no cadastro, em situação fática, porém, muito diferente da que aqui se apresenta. Assim, pela emoção, especialmente compulsando os autos e verificando as fotos da menor e as alegrias dos pretendentes, bem como do "quase desespero dos mesmos" na visita que fizeram há pouco em meu gabinete, não seria difícil fundamentar a negativa do recurso e manter a menor na situação em que se encontra.

Da razão, contudo, manda-se observar o cadastro e determinar a retirada da criança dos agravados, para colocação da mesma em família substituta, devidamente habilitada para o cadastro de adoção.

A respeito do cadastro, pontuando a situação dos agravados, ressalto que os mesmos quando resolveram, por vontade própria, ficarem com a criança, correndo os riscos de não estarem habilitados para

adoção, por certo sabiam que não estavam agindo da melhor maneira. A pretensão dos mesmos, a posterior, em regularizar a situação da criança consigo somente poder ocorrer nas exceções positivadas ou será *contra legem*.

Voltando à fundamentação do argumento da razão, a qual está absolutamente longe, nesta análise, de ser sem emoção, volto meus olhos ao enorme número de casais que, com muita angústia e sofrimento, aguardam as "filas de adoção" para poderem realizar seus sonhos e, com isto, também, colaborarem na solução dos problemas decorrentes de milhares de crianças sem lar neste país de tantas desigualdades.

Neste confronto, de valores, sentimentos e lei, é que nos encontramos. Não posso olvidar que a segurança jurídica é absolutamente indispensável e a partir do momento, que deixamos as cavernas para viver em Sociedade, temos que considerar as regras, especialmente aquelas cujo mandamento traz profundos benefícios à coletividade, como, sem dúvida, as que regulam as regras da adoção.

Não se desconhece que sejam os autores pessoas de bem, o que absolutamente não se questiona, que não tenham agido com dolo para burlar a lei e, indiscutivelmente, sejam pessoas honradas e merecedoras de terem uma criança em adoção. Mas, pergunto, onde fica a transparência e toda estrutura criada pelo Estado para dignificar o instituto da adoção, sendo o cadastro um dos mais importantes mecanismos ofertados à Sociedade?

Ao Judiciário, como gestor do mesmo, e detentor da última palavra no processo de adoção, está o dever de zelar pelo respeito e observância do cadastro de pretendentes à adoção. O mesmo, aqui em Chapecó, conta com 54 casais inscritos, para crianças menores de 3 anos de idade, estando os primeiros da fila aguardando desde 10 de setembro de 2007 e os agravados desde 26 de janeiro de 2011.

Poderia este magistrado, ser justo apenas para com o pretendentes? Ou teria que ser justo para com a Sociedade?

O cadastro de adoção se constitui em um mecanismo criado para dar mais Justiça ao processo e fazer com que o procedimento de regularização da filiação afetiva venha a ocorrer em absoluta conformidade com a lei.

Os agravados, até por quê inscritos no Cadastro Único e Informatizado de Adoção – CUIDA, não podem alegar o desconhecimento as regras que regem todo este processo. O Cadastro, instituído primevamente em nosso Estado, teve o seu reconhecimento e adoção em âmbito nacional, pelo Conselho Nacional de Justiça, sendo que toda a atividade, para a efetivação nacional de um cadastro pela sua reconhecida importância, foi coordenada pelo, hoje, também membro deste Tribunal de Justiça o excelentíssimo Desembargador Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto.

Em não estando os Agravados dentro dos permissivos do parágrafo 13º, art. 50, do Estatuto da Criança e do Adolescente, especialmente considerando a guarda que detinham da menor até o momento da decisão monocrática impugnada.

Não pode convencer, com toda a vênia aos agravantes e, menos ainda, lhes favorecer o fato do lapso temporal que já estão com a criança, em situação, a meu sentir, que não pode estar amparada pelo Judiciário.

A inscrição dos mesmos no Cadastro, e um anterior pedido de modificação de guarda, como bem referido pelo Agravante, foi direcionada para consolidar a situação fática, ao arrepio e em afronta da lei.

Não se questiona a legitimidade da pretensão dos Agravados em constituírem uma família mas, indiscutivelmente, que o meio adotado por eles não foi correto, posto que buscam desrespeitar o direito daqueles que estão na "fila da adoção" aguardando a sua vez de adotarem. O que dizer a estes pretendentes se for autorizada a pretensão dos Agravados?

Vou mais longe. O que dizer, a todo o Sistema que esta posto? Dar guarida a pretensão é, com todas as vênias, absolutamente, desconsiderar tudo aquilo que se vem construindo ao longo do tempo e que resultou na implementação de um sistema que resultou no Cadastro e que tem no Poder Judiciário o seu gestor e fiscalizador.

Isto, não se pode admitir. Não se trata aqui de tão somente respeitar a lei e a fila de adoção, como bem colocado pelo Ministério Público, o qual ao lado de ser parte tem o seu compromisso com a correta

> aplicação do direito, mas, também, de uma questão de respeito para com o próximo.

A doutrina é pródiga em apontar para o veto do pleito de Adoção, formulados nos mesmos moldes do que estão aqui em análise. Pela inteligência e atualidade, trago a lição de Murillo José Digiácomo, promotor de justiça do Paraná, em artigo intitulado "Da impossibilidade jurídica da 'adoção *intuitu personae*' no ordenamento jurídico brasileiro à luz da Lei nº 12.010/2009 e da Constituição Federal de 1988", do qual destaco:

> A evolução do Direito exige também uma mudança de concepção e de postura por parte de seus operadores, que muitas vezes demora a ocorrer na prática.
>
> Há mais 20 (vinte) anos o ordenamento jurídico brasileiro sofreu uma verdadeira *revolução* na forma como crianças e adolescentes (até então chamados genericamente de "menores") eram vistos, compreendidos e tratados.
>
> Com o advento da Constituição Federal de 1988 e da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e do Adolescente de 1989, crianças e adolescentes deixaram a condição de meros "objetos" de intervenção estatal para se tornarem *sujeitos de direitos* e destinatários da *proteção integral e prioritária* por parte da *família*, da *sociedade* e do *Estado* (*lato sensu*), tornando imprescindível a edição de novos marcos normativos infraconstitucionais, vez que boa parte dos até então existentes não foi recepcionada pela ordem Constitucional recém instituída.
>
> Foi neste contexto histórico que surgiu a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, o chamado "*Estatuto da Criança e do Adolescente*", que como a conjugação de seus arts. 1º e 4º, *caput* desde o início já evidenciava, tinha - e logicamente *ainda tem* - por *objetivo precípuo* a *plena efetivação* de *todos* os *direitos fundamentais assegurados à criança e ao adolescente*, antes de mais nada - e acima de tudo -, *pela Constituição Federal*.
>
> Com o advento da Lei nº 8.069/90 procurou-se *abolir* inúmeras práticas até então consagradas pelo ordenamento jurídico que, de forma absolutamente *incompatível* com a nova ordem Constitucional, reduziam crianças e adolescentes à condição de

objetos de livre disposição de seus pais, como não passassem de uma espécie de *"bem" a estes "pertencente" que, como tal, podiam ser* "*transferidos*" *a terceiros*, não raro, sem qualquer controle judicial do respectivo "ato negocial".

[...] Infelizmente, no entanto, a verdadeira *mudança de paradigma* provocada pelo advento da Lei nº 8.069/90 (e antes dela, vale lembrar, pelo art. 227, da Constituição Federal de 1988 e pela Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, de 1989), não foi suficiente para provocar uma mudança na concepção e na prática de muitos dos operadores do Direito, que embora em muitos casos modificassem seu discurso, continuaram a empregar (ou a permitir/referendar o emprego) da mesma sistemática consagrada pelo revogado "Código de Menores", contribuindo assim (ainda que involuntariamente) para perpetuação de situações flagrantemente *contrárias* ao ordenamento jurídico vigente, e que há muito deveriam ter sido *erradicadas* do mundo jurídico.

[...] Foi neste contexto histórico que surgiu a Lei nº 12.010/2009, que promoveu a primeira grande alteração legislativa no Estatuto da Criança e do Adolescente, na perspectiva *declarada* de *aperfeiçoar* a sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, dispondo seu art. 1º, §1º, que "*a intervenção estatal, em observância ao disposto no caput do art. 226, da Constituição Federal, será prioritariamente voltada à orientação, apoio e promoção social da família natural, junto à qual a criança e o adolescente devem permanecer, ressalvada absoluta impossibilidade, demonstrada por decisão judicial fundamentada*".

O *propósito* da Lei nº 12.010/2009, portanto, não poderia ser mais *explícito*, e as inovações legislativas por ela introduzidas no texto da Lei nº 8.069/90, analisadas tanto de maneira individual quanto em seu contexto, sem dúvida foram instituídas com o propósito de *erradicar*, agora em definitivo, as referidas práticas *contra legem*, que como dito, não mais podem subsistir no mundo jurídico.

E uma das práticas "menoristas", que se tornaram *contra legem* quando do advento da Lei nº 8.069/90 e que, por continuarem a ser utilizadas receberam especial atenção (visando sua mencionada *erradicação ad eternum*), foi justamente a chamada "adoção *intuitu personae*" (ou "adoção dirigida"), que além de *subverter* toda

sistemática instituída para a efetivação dos vínculos parentais por intermédio do instituto da adoção, transforma a criança (invariavelmente recém nascida ou de tenra idade), em mero "*objeto* de livre disposição" de seus pais, afrontando assim, como visto, tanto os *princípios* que norteiam o moderno Direito da Criança e do Adolescente, como o próprio *princípio da dignidade da pessoa humana*, insculpido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal como um dos *fundamentos* da República Federativa do Brasil, que como tal não pode ser violado por qualquer dos Poderes instituídos.

A aceitação da "adoção *intuitu personae*" após a promulgação da Lei nº 8.069/90, vale dizer, decorria não apenas da mencionada consolidação de uma concepção e prática "menoristas" que ainda impregnavam a Justiça da Infância e da Juventude, mas também da interpretação *equivocada* do sentido (e da própria natureza jurídica e do alcance) do disposto nos arts. 45, *caput* e 166 estatutários, que eram indevidamente analisados de forma isolada, fazendo com que o intérprete desavisado concluísse, de maneira flagrantemente *contrária* ao que preconizava toda sistemática instituída pela Lei nº 8.069/90 e pela Constituição Federal para efetivação dos direitos infanto-juvenis, que ao "consentirem" com a adoção de seus filhos, os pais teriam o suposto "direito" de indicar ou mesmo "escolher", de forma aleatória e arbitrária, as pessoas que iriam adotá-los.

Ora, com a devida vênia, o legislador estatutário *jamais conferiu* aos pais qualquer "direito de escolha" em relação às pessoas que irão adotar seus filhos, pois esta é uma *prerrogativa exclusiva* da Justiça da Infância e da Juventude que, ainda assim, para seleção dos adotantes de crianças e adolescentes está sujeita à *estrita observância* das *normas e princípios* inerentes à matéria, devendo agir com cautela extremada, na perspectiva de aferir a *motivação*, *idoneidade* e *preparo* dos candidatos à medida, de modo a se certificar de que esta, de fato, atende aos interesses dos adotandos.

Como dito anteriormente, não foi por acaso que a Lei nº 8.069/90 colocou a adoção de crianças e adolescentes sob a esfera de *competência exclusiva* da Justiça da Infância e da Juventude (sendo a constituição do vínculo adotivo decorrente do exercício do *poder jurisdicional* do Estado, após uma análise cautelosa e criteriosa de todos os parâmetros normativos aplicáveis); que *não contemplou* a possibilidade da realização de "atos de disposição" do poder familiar

ou mesmo da paternidade (a exemplo do que fazia o revogado "Código de Menores"); que instituiu os cadastros de pessoas e casais interessados em adotar, com obrigatória intervenção da equipe técnica a serviço da Justiça da Infância e da Juventude no processo de habilitação (cf. art. 50, §1º, da Lei nº 8.069/90), e que chegou a considerar *crime* a conduta de "*prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa*" (cf. art. 238 estatutário).

Toda sistemática concebida pela redação original da Lei nº 8.069/90 para efetivação da colocação de crianças e adolescentes em família substituta, notadamente na modalidade adoção, portanto, já deixava claro que a Justiça da Infância e da Juventude não poderia continuar a agir como fazia a "Justiça de Menores", sob a égide do revogado Código de 1979, pois não lhe cabia pura e simplesmente "homologar" "atos de disposição" do poder familiar e/ou da paternidade (que como dito, reduzem crianças e adolescentes à condição de meros "objetos", em total afronta à disposições estatutárias e constitucionais aplicáveis, bem como ao referido princípio da dignidade da pessoa humana), mas sim garantir a efetivação de seu direito à convivência familiar da forma mais adequada, em respeito às normas e princípios vigentes.

Neste contexto, claro está que a indicação, por parte dos pais, dos adotantes de seus filhos, não era contemplada em tal sistemática e nem se mostrava relevante para a decisão judicial a ser tomada, não sendo admissível a mera "homologação judicial" de uma situação jurídica pretensamente já consolidada, nem sendo razoável que o Juiz ficasse adstrito ao "acordo" celebrado entre os pais e os pretensos adotantes de seus filhos, que muitas vezes poderia ocultar a prática de um *crime*, como o tipificado no referido art. 238, da Lei nº 8.069/90.

Se este entendimento já era válido *antes* do advento da Lei nº 12.010/2009, com as inovações legislativas por esta introduzidas ao texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, o mesmo ficou *ainda mais consolidado*, como melhor veremos a seguir.

[...] A sistemática instituída pela Lei nº 12.010/2009 para efetivação do direito à convivência familiar e outros direitos fundamentais assegurados a crianças e adolescente também prevê a obrigatória observância de inúmeros *princípios*, relacionados no art. 100, par. único estatutário, que analisados de maneira conjunta com as

disposições específicas relativas à adoção, visam *sepultar*, de uma vez por todas, qualquer possibilidade de *arbítrio* na escolha dos adotantes, quer por parte dos pais (aos quais, como dito e repetido, não é reconhecido tal "direito"), quer por parte da Justiça da Infância e da Juventude, que deve *estrita observância* às normas instituídas tanto para *moralizar* o instituto da adoção, quanto para *assegurar* que a medida, *de fato*, atende aos interesses *das crianças/adolescentes adotandas*, e não (apenas) dos adotantes, como se verifica no caso das "adoções *intuitu personae*".

[...] A mencionada inovação legislativa, embora aparentemente singela, na verdade é deveras *emblemática*, posto que evidencia o fato de a vontade dos pais quanto à colocação de seus filhos em família substituta *não possuir caráter* "*vinculante*" para respectiva decisão a ser tomada pela autoridade judiciária competente, e se isto já é válido em relação à *tutela*, medida de caráter *transitório* por excelência, *com muito mais razão* se aplica à *adoção*, diante de sua *irrevogabilidade* e das *cautelas adicionais* exigidas pelo ordenamento jurídico para seu deferimento.

Se ficássemos apenas por aqui, já teríamos argumentos mais do que suficientes para concluir pela *impossibilidade jurídica* da efetivação de "adoções *intuitu personae*" tanto à luz da redação original da Lei nº 8.069/90 quanto a partir das alterações a esta promovidas pela Lei nº 12.010/2009, mas esta *constatação elementar* decorre ainda de inúmeras outras disposições estatutárias, notadamente aquelas aplicáveis especificamente à adoção.

Com efeito, importante jamais perder de vista que a adoção é medida que visa atender aos interesses das crianças e adolescentes adotandos (e não dos adultos que pretendem adotá-los), que deve ser aferido não a partir do *arbítrio* da autoridade judiciária (ou da pura e simples afirmação de que a medida tomada atenderia a seu "*superior interesse*"), mas a partir de uma *análise criteriosa* (e *responsável*) de *cada caso*, à luz das normas e princípios contemplados pelo ordenamento jurídico vigente, partindo da mencionada constatação elementar de que foram estas instituídas com o nítido propósito de *erradicar* práticas consagradas pelo "menorismo", como é precisamente o caso das "adoções *intuitu personae*".

Preocupou-se o legislador não apenas em "*encontrar pais para crianças e adolescentes em condições de serem adotadas*", mas também

em assegurar que fossem aqueles *selecionados com rigor* e de forma *criteriosa* pela Justiça da Infância e da Juventude (e não "escolhidos" aleatoriamente pelos pais biológicos), tendo inclusive de passar por um "*período de preparação psicossocial e jurídica*" (cf. art. 50, §3º, da Lei nº 8.069/90), que deve contemplar "*preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos*" (cf. art. 197-C, §1º, da Lei nº 8.069/90).

A habilitação à adoção (que passou a contar com um procedimento específico destinado à sua efetivação, previsto pelos arts. 197-A a 197-E, da Lei nº 8.069/90), não se constitui numa mera "formalidade" (como supõem alguns desavisados), mas sim é *fundamental* para aferição do preenchimento, por parte dos pretendentes à adoção, das *condições éticas, morais e emocionais*, bem como dos *demais requisitos* necessários ao deferimento da medida. Por intermédio do referido procedimento é possível avaliar a *idoneidade*, *motivação* e, acima de tudo, o *preparo* dos pretendentes à adoção para assumir os encargos (perpétuos) da medida, assim como fazer com que os pretendentes à adoção, a partir da frequência a um curso preparatório, reflitam melhor a respeito e mesmo considerem a adoção de crianças maiores, adolescentes, grupos de irmãos e outros que representam o maior contingente de acolhidos em instituições em todo o Brasil, para os quais a rigor não há interessados em adotar. Longe de ser menosprezado ou negligenciado, portanto, o procedimento destinado à habilitação de pessoas ou casais interessados em adotar deve ser bem instruído, não apenas com documentos, mas fundamentalmente com a realização de entrevistas, visitas domiciliares e avaliações técnicas *criteriosas* realizadas por equipe interprofissional habilitada (arts. 50, §1º e 151, da Lei nº 8.069/90).

Ao disciplinar o procedimento de habilitação à adoção, o legislador procurou acabar com o descaso e com o "improviso" que até então imperavam em relação à matéria, passando a *exigir* do Poder Judiciário a oferta dos referidos cursos preparatórios (cf. art. 197-C, §1º, da Lei nº 8.069/90), assim como a seleção *criteriosa* e *responsável* dos adotantes, como forma de evitar possíveis problemas futuros.

De acordo com a lei, portanto, a *prévia habilitação* à adoção (que como visto *pressupõe* a *preparação psicossocial e jurídica* dos aspirantes

à medida), torna-se a *regra absoluta*, que somente poderá ser dispensada nas *hipóteses restritas* expressamente previstas pelo art. 50, §13, da Lei nº 8.069/90.

[...] Com efeito, além de a análise do disposto no art. 50, §13, inciso II, da Lei nº 8.069/90 deixar claro que a presença da relação de afinidade e afetividade entre o adotando e os pretendentes à adoção seja analisada *sob a ótica da criança ou adolescente* (a quem a medida visa aproveitar), por força do contido no inciso III, do mesmo dispositivo, *apenas a tutela ou guarda LEGAL de criança ou adolescente maior de 03 (três) anos dispensa a prévia habilitação*. Quis o legislador, de um lado, privilegiar a tutela ou guarda *legal* em detrimento da guarda de fato, assim como criar entraves às "adoções *intuitu personae*", que como acima mencionado, em regra envolvem crianças recém nascidas ou de tenra idade, que são confiadas pelos pais à guarda de terceiros de forma completamente irregular, não raro à custa de paga ou promessa de recompensa.

O mesmo dispositivo também faz expressa alusão à necessidade de aferição da inexistência de "*má-fé*" por parte dos pretendentes à adoção, notadamente quando da obtenção da guarda da criança ou adolescente que pretendem adotar.

Tal norma visa *impedir* que pessoas ou casais interessados em adotar, estejam ou não previamente habilitados à adoção, tentem *BURLAR* a ordem de inscrição no cadastro de adoção existente na comarca (que por força do disposto no art. 197-E, §1º, da Lei nº 8.069/90, deve ser respeitada quando da convocação dos interessados em adotar, ressalvada a comprovada existência de situação peculiar que justifique plenamente solução diversa), por intermédio do ajuizamento de pedidos unicamente de guarda, tendo por objetivo formar vínculos com a criança (e pedidos desta natureza, como anteriormente mencionado, invariavelmente envolvem crianças recém-nascidas ou de tenra idade), que serão posteriormente invocados como pretexto para não observância da ordem cronológica do cadastro.

O sentido da lei é claro, e dispensa maiores comentários: se os interessados em adotar agem de má-fé, buscando obter a guarda de crianças para fins de adoção por meios escusos e/ou ao arrepio da sistemática estabelecida pela legislação, ou pior, chegam ao ponto

de praticar *crimes* para obtenção da criança adotanda, *não podem ter sua conduta* "*chancelada*" *pelo Poder Judiciário*.

Pessoas interessadas em adotar devem ter a consciência de que o *único* caminho a seguir é o caminho da *adoção LEGAL*, com a prévia habilitação (e preparação) à adoção, não podendo a Justiça da Infância e da Juventude ser complacente com aqueles que agem de má-fé e/ou usam de meios escusos para obtenção da guarda ou adoção de uma criança.

Assim sendo, a Justiça da Infância e da Juventude deve *coibir*, com *rigor*, práticas abusivas e/ou ilícitas de qualquer natureza em matéria de adoção e seus incidentes, primando pela *moralidade* do instituto, que não pode servir para satisfação dos interesses (não raro inconfessáveis) de adultos.

[...] E nem seria razoável (além de juridicamente admissível) solução diversa, pois toda vez que a Justiça da Infância e da Juventude, *abrindo mão de suas prerrogativas legais e constitucionais* (e mesmo de seu *poder jurisdicional*), se limita a "homologar" situações pretensamente já consolidadas (concedendo "adoções *intuitu personae*", notadamente a pessoas não habilitadas previamente), mas que traduzem um "ato de disposição" dos pais em relação a seus filhos, *não previsto e nem admitido pelo ordenamento jurídico vigente*, que representa evidente *burla* à *sistemática legal* para adoção, está *desestimulando* e mesmo *desrespeitando* (e assim *lesando*, de forma absolutamente injustificada e injustificável) todos aqueles que confiaram no Poder Judiciário e se submeteram ao procedimento de habilitação à adoção, alimentando assim uma "espiral de ilegalidade" que já existe desde tempos imemoriais e que, a persistir tal mentalidade, jamais terá fim.

[...] O objetivo da Lei é claro e dispensa maiores comentários. A necessidade de respeito à ordem de inscrição no cadastro de pretendentes à adoção existente na comarca, diante da falta de *comprovação* da ocorrência de uma *situação concreta* que *justifique plenamente* solução diversa, à luz das normas e princípios que norteiam o Direito da Criança e do Adolescente se constitui, portanto, num *requisito legal* que se mostra fundamental ao resguardo da *moralidade* de todo o processo de adoção, bem como, em igual proporção, da indispensável *credibilidade* que a Justiça da

Infância e Juventude e que a sistemática instituída para *adoção legal* deve inspirar junto aos jurisdicionados.

[...] Dar guarida a uma "adoção *intuitu personae*", por outro lado, é subverter toda sistemática idealizada pelo legislador estatutário, e consolidada pela Lei nº 12.010/2009, para efetivação de adoções por intermédio da Justiça da Infância e da Juventude, importando numa solução flagrantemente *contra legem*, que representa um *retrocesso* à sistemática anterior ao advento até mesmo do art. 50, do Estatuto da Criança e do Adolescente, em que a colocação de crianças e adolescentes em adoção ficava sujeita ao puro arbítrio dos pais (e/ou da autoridade judiciária) e o poder econômico sempre falava mais alto, sendo a medida aplicada muito mais em proveito dos adotantes do que dos adotandos.

[...] Pessoas que utilizam de meios *escusos* e *contra legem* para adotar (aproveitando-se da fragilidade emocional e/ou da condição de miséria dos pais biológicos), *burlando* a sistemática instituída pelo ordenamento jurídico para concretização da medida (que nunca é demais lembrar, visa atender aos interesses *das crianças e adolescentes* adotandas, e não dos adultos adotantes), sem dúvida *demonstram claramente que não são as mais indicadas*, notadamente sob o ponto de vista *ético* e *moral*, para assumirem as responsabilidades inerentes à medida.

Pior. Em alguns casos (não poucos, infelizmente), as adoções *intuitu personae* escondem a prática de verdadeiros *crimes*, como o tipificado no citado art. 238, da Lei nº 8.069/90, pois a entrega da criança pelos pais (e geralmente apenas pela mãe, pois sequer há a cautela de instauração de procedimento destinado à averiguação da paternidade, nos moldes do previsto na Lei nº 8.560/92), acaba sendo precedida da paga ou promessa de vantagens, que vão desde o custeio do pré-natal até a compra de imóveis e oferta de dinheiro em espécie.

Desnecessário falar da *aberração jurídica* (ou verdadeiro *disparate*) que é a "homologação judicial" de uma *conduta criminosa*, que como dito anteriormente, além de *subverter* toda sistemática concebida pelo ordenamento jurídico para efetivação do instituto da adoção, reduz a criança adotanda à condição de mero "*objeto*" passível de ser "negociado" por seus pais com terceiros, que ao invés de serem *responsabilizados criminalmente* por sua conduta ilícita, acabariam

sendo por ela "premiados" com o deferimento da adoção, em evidente afronta aos *princípios da legalidade, da dignidade da pessoa humana, da condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos* e de tantos outros contemplados no ordenamento jurídico Pátrio e na normativa internacional correlata.

Como visto anteriormente, a possibilidade jurídica do *consentimento* dos pais com a adoção de seus filhos, *de maneira alguma* os autoriza a "escolher" a pessoa ou casal adotante, ficando tal tarefa *unicamente* a cargo da Justiça da Infância e da Juventude, observadas todas as *cautelas* e *critérios* para tanto estabelecidos pela Lei nº 8.069/90.

[...] A adoção é judicializada, mas os particulares, agindo diretamente, retiram-me o direito de ser Juiz. As pessoas resolvem entre elas as questões, com ou sem dinheiro. E frustam-se, com isso, aquelas pessoas honestas, sinceras e de bons costumes, que vão ao Juizado arriscar-se, expor suas vidas, expor suas vidas, abri-las aos assistentes sociais e psicológicos, mostrar sua documentação, para ver se têm condições de adotar.

Se isso não é necessário, então vamos lavar as mãos, deixar que as pessoas resolvam tudo por fora, e depois nós homologamos. Contudo, seria mais honesto mandarmos publicar um edital, para conhecimento dos que seguem as regras existentes, no sentido de evitarem as habilitações.

Recuso-me a exercer a função de simples homologador, e abdicar da posição de Juiz, porque esta é indelegável.

Ao aceitar o fato consumado, criado indevidamente, em nome do superior interesse da criança, estamos, pura e simplesmente realimentando essa prática perniciosa

[...] A mim me parece que o superior interesse da criança está em que ela seja adotada lisamente de acordo com a regra do jogo, e não por uma ordem paralela, justo o que se procura evitar.

O Judiciário tem dever social na implantação desse novo sistema, função que estamos abdicando, simplesmente, ao lavar as mãos, em razão do fato consumado.

A interpretação do verdadeiro sentido dos votos vencedores não pode ser reduzida, como o foi, no voto da relatora. É preciso ir ao fundo da questão, e não ficar apenas na superfície. Ao contrário do que foi dito, as habilitações, e listas de interessados, devem ficar inseridas na seqüência dos atos, em juízo, para proporcionar adequação entre quem adota e o

> *que vai ser adotado, não podendo ser relegada ao plano de um simples modo de resolver problemas administrativos, e proporcionar aleatória entrega de crianças.*
>
> *[...] porque nós estamos realimentando a corrupção que existe por baixo dessa chamada adoção à brasileira, quando se fazem doações de seres vivos, registros falsos, etc.*
>
> *[...]* E é precisamente esta a postura *firme* e *corajosa* que se espera da Justiça da Infância e da Juventude, que especialmente após o advento da Lei nº 12.010/2009, não mais pode continuar a agir de forma similar à antiga "Justiça de Menores", dando guarida a "adoções *intuitu personae*" e a outras práticas ilícitas consagradas pelo "menorismo" que, apesar de *juridicamente inadmissíveis* à luz do moderno Direito da Criança e do Adolescente, ainda hoje são verificadas, sendo que por não trazerem benefício algum aos adotandos, e ainda servirem de *desestímulo* à *adoção legal*, devem ser *erradicadas*, agora *em definitivo* do mundo jurídico, permanecendo apenas nos livros de história, como uma triste lembrança dos tempos em que crianças eram tratadas como simples *objetos* por seus pais, pelo Poder Judiciário, e pela própria sociedade. ((http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/infanciahome_c/adocao/Doutrina_adocao; acessado em 10.05.2012).

A citação é bastante longa, pela importância e adequação do estudo ao processo em mesa, sendo que vai de absoluto encontro ao sentimento que se tem como resultado do estudo deste processo.

O Judiciário não pode abrir mão de conduzir o destino da criança. A propósito tenho como muito apropriada a lição estampada em voto da Apelação Cível nº 5984701540, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que o Des. Breno Moreira Mussi, lúcida e esclarecedoramente, apresentou:

> "Todavia, ouvindo o parecer do Ministério Público e, principalmente, o voto da eminente Relatora, com a devida vênia, parece-me que a situação merece um exame mais profundo e abrangente .
>
> Aqui, fico no dever de decidir o caso e, também, na responsabilidade política do Poder Judiciário como um todo, em termos

comportamentais, tentando evitar procedimentos que, de longa data, vêm sendo praticados.

O Judiciário brasileiro, mais em 1º grau e menos em 2º grau, começa a se dar conta de que mudou o sistema adotivo. O Estatuto, proveniente das grandes normativas internacionais dos últimos tempos, a respeito dos direitos da criança, alterou as regras antes vigentes. Depois, na Convenção de Haia (1994), em matéria de adoção, um dos pontos fundamentais é a vedação do intercâmbio entre adotante e a família do adotado. Salvo se existir, efetivamente, uma relação anterior dentro do conceito de família ampliada, as situações efêmeras, ou de mera oportunidade, não devem ser abrigadas.

As relações dos regularmente habilitados, nos Juizados, em decorrência da Consolidação Normativa da Corregedoria, não constituem mera ordem administrativa de se chamar o primeiro da fila. Isso é, com a devida vênia, o mais absoluto desconhecimento do sistema de trabalho do Juizado. Não se manda comparecer o primeiro da fila e se lhe entrega uma criança, aleatoriamente, como dito pela Relatora. Há, insisto, um desconhecimento de como se procede no Juizado. Talvez uma preocupação maior com este tema mostrasse que, no Juizado, funciona de outra maneira.

Por meio das habilitações, reconhecem-se as reais potencialidades dos futuros adotantes. Habilitação também é para isso. O trabalho da equipe técnica do Juizado é, justamente, possibilitar a adequação entre os casais já constantes da lista e as crianças em situação de adotabilidade. A própria adotante de fato deixou claro, nos autos, ter deixado de lado o caminho da habilitação, porque temia não deter as condições.

A prática brasileira de doação de crianças é antiga, porém continua persistindo. Embora se diga na Constituição, na lei, nas normativas, que criança é sujeito de direito, a criança é tratada como se fosse um objeto que a mãe dá: a mãe quis, a mãe deu e pronto.

Depois, há outro aspecto, que é muito importante, que atua no plano internacional. Por essas razões, o Brasil entrou, por meio do Estatuto, nessa normatividade internacional, trazendo para o plano judiciário o sistema da adoção. Toda a adoção de menores ficou judicializada, tendendo a eliminar o tráfico. E, quando digo tráfico,

não é só o tráfico de dinheiro, é, também, o tráfico de influências e outros, porque nós fomos criados sob a égide do Código de Menores, em que a criança era um objeto que a mãe dava.

Por essa razão é que as equipes do Juizado trabalham num conceito de família ampliada. Daí porque se tenta a manutenção do vínculo, dentro da família ampliada, e se evita as tratativas das pessoas entre si, à margem do Judiciário, para resolver o assunto. Isto foi tentado, sem êxito, no caso concreto.

E o que acontece conosco, Juízes? Temos o dever de decidir as adoções, porque são judicializadas. E na prática? As pessoas terminam resolvendo a questão e, depois, levam ao Judiciário, apresentando-a como fato consumado, impossibilitando ao Juiz possa determinar o contrário.

Ontem aconteceu, na 8ª Câmara, o caso de uma adoção efetivada por norte-americanos, que, agora, está aguardando o voto do Dr. Alzir, em face da divergência entre eu e o Des. Stangler. Os interessados criaram a situação, à margem do Judiciário, "adotando" a menina ainda no ventre da mãe biológica, tanto que já registrada com o prenome da genitora do futuro pai.

Referi, no meu voto: a adoção é judicializada, mas os particulares, agindo diretamente, retiram-me o direito de ser Juiz. As pessoas resolvem entre elas as questões, com ou sem dinheiro. E frustam-se, com isso, aquelas pessoas honestas, sinceras e de bons costumes, que vão ao Juizado arriscar-se, expor suas vidas, expor suas vidas, abri-las aos assistentes sociais e psicológicos, mostrar sua documentação, para ver se têm condições de adotar.

Se isso não é necessário, então vamos lavar as mãos, deixar que as pessoas resolvam tudo por fora, e depois nós homologamos. Contudo, seria mais honesto mandarmos publicar um edital, para conhecimento dos que seguem as regras existentes, no sentido de evitarem as habilitações.

Recuso-me a exercer a função de simples homologador, e abdicar da posição de Juiz, porque esta é indelegável.

Ao aceitar o fato consumado, criado indevidamente, em nome do superior interesse da criança, estamos, pura e simplesmente realimentando essa prática perniciosa que, lamentavelmente, ora

vem por dinheiro (cash), como vantagens paralelas, de cunho patrimonial ou pessoal.

A mim me parece que o superior interesse da criança está em que ela seja adotada lisamente de acordo com a regra do jogo, e não por uma ordem paralela, justo o que se procura evitar.

O Judiciário tem dever social na implantação desse novo sistema, função que estamos abdicando, simplesmente, ao lavar as mãos, em razão do fato consumado.

A interpretação do verdadeiro sentido dos votos vencedores não pode ser reduzida, como o foi, no voto da relatora. É preciso ir ao fundo da questão, e não ficar apenas na superfície. Ao contrário do que foi dito, as habilitações, e listas de interessados, devem ficar inseridas na seqüência dos atos, em juízo, para proporcionar adequação entre quem adota e o que vai ser adotado, não podendo ser relegada ao plano de um simples modo de resolver problemas administrativos, e proporcionar aleatória entrega de crianças.

Então, os Colegas me perdoem, mas sou obrigado a fazer esse tipo de manifestação em reforço, porque nós estamos realimentando a corrupção que existe por baixo dessa chamada adoção à brasileira, quando se fazem doações de seres vivos, registros falsos, etc.

Como antes referi, a prática ilícita já evoluiu, até, para a adoção ainda no ventre. Adota-se a grávida, leva-se-a para casa, assiste-se-a e, depois, vai-se a juízo. O Judiciário apenas carimba e homologa, passando atestado de lisura ao que foi feito antes, independentemente das circunstâncias em que se desenvolveu.

Daí a nossa responsabilidade, e vislumbrei, na posição da Juíza na Comarca, a difícil tarefa de impor na comunidade, a erradicação de prática nefasta e centenária, acolhendo a ação proposta pelo Ministério Público. Retirou a criança, como quem estava, e a colocou com um casal habilitado, com quem se encontra, deste março do corrente ano. Alterar o estado de fato seria premiar a prática ilícita, em detrimento da lisura dos procedimentos judicializados, em matéria de adoção.

Atitudes como a da Juíza trazem os jurisdicionados para o cumprimento da lei, o respeito das instituições, tornando vivos

> os princípios e valores que fazem do Estatuto um diploma ético e socialmente justo."

Ainda, a fundamentação de minhas razões, volto, ao acórdão da lavra do eminente colega de Tribunal, des. Nelson Schaefer Martins, *in verbis*:

> AGRAVO. AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE COM PEDIDO DE LIMINAR. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO CONFIGURADA APTA A AFASTAR OS PROCEDIMENTOS LEGAIS DA ADOÇÃO. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE PARENTESCO QUE APROXIME O CASAL COM A CRIANÇA OU DE VÍNCULO AFETIVO CONSOLIDADO. MENOR QUE PERMANECEU POR APROXIMADAMENTE SETE (7) MESES COM OS AGRAVANTES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ELEMENTOS SEGUROS A RESPEITO DAS CONDIÇÕES MORAIS, MATERIAIS E PSICOLÓGICAS DOS AGRAVANTES. CADASTRO DE ADOÇÃO QUE DEVE SER OBSERVADO. INSCRIÇÃO DE POSTULANTES À ADOÇÃO A SER PRECEDIDA DE PERÍODO DE PREPARAÇÃO PSICOSSOCIAL E JURÍDICA SOB A ORIENTAÇÃO E SUPERVISÃO DE EQUIPE TÉCNICA DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. LEI N. 8.069, DE 13.07.1990, ARTS. 50, §§ 1º, 2º E 3º E 197-C § 1º COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 12.010/2009. CONFIRMAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA QUE DETERMINOU O ACOLHIMENTO DA CRIANÇA EM INSTITUIÇÃO PARA QUE FOSSE COLOCADA SOB A GUARDA DE FAMÍLIA DEVIDAMENTE INSCRITA NO CADASTRO DE ADOÇÃO. PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DO MENOR. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, ART. 227 E LEI N. 8.069/1990, ARTS. 3º, 4º E 6º. RECURSO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento n. 2011.003230-0, de Blumenau, rel. designado: Des. Nelson Schaefer Martins, em 05.07.2011).

Do corpo, deste exemplar voto, destaco:

> [...] O psiquiatra e psicanalista Pierre Lévy-Soussan da França, (levysoussan@free.fr), professor doutor da Universidade de Paris VII, autor dos livros "Elege du secret, Hachette littératures", 2006, "Psychiatrie, collection Med Line, Troisième édition", 2007 e de

diversos artigos científicos sobre as funções parentais, procriação, filiação e adoção, que trabalha essencialmente com crianças, adolescentes e famílias, ao ser entrevistado pela Revista do Serviço Social Internacional (SSI/CIR), oferece uma explicação sobre o tema da adoção:

A filiação jurídica é um marco legislativo que define as regras de filiação. As leis concedem um marco que permite ordenar o humano instituindo-o. (...)

Me parece difícil construir uma filiação com uma criança quando existe uma transgressão do eixo jurídico. Não se pode ser pai quando se compra uma criança. (...)

Quando a lei consente com semelhantes situações deixando a criança com o casal transgressor, existe a impossibilidade para a criança de sua futura filiação e põe em perigo seu futuro psicológico. Uma criança só pode construir uma filiação quando seus pais não transgrediram nenhuma lei para tê-la.

A adoção é uma instituição de filiação que tem suas regras, suas obrigações e suas condições psíquicas e materiais. Desconsiderar estas regras, estas leis é uma forma de maltratar as crianças.

Em muitas ocasiões os casais se encontram em situações em que se proporá a transgressão das leis para conseguir a criança. Se trata então de ter uma ética suficientemente sólida para não atuar dessa forma que irá fragilizar tanto a construção da filiação, que inclusive será impraticável, evoluindo para o fracasso da adoção.

A seleção prévia, realizada através do Sistema de Justiça, não é idéia nova, a obra "BEYOND THE BEST INTERESTS OF THE CHILD", traduzida para o português sob o título "No Interesse da Criança?", concluída em 1973 por Joseph Goldistein, Anna Freud e Albert J. Solnit, que contém a representatividade das instituições LAW SCHOOL da Universidade de Yale, HAMPSTEAD CHILD-THERAPY CLINIC, de Londres e o CHILD STUDY CENTER da Universidade de Yale, traz fundamental orientação para a colocação em família substituta por adoção, aduzindo que:

"Para os órgãos encarregados da adoção, esse esquema processual significa seguir uma política de colocações antecipadas. Os bebês devem, se possível, ser colocados mesmo antes de nascerem. Os

> casais em vias de serem pais, que consideram a possibilidade de dar seus filhos em adoção, devem receber assistência do órgão encarregado para chegarem a uma firme decisão para ficar ou não com eles antes do nascimento da criança. As famílias adotantes devem ser investigadas e secionadas antes que a criança esteja pronta para ser adotada. Se alguém tiver que ficar esperando, que não seja a criança, mas sim os adultos para os quais a antecipação pode ser um fator positivo".[2]

Inúmeros são, e aqui poderiam ser colacionados, os precedentes jurisprudenciais que apontam em desfavor da pretensão dos autores, já mencionados em meu voto anterior e que pesquisei na elaboração do presente.

Todavia, não trarei, por entender que já suficientemente fundamentadas as minhas razões. Contudo, não poderia deixar de colacionar, ainda, também deste Tribunal, recentíssimo julgamento do último dia 12 de abril, da lavra de Sua Excelência o Des. Luiz Carlos Freyesleben:

> CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE ADOÇÃO CUMULADA COM DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. FALTA DE INSCRIÇÃO DOS AUTORES NO CADASTRO DE PRETENDENTES À ADOÇÃO. LAÇOS AFETIVOS INDEFINIDOS. MANIFESTA INTENÇÃO DE FRAUDAR O SISTEMA CADASTRAL "CUIDA". SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.
>
> Ante a necessidade de respeitar o cadastro de pretendentes à adoção e do pequeno espaço de tempo de convivência entre os recorrentes e a criança, contando apenas 1 ano de idade, como também da ausência de vínculo socioafetivo irrefutável, é de manter-se a sentença extintiva da ação de adoção, com vistas à proteção exclusiva dos altos interesses da criança. (Ap. Cível nº 2012.006036-4, da Capital).

2 Goldistein Joseph, Freud Anna e Solnit ,Albert J. No Interesse da Criança? São Paulo: Livraria Martins Fontes: 1. ed.brasileira. Maio de 1997, p.32.

Emerge, de todos os fatos, que o "interesse" deste feito, afasta-se daqueles nobres e altruísticos, que deveriam ser os norteadores da Adoção, estando estampado o puro egoísmo e o descaso para com a Lei - o que nunca é demais lembrar, que além de ser bastante clara, presume-se do conhecimento de todos – e, indubitavelmente, para com o próprio Poder Judiciário.

Tudo aponta, como Justo e Equânime, para uma decisão a qual sem dúvida não é aquela que gostaria de proferir, confirmando a Adoção e contribuir no desejo dos pretendentes, mas tenho que concluir no sentido daquilo que é o dever do Poder Judiciário, acolhendo o apelo Ministerial e determinando a retirada da menor dos Apelantes.

Não atualizei, registro, os dados referentes a ordem dos Apelados no Cadastro de pretendentes mas, afirmo, estreme de dúvidas que estão "longe de serem os da vez".

3.4. Para que não passe absolutamente em desconsideração neste julgamento, sempre com norte no mais absoluto reconhecimento de que o tempo *contra legem* de convivência e formação do vínculo não pode favorecer aos Apelantes, que a menor V., indiscutivelmente, irá superar o afastamento dos Apelados com a sua imediata entrega à família substituta, que preencha, perante a Justiça da Infância e Adolescência, da comarca de origem, os indispensáveis requisitos formais e materiais à Adoção, com a observância a Lei e a todos os Princípios que regem a matéria.

Nesta abordagem, o próprio Ministério Público cuidou de se preocupar ao apresentar estudos que demonstram o que aqui estamos consignando, que constam de mais de uma manifestação daquele órgão e disponíveis nos autos e para consulta junto ao Centro e Apoio a Infância e Juventude do Ministério Público de Santa Catarina, de que a menor tem menos de dois anos e terá condições de se adaptar, perfeitamente, a uma família que preencha os requisitos exigidos pelo Poder Judiciário.

Ademais, poderá contar, sem dúvida, além do zelo da família a que vier a ser entregue, com todo o apoio social e psicológico para esta finalidade, colocado a disposição pelo Estado, pelo próprio Poder Judiciário e por outros de seus componentes institucionalizados, para que tenha a sua proteção integral e se atendam aos seus mais elevados interesses.

Esta preocupação, de eventuais traumas, jamais passou ao largo da preocupação do Ministério Público, restando estampada em todas as suas manifestações, sendo que não passa ao desconhecimento deste relator.

3.5. Registro, absolutamente em sentido contrário ao consignado na sentença vergastada, que os Autores tiveram a intenção de fraudar a lei e que a má-fé dos mesmos, neste seu viés técnico, é aquela referida pela lei. Esta má-fé, lamentavelmente, é latente, tendo sido registrada, tanto pelo Promotor de Justiça de primeiro grau, como, igualmente, por dois dos Procuradores de Justiça que atuaram no feito, tendo sido ainda expressamente referida na tribuna desta Câmara ao início do julgamento, quando da apresentação de sustenção oral pelo Sr. Procurador de Justiça.

Não se pode, com todas as vênias, desconsiderar esta situação.

A resposta, quanto a estarem os autores de boa-fé, frente aquilo que preconiza a legislação infantil, é:

Não!

Esta resposta, curta, objetiva e silábica, decorre de toda a fundamentação aqui apresentada.

Os argumentos trazidos nas contrarrazões da apelação, com a devida vênia ao advogado subscritor, derruem as razões aqui apresentadas. Está, sem dúvida, em "jogo" – nas palavras da peça – o futuro da criança, o qual registro não pode ter consolidada uma situação ao alvedrio da Lei. Outrossim, está, ainda mais, em cotejo, a legalidade de toda a construção de

um Instituto, concebido para que os tempos sejam outros, completamente distintos daqueles ruins do passado.

O certo e o justo, ao contrário do escrito, em referência inclusive a manifestação deste relator, não convergem, ao contrário, afastam-se, da solução trazida pela sentença de primeiro grau de jurisdição.

Registro, na indispensável fundamentação de meu voto, que as questões referentes a prequestionamentos trazidas, tanto pelo Apelante como pelos Apelados, não precisam ser objeto de manifestação neste julgamento, no que apontam a doutrina e a jurisprudência a respeito deste requisito processual de acesso recursal aos Tribunais Superiores.

Também não se questiona do acerto da decisão no que se refere a destituição do poder familiar da mãe biológica. Esta matéria, aliás, não é objeto de qualquer insurgência nos autos.

Vou encerrar. Volto ao que já me referi:

> Não farei coro aqueles que estão na contramão de todos os anseios da comunidade; a evolução do Direito e a ofensa intencional a legislação.
>
> Se volto meus olhos para os Agravantes - aqui apelantes - os quais estão a chorar por esta decisão, que foram desesperados ao meu gabinete e disseram que agiram por Amor, que buscaram até fazer campanha junto a Sociedade para poderem ficar com esta menor; igualmente volto os meus olhos a toda uma Sociedade, especialmente daqueles que em conformidade com a lei habilitam-se para a adoção e estão a censurar a conduta dos mesmos.
>
> [...]Há momentos em que o Judiciário tem de ser forte e este é um deles. Se do Judiciário não vier a firmeza, não sei, efetivamente de onde a mesma poderá vir.
>
> A Sociedade Brasileira vem, ainda que enfrentando muitos problemas, passando por uma profunda transformação Ética em que não se toleram aquilo que se denominam de jeitos, conchavos e burlas e, ao meu sentir esta intenção de "a qualquer custo" direcionar

uma adoção e desrespeitar o sistema de adoção, vai exatamente na contramão do que se repugna

Não pode haver mais espaço para a injustiça e temos que fazer cada um, nas mínimas ações e manifestações a sua parte.

Há quase cem anos, o grande Ruy Barbosa no legou:

"A falta de justiça, Srs. Senadores, é o grande mal da nossa terra, o mal dos males, a origem de todas as nossas infelicidades, a fonte de todo nosso descrédito, é a miséria suprema desta pobre nação.

A sua grande vergonha diante do estrangeiro, é aquilo que nos afasta os homens, os auxílios, os capitais.

A injustiça, Senhores, desanima o trabalho, a honestidade, o bem; cresta em flor os espíritos dos moços, semeia no coração das gerações que vêm nascendo a semente da podridão, habitua os homens a não acreditar senão na estrela, na fortuna, no acaso, na loteria da sorte, promove a desonestidade, promove a venalidade, promove a relaxação, insufla a cortesania, a baixeza, sob todas as suas formas.

De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto.

Essa foi a obra da República nos últimos anos. No outro regime (na Monarquia), o homem que tinha certa nódoa em sua vida era um homem perdido para todo o sempre, as carreiras políticas lhe estavam fechadas. Havia uma sentinela vigilante, de cuja severidade todos se temiam e que, acesa no alto (o Imperador, graças principalmente a deter o Poder Moderador), guardava a redondeza, como um farol que não se apaga, em proveito da honra, da justiça e da moralidade".

Então que se acabe a adoção e se volta ao primevo. As vezes, por mais forte que possa parecer, é preciso que se indague com firmeza algumas ocorrências.

[...]Todo a sistemática decorre, indiscutivelmente, de uma evolução do direito. Agasalhar a pretensão dos agravados é regredir-se a situação anterior e dar azo, cada vez mais, a que se abram exceções e se desobedeça ao cadastro.

> Dizer, assim, que permanecer a criança com os agravados é a medida que melhor atende seus interesses, na medida que agem os mesmos afastados da lei, seria se consolidar o errado.
>
> [...] Sentença é sentimento, o verbo sentir é o radical e o meu sentimento vai pelo provimento deste reclamo recursal.
>
> Vou afirmar e firmar. A reprovação deste magistrado, nos exatos limites da intenção dos agravados em relação a estes fatos, em burlar tudo aquilo que a muito custo construiu.
>
> Se as palavras são fortes é porque sempre tive um compromisso muito sério com a prestação jurisdicional e o seu resultado perante a Sociedade, alcançando-se a Efetividade Processual.
>
> Volto a Ruy:
>
> Maior que a vergonha de não haver vencido é a vergonha de não ter lutado.

A modernidade do direito, não somente na adoção, mas aqui fazendo referência a ciência processual do direito em sua missão transcendental, a nós apresentada por Alcalá-Zamora y Castilho, bem esclarecida em solo pátrio por Cândido Rangel Dinamarco, enaltece as finalidades da relação processual em sua vertente que transcende o estrito campo do Jurídico, com escopos além, alcançado o Político e o Social, para que mais do que a resposta a prestação jurisdicional se tenha uma diretriz.

Não se pode, assim, aceitar "adoção prontas" ao Judiciário não é permitido, jamais, abrir mão de seu dever constitucional esculpido no art. 5º, XXXV, da Norma Fundamental, de dar a palavra final em relação ao Justo.

Acesso à Justiça, não pode ser mera retórica para que o Judiciário seja um simples homologador dos interesses pessoais, tem uma dimensão infinitamente maior de acesso a um ordenamento justo com todas as consequências que daí decorrem.

Muito trabalhei, refleti e me empenhei, para analisar o presente feito em todas as suas variáveis, como busco fazê-lo em todos os meus pronunciamentos, amoldando os fatos ao melhor direito que rege a matéria.

Estou, assim, de espírito sereno e com minha consciência absolutamente tranquila, a indicar a meus Pares a minha absoluta convicção pela necessidade de reforma da sentença de primeiro grau, julgando-se improcedente o pedido desta demanda na sua pretensão de Adoção pelos Autores, ora Apelados.

Concluo.

Que tenham estas razões, que não são minhas, mas sim da Sociedade na consolidação do Instituto da Adoção, como que o destino da lua, auxiliando a iluminar o caminho, além daqueles que vagam pelas ruas, dos que almejam constituir uma filiação afetiva responsável, ética e legal.

Que Deus, que sempre nos inspira e acompanha, ilumine a todos.

É o meu Sentir! É o meu voto.

Faça-se Justiça, sempre, com Histórias Limpas.

4. Na sessão de julgamento, registrou o Des. Revisor, não ter verificado, a minha alegada má-fé dos Autores. A má-fé, que viceja dos autos não precisaria estar comprovada apenas pela ausência de prova de vantagem financeira, o que em menhum momento nos referimos, isto seria crime e já teria merecido o devido encaminhamento em nossas manifestações.

Mas, todo o ocorrido, a meu sentir, detalhadamente registrado neste voto, sendo que não voltarei para evitar qualquer tautologia, já é o bastante para o reconhecimento da mais absoluta falta de ética e de despeito ao modelo de Adoção, tudo lamentavelmente protagonizado pelos Apelados no presente feito.

Quando resolveram, nas circunstâncias que já aqui narrei, ficarem com a infante a margem da lei, não estavam cadastrados, absolutamente, sendo que apenas um pouco antes haviam ingressado com o pedido e apenas, quando já estavam com a criança e que obtiveram a sua inscrição, sendo que haviam omitido totalmente esta situação quando ingressaram com a primeira demanda que desistiram a posterior. A situação, com a devida vênia, timbrada na ementa do eminente Relator designada, conduz a uma compreensão diversa do efetivamente ocorrido neste feito.

O princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança, com todas as vênias não se sobrepõe a indispensabilidade de na dúvida de qualquer transgressão Ética, como indubitavelmente se observou nestes autos em mais de uma oportunidade, basta para não autorizar a Adoção. Querer, como referido, que mais ainda acontecesse?

Não!

O que está nos autos, basta para o descabimento da pretensão.

A Ética é um Princípio indiscutivelmente maior.

Lamentavelmente, não se observou o melhor interesse da criança mas, primordialmente, o interesse egoístico do casal Apelado.

É triste, mas é "a vida como ela é", parafraseando Nelson Rodrigues.

5. Volto e repito Ruy, "Maior que a vergonha de não haver vencido é a vergonha de não ter lutado".

Luto, todos os dias, toda a hora e incessantemente, dentro de minhas limitações, para buscar a Justiça no caso concreto.

Há que haver um mínimo Ético, uma vez que Direito e Moral não podem se dissociar.

Uma vez mais, que Deus abençoe a todos!

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

Apelação Criminal n. 2012.012887-9, de Lages

Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas

APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE E TENTATIVA DE HOMICÍDIO PRIVILEGIADO, EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 121, § 2º, I, C/C ART. 14, II; E ART. 121, § 1º, *IN FINE*, C/C ART. 14, II, AMBOS NA FORMA DO ART. 71, *CAPUT*, TODOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA.

TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE. PLEITO DEFENSIVO DE ANULAÇÃO DO JULGAMENTO POR SER A DECISÃO DOS JURADOS MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO QUE ENCONTRA SUBSTRATO NO CONTEXTO PROBATÓRIO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS INCONTESTES. *ANIMUS NECANDI* CARACTERIZADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÕES CORPORAIS INVIÁVEL. QUALIFICADORA DO MOTIVO TORPE. AFASTAMENTO IMPOSSÍVEL. AGENTE QUE, PELO DESEJO DE VINGANÇA DECORRENTE DO FATO DE TER A VÍTIMA, NA CONDIÇÃO DE SEGURANÇA DE UM ESTABELECIMENTO, SEPARADO UMA CONTENDA NA QUAL AQUELE ESTARIA ENVOLVIDO NO DIA ANTERIOR, VOLTA AO LOCAL E ATACA A VÍTIMA COM UMA FACA, SOMENTE NÃO CAUSANDO-LHE A MORTE POR CIRCUNSTÂNCIAS ALHEIAS A SUA VONTADE. ACOLHIMENTO DA

TESE ACUSATÓRIA QUE SE REVELOU MAIS VEROSSÍMEL. SOBERANIA DO VEREDICTO POPULAR.

DOSIMETRIA. ACUSAÇÃO E DEFESA QUE ALEGAM INJUSTIÇA NO TOCANTE À APLICAÇÃO DA REPRIMENDA.

TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE. PENA-BASE FIXADA PELO SENTENCIANTE NO MÍNIMO LEGAL. INCLUSÃO DA CULPABILIDADE DO RÉU COMO ELEMENTAR DESFAVORÁVEL. CRIME COMETIDO COM PREMEDITAÇÃO. CONDUTA EXTREMAMENTE CENSURÁVEL. MAJORAÇÃO DA REPRIMENDA SE IMPÕE. UTILIZAÇÃO DO PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO) PARA A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL ADVERSA. CRITÉRIO ADOTADO MAJORITARIAMENTE POR ESTA CORTE.

SEGUNDA FASE. EXCLUSÃO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE RECONHECIDA COM EQUÍVOCO NA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA DEFESA NESSE SENTIDO. IMPOSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO. QUESITAÇÃO QUE DEIXOU DE SER IMPRESCINDÍVEL COM A NOVA REDAÇÃO DOS ARTS. 483 E 492, I, B, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (LEI N. 11.689/2008). AUSÊNCIA, OUTROSSIM, DE ELEMENTOS NECESSÁRIOS AO SEU RECONHECIMENTO. AGENTE QUE CONFESSA A CONDUTA COM A RESSALVA DE QUE AGIU EM LEGÍTIMA DEFESA E SEM *ANIMUS NECANDI*. CONFISSÃO QUALIFICADA QUE NÃO ATENUA A PENA. MANUNTENÇÃO, TODAVIA, DA MENORIDADE RELATIVA. ATENUANTE QUE SE LASTRA EM DADO OBJETIVO E PODE SER APLICADA DE OFÍCIO PELO JULGADOR QUANDO COMPROVADA NOS AUTOS.

TERCEIRA FASE. REDUÇÃO DA REPRIMENDA EM VIRTUDE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO REFERENTE À TENTATIVA. APLICAÇÃO, PELO MAGISTRADO, DO REDUTOR MÁXIMO DE 2/3 (DOIS TERÇOS). *ITER CRIMINIS* POUCO PERCORRIDO. VÍTIMA QUE NÃO SOFREU PERIGO DE VIDA. REDUÇÃO MÁXIMA CORRETAMENTE APLICADA.

TENTATIVA DE HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. PENA-BASE FIXADA PELO SENTENCIANTE NO MÍNIMO LEGAL. INCLUSÃO DA CULPABILIDADE DO RÉU E DAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO COMO ELEMENTARES DESFAVORÁVEIS. ACOLHIMENTO EM PARTE. CRIME COMETIDO COM VIOLENTA EMOÇÃO. INCOMPATIBILIDADE COM A SUPOSTA PREMEDITAÇÃO ALEGADA PELO ÓRGÃO ACUSATÓRIO. MAJORAÇÃO, TODAVIA, PELAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VÍTIMA QUE PASSOU POR DUAS CIRURGIAS DE GRANDE PORTE E, DEVIDO AO TRAUMA PSICOLÓGICO, DEIXOU DE COMANDAR O ESTABELECIMENTO ONDE OS FATOS ACONTECEREM. UTILIZAÇÃO DO PATAMAR DE 1/6 (UM SEXTO) PARA A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL ADVERSA. CRITÉRIO ADOTADO MAJORITARIAMENTE POR ESTA CORTE.

SEGUNDA FASE. EXCLUSÃO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE RECONHECIDA COM EQUÍVOCO NA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA DEFESA NESSE SENTIDO. IMPOSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO. QUESITAÇÃO QUE DEIXOU DE SER IMPRESCINDÍVEL COM A NOVA REDAÇÃO DOS ARTS. 483 E 492, I, B, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (LEI N. 11.689/2008). AUSÊNCIA, OUTROSSIM, DE ELEMENTOS NECESSÁRIOS AO SEU RECONHECIMENTO. AGENTE QUE CONFESSA A CONDUTA COM A RESSALVA DE QUE AGIU EM LEGÍTIMA DEFESA E SEM *ANIMUS NECANDI*. CONFISSÃO QUALIFICADA QUE NÃO ATENUA A PENA. MANUNTENÇÃO, TODAVIA, DA MENORIDADE RELATIVA. ATENUANTE QUE SE LASTRA EM DADO OBJETIVO E PODE SER APLICADA DE OFÍCIO PELO JULGADOR QUANDO COMPROVADA NOS AUTOS.

TERCEIRA FASE. REDUÇÃO DA REPRIMENDA EM VIRTUDE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO REFERENTE À TENTATIVA. APLICAÇÃO, PELO MAGISTRADO, DO REDUTOR DE 1/2 (METADE). REFORMA QUE SE IMPÕE. APLICAÇÃO DO REDUTOR MÍNIMO DE 1/3 (UM TERÇO). *ITER CRIMINIS* TO-

TALMENTE PERCORRIDO. VÍTIMA ATINGIDA EM REGIÃO VITAL, CORRENDO RISCO DE VIDA.

REDUÇÃO DA PENA PELO RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO NO GRAU MÍNIMO DE 1/3 (UM TERÇO). COMPORTAMENTO DA VÍTIMA QUE INFLUENCIOU SUBSTANCIALMENTE NA AÇÃO DO AGENTE. REDUTOR MÁXIMO ACERTADAMENTE FIXADO NA SENTENÇA.

CONTINUIDADE DELITIVA. PENA MAIS GRAVE AUMENTADA EM 1/6 (UM SEXTO). DOIS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA, TENTADOS, PRATICADOS CONTRA VÍTIMAS DIFERENTES. AUMENTO NO PATAMAR MÍNIMO CORRETAMENTE APLICADO

RECURSOS CONHECIDOS. RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO E RECURSO MINISTERIAL PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2012.012887-9, da comarca de Lages (1ª Vara Criminal), em que é apte/apdo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e apdo/apte Israel de Jesus Nogueira:

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos, 1) negar provimento ao interposto pela defesa; 2) dar provimento em parte ao interposto pelo Ministério Público para 2.a) incluir no cômputo da pena-base relativa ao delito de tentativa de homicídio qualificado pelo motivo torpe (vítima Marcelo) a valoração negativa da culpabilidade do réu; 2.b) incluir no cômputo da pena-base relativa ao delito de tentativa de homicídio privilegiado (vítima Ademir) a valoração negativa das consequências do crime; 2.c) utilizar o *quantum* de 1/6 (um sexto) na majoração das referidas penas-bases; 2.d) afastar a atenuante da confissão espontânea do cômputo da pena referente a ambos os delitos; 2.e) utilizar o redutor mínimo de 1/3 (um terço) ante o reconhecimento da forma tentada do crime de homicídio privilegiado (vítima Ademir),

restando a reprimenda definitivamente fixada em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, por incurso nas sanções do art. 121, § 2º, I, c/c art. 14, II; e art. 121, § 1º, *in fine*, c/c art. 14, II, na forma do art. 71, *caput*, todos do Código Penal, mantidas as demais cominações da sentença. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. Paulo Roberto Sartorato e o Exmo. Sr. Des. Newton Varella Júnior.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça participou o Exmo. Sr. Procurador Pedro Sérgio Steil.

Florianópolis, 16 de outubro de 2012.

Marli Mosimann Vargas
PRESIDENTE E RELATORA

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público da 1ª Vara Criminal da comarca de Lages ofereceu denúncia contra Israel de Jesus Nogueira por infração ao disposto no art. 121, § 2º, I e IV, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal (em relação à vítima Ademir Rogério Leite) e no art. 121, § 2º, I, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal (em relação à vítima Marcelo dos Santos Lima), na forma do art. 71, parágrafo único, do mesmo diploma legal**,** assim descritos na inicial acusatória (fls. II-IV):

> No dia 13 de agosto de 2005, no período noturno, encontrava-se na Danceteria Expresso 252, localizada neste Município, na Área Industrial,além de outras pessoas, duas turmas, uma do Bairro Santa Mônica e outra do Bairro Santa Cândida, da qual o denunciado fazia parte.
>
> Nesse local, ocorreu uma briga entre os dois grupos, a qual foi separada pelas vítimas Ademir Rogério Leite, proprietário da boate,

> e Marcelo dos Santos, segurança daquele estabelecimento, sendo uma turma retirada para fora deste.
>
> Em represália à interrupção da contenda realizada pelas vítimas, o denunciado planejou a morte desde último, o que pôs em prática no dia seguinte.
>
> Assim, na noite de 14 de agosto de 2005, Israel se dirigiu à mesma danceteria, passando a fazer provocações à vítima Marcelo, o qual não reagiu, permanecendo na função por ele desempenhada.
>
> Por volta das 22h30min, seguindo plano previamente traçado para fazer entrar uma arma na danceteria, em razão da revista prévia feita nos homens, a adolescente Mara Aparecida dos Santos chegou na boate portando uma faca escondida, a qual entregou para o denunciado ao seu mando.
>
> Munido com tal instrumento, Israel desferiu um golpe contra Marcelo dos Santos Lima, o qual defendeu-se com a mão esquerda, sofrendo os ferimentos descritos no laudo pericial de fl. 10.
>
> Não satisfeito, o denunciado desferiu outra facada, agora no abdomen da vítima Ademir Rogério Leite, o qual não tinha qualquer motivo para suspeitar da agressão, produzindo nele os ferimentos descritos no laudo pericial de fl. 9.
>
> O resultado morte das vítimas somente não ocorreu por circunstâncias alheias à vontade do denunciado, qual seja, devido ao fato das facadas não haverem atingindo órgão vital e o pronto atendimento prestado a esta última vítima.
>
> O denunciado, lesionando os ofendidos pelo fato destes haverem separado uma contenda na qual este estaria envolvido no dia anterior, agiu por motivo torpe.

Encerrada a primeira fase do procedimento do Júri, o magistrado singular julgou parcialmente procedente a denúncia e, por consequência, pronunciou o acusado, sujeitando-o a julgamento pelo Tribunal do Júri como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, IV, c/c o art. 14, II, do Código Penal (em relação à vítima Ademir Rogério Leite) e do art. 121, *caput*, c/c o art. 14, II, do Código Penal (em relação à vítima Marcelo dos Santos Lima), ambos na forma do art. 71 do mesmo diploma penal (fls. 117-124).

Todavia, referida decisão foi parcialmente reformada por esta Primeira Câmara Criminal quando do julgamento do Recurso em Sentido Estrito n. 2010.039866-9 interposto pelo representante do Ministério Público (fls. 132-141). Por unanimidade de votos, deu-se provimento ao recurso da acusação para incluir na pronúncia, em relação aos dois delitos, a qualificadora do motivo torpe, descrita no inciso I do § 2º do art. 121 do Código Penal, determinando-se, assim, a submissão do réu a julgamento popular pela prática dos crimes descritos no art. 121, § 2º, I e IV, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal (em relação à vítima Ademir Rogério Leite) e no art. 121, § 2º, I, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal (em relação à vítima Marcelo dos Santos Lima), ambos na forma do art. 71 do Estatuto Repressivo (fls.158-163).

O v. acórdão transitou em julgado para as partes em 14-10-2010 (fl. 166).

Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri daquela comarca em 23-8-2011, Israel de Jesus Nogueira restou condenado pelo Conselho de Sentença pela prática de uma tentativa de homicídio qualificado pelo motivo torpe (em relação à vítima Marcelo dos Santos Lima) e uma tentativa de homicídio privilegiado (em relação à vítima Ademir Rogério Leite), conforme termo de votação dos quesitos (fls. 209-213).

Diante disso, o Juiz de Direito Presidente da sessão impôs ao réu a pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, I, c/c art. 14, II (vítima Marcelo) e do art. 121, § 1º, *in fine*, c/c art. 14, II (vítima Ademir), todos do Código Penal, c/c o art. 65, I e III, "d", na forma do art. 71, *caput*, todos do mesmo diploma (fls. 216-221).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, embasando suas razões nas disposições do art. 593, III, "c" e "d", do Código de Processo Penal (fl. 251).

Em síntese, requer a anulação do julgamento por ser a decisão dos jurados, no que se refere aos fatos envolvendo a vítima Marcelo dos Santos Lima, manifestamente contrária à prova dos autos. Nesse vértice, afirma que o réu não agiu com *animus necandi*, pois sua intenção era apenas lesionar a vítima, de modo que decidiram com equívoco os jurados ao não acolherem a tese de desclassificação para lesões corporais. Ainda, sustenta que o reconhecimento da qualificadora do motivo torpe foi equivocado, pois a prova dos autos não evidencia tal motivação na conduta do réu. Caso mantida a condenação, requer, de forma genérica, a revisão da dosimetria, reduzindo-se a pena aplicada na sentença (fls. 263-274).

Por sua vez, o representante ministerial, com fulcro no art. 593, III, "c", do Código de Processo Penal, apresenta sua irresignação também em relação à dosimetria.

Assevera que, na fixação da pena-base dos crimes de tentativa de homicídio qualificado e tentativa de homicídio privilegiado, deve ser considerada desfavorável ao réu a sua culpabilidade e, em relação ao segundo delito, também as consequências do crime, aplicando-se, ainda, o *quantum* de 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial adversa. Em relação à segunda etapa dosimétrica dos crimes, sustenta que o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal foi equivocado, porque o que se tem nos autos é a confissão qualificada do réu, a qual não atenua a pena. No que tange à terceira fase de aplicação da pena referente ao homicídio privilegiado praticado contra a vítima Ademir, o órgão ministerial almeja a aplicação da fração mínima de 1/6 (um sexto) estabelecida no § 1º do art. 121 do Código Penal. Já quanto ao reconhecimento da forma tentada dos dois homicídios, busca a aplicação

do patamar mínimo de 1/3 (um terço) previsto no art. 14, II, do Código Penal. Por fim, acerca do acréscimo decorrente do reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes, requer que a elevação seja efetivada em proporção maior que a de 1/6 (um sexto) (fls. 225-250).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 256-262 e 277-297), lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Promotor de Justiça convocado Caio César Lopes Peiter, manifestando-se pelo conhecimento dos recursos, provimento do interposto pela acusação, majorando-se a reprimenda aplicada ao réu e desprovimento do interposto pela defesa (fls. 303-311).

Este é o relatório.

VOTO

1 ANULAÇÃO DO JULGAMENTO POR SER A DECISÃO DOS JURADOS MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – RECURSO DEFENSIVO

No Júri Popular realizado em 23-8-2011, os integrantes do Conselho de Sentença, na primeira série de quesitação, referente ao crime praticado contra a vítima Marcelo dos Santos Lima, por maioria de votos, reconheceram a materialidade e a autoria delitiva; negaram o quesito genérico acerca da absolvição; reconheceram que o réu agiu com *animus necandi*, dando início à execução de um crime de homicídio que apenas não se consumou por circunstâncias alheias a sua vontade; afastaram a tese defensiva do homicídio privilegiado e reconheceram que o crime foi praticado por motivo torpe, o que culminou na condenação do réu por incurso nas sanções do art. 121, § 2º, I, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal.

Todavia, afirma a defesa que a referida decisão é manifestamente contrária à prova dos autos. Para tanto, sustenta que as evidências revelam

que o réu não agiu com *animus necandi*, pois sua intenção era apenas lesionar a vítima Marcelo, de modo que decidiram com equívoco os jurados ao não acolherem a tese de desclassificação da conduta para o crime de lesão corporal. Ademais, salienta que o reconhecimento da qualificadora do motivo torpe foi equivocado, pois a prova dos autos não evidencia tal motivação na conduta do réu.

Frisa-se, por oportuno, que a defesa não se insurge contra a condenação do réu em relação à tentativa de homicídio privilegiado praticado em face da vítima Ademir Rogério Leite, de modo que esse crime não será objeto de análise.

Assim, presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, passa-se ao exame do apelo defensivo.

É cediço, ao Tribunal do Júri é assegurado o princípio da soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, "c", da Constituição Federal), de modo que seu julgamento só pode ser anulando quando representar visível afronta à prova dos autos. Não obstante, se no processo existirem elementos de prova verossímeis em mais de um sentido, podem os jurados optar por qualquer um deles, sem que o julgamento seja considerado manifestamente contrário à prova dos autos.

A respeito, firmou-se a orientação pacífica nos tribunais, no sentido de que "não se pode falar em decisão contrária à prova dos autos se os jurados apreciaram os elementos probantes e firmaram seu convencimento, adotando a versão que lhes pareceu mais convincente" (RT 590/343).

Os doutrinadores Rogério Sanches Cunha, Gustavo Müller Lorenzato, Maurício Lins Ferraz e Ronaldo Batista Pinto, discorrendo acerca das hipóteses de cabimento da apelação criminal, notadamente sobre o art. 593, III, "d", do Código de Processo Penal, lecionam:

> (...) é preciso que a decisão dos jurados seja manifestamente contrária à prova dos autos. Assim se entende aquela decisão totalmente

> divorciada da prova do processo, ou seja, que não encontra nenhum apoio no conjunto probatório colhido nos autos. (...) Se, porém, a decisão dos jurados encontra algum apoio na prova dos autos, tendo eles aderido a uma das versões verossímeis, a decisão é mantida, em nome, inclusive, da soberania dos veredictos. Somente – repita-se – aquela decisão que não encontrar qualquer arrimo na prova do processo é que autorizará novo julgamento com base nesse dispositivo penal (Processo penal prático. 3. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p. 189-190).

Pois bem, da análise acurada do caso, dessome-se que a decisão condenatória está devidamente amparada no contexto de provas constante no caderno processual e explorado em plenário pela acusação. Se não vejamos:

Segundo a tese acusatória admitida pelos jurados, por volta das 22h30min do dia 14-8-2005, no interior da Danceteria Expresso 252, situada na área industrial do município de Lages, o réu Israel de Jesus Nogueira - motivado pelo desejo de vingança, em virtude de a vítima, no dia anterior aos fatos, ter interferido em uma briga iniciada entre dois grupos rivais da localidade, sendo que o réu pertencia a um deles -, teria agido por motivo torpe e dado início à execução de um crime de homicídio, atingindo a vítima Marcelo dos Santos Lima com uma facada, causando nela os ferimentos descritos no laudo pericial de fl. 10 e somente não causando-lhe a morte por circunstâncias alheias a sua vontade.

Em primeiro lugar, frisa-se que a materialidade é inconteste e vem estampada no boletim de ocorrência (fls. 3-8), no laudo pericial n. 1588/05 (fl. 10), no laudo pericial complementar n. 1573/07 (fl. 64), além da prova oral amealhada no curso do processo, donde exsurge, também de forma cristalina, a autoria delitiva.

Primeiramente, ainda que o apelante tenha trazido versão defensiva, quando ouvido perante a autoridade policial, admitiu a autoria do golpe desferido contra a vítima Marcelo dos Santos Lima, veja-se (fl. 20):

> Na data de 14/08/2005, por volta das 22:00 horas, estava no interior da Boate Expresso 252, localizada na área industrial, quando a pessoa de nome 'Fubica', o qual tinha alugado a citada boate, lhe chamou para ir para fora do recinto; QUE, atendeu o pedido de 'Fubica', quando, no momento em que saiu da porta da boate, para ir para o lado de fora, uma moça de nome Mara, cujo sobrenome não sabe, moradora do bairro Santa Cândida, próximo a casa do comissário Orli, a qual esclarece ser de menor, lhe entregou uma faca e disse 'cuidado que eles vão te matar'; QUE, prontamente pegou a faca e, nesse mesmo instante, pularam no interrogando 'Fubica', o alcunhado 'Belo' e outro de nome Marcelo, cujo sobrenome não sabe; QUE, para se defender atingiu 'Fubica' e Marcelo com a faca, lesionando, em um deles, o braço e no outro o abdomem; QUE, ato contínuo saiu correndo e foi para sua casa; QUE, questionado sobre testemunhas do fato disse que a moça de nome Mara a tudo presenciou; QUE, sobre a faca diz não lembrar as características da mesma, bem como 'não sabe onde a faca foi parar'; QUE, alega não saber o motivo de 'Fubica', 'Belo' e André quererem lhe pular (grifo nosso) .

Dos termos do interrogatório realizado durante a instrução processual (fls. 69-70) e também em plenário (fls. 201-202) extraem-se importantes elementos acerca dos fatos e da responsabilidade criminal do réu:

> [...] Que já conhecia as vítimas do bairro Santa Mônica onde ambos residem. Que porém nunca teve qualquer desentendimento com as vítimas anteriormente; que um dia antes dos fatos narrados na denúncia, o declarante esteve na Danceteria Expresso 252 e lá se encontravam a vítima Ademir e Marcelo; que no interior da Danceteria houve uma briga de gangues, sendo uma do bairro Santa Mônica e outra do Bairro Santa Candida; que Marcelo dos Santos Lima era segurança da Boate Expresso 252 e a outra vítima era proprietário da Danceteria; que quando o interrogando saia pela porta de acesso principal, foi seguro pela vítima Marcelo, sob a alegativa de que o interrogando estava brigando. Que o interrogando disse a Marcelo que não estava envolvido na briga das gangues; que Marcelo provocou o interrogando dizendo 'se você quer brigar venha aqui para fora'; que o interrogando respondeu que não queria brigar alegando que nunca tinha feito nada para a vítima e nem ela para o interrogando; que o segurança Marcelo, produziu ferimentos em

três dedos do interrogando ao lança-lo contra a parede; que com os ferimentos, os dedos do interrogando sangraram fazendo com que o mesmo tivesse que ir embora; que no outro dia o interrogando subiu novamente até a Danceteria e deparou-se com o segurança 'rindo da minha cara'; que o interrogando quer esclarecer que a Danceteria funcionava sexta-feira, sábado e domingo, que o interrogando entrou e nada disse para Marcelo; que acredita que Marcelo tenha ficado com medo do interrogando, e então, juntamente com André Pansera e Ademir Rogério Leite 'fizeram uma tocaia para mim'; que Mara Aparecida dos Santos, no interior da Danceteria entregou uma faca para o interrogando dizendo 'abra o zóio que eles vão te mata'; que a mesma moça disse ao interrogando, que Ademir Rogério Leite havia entregue um revólver para André Pansera matar o interrogando quando ele fosse embora; que Mara informou ao interrogando que Marcelo integrava a turma que iria matar o interrogando; que então ao sair da boate, percebeu que Marcelo estava na porta, para o lado de dentro; que Mara falou também para o interrogando ter ouvido de Marcelo: 'antes que esse nego do diabo me mate... eu mato ele'; que antes de sair percebeu que Marcelo olhava para o interrogando 'e dava risada'; que então já de posse da faca, deslocou-se em direção a porta de saída e ao deparar-se com a vítima Marcelo golpeou com a faca na mão do mesmo; que no momento em que golpeou não se importou aonde iria atingir a vítima e também não a intenção de atingir um local específico da vítima, lembrando-se apenas que não viu mais nada e golpeou a vítima e saiu correndo; que apenas efetuou um golpe; que não percebeu onde atingiu a vítima no momento que posteriormente soube que a atingiu na mão; que do lado de fora Ademir aproximou-se do interrogando e abraçou o interrogando pela frente; que Ademir abraçou o interrogando mesmo vendo que estava armado, uma vez que este ostentava a faca em sua mão. Que ao ser agarrado por Ademir golpeou o mesmo na altura do abdomem; que com o golpe a vítima Ademir soltou o interrogando e este pode se retirar do local levando a faca consigo; que a faca o interrogando jogou fora e nunca mais encontrou; que apenas golpeou a vítima Ademir com o objetivo de se desvencilhar já que estava agarrado por ele; que André ao ver o interrogando com a faca entrou correndo para dentro da boate; que não sabe se as vítimas estavam embriagadas, mas pode informar que estava, o interrogando, extremamente embriagado; que Marcelo era incumbido de proceder revista nas pessoas que entravam na boate;que pessoas do sexo

feminino não eram revistados; que o interrogando já trabalhou com um irmão de Mara e por isso a conhecia anteriormente; que já estava há umas duas horas no interior da boate quando recebeu a informação de Mara e também a faca (grifou-se).

Que é verdadeira a imputação que lhe está sendo feita [...] Que confirma integralmente seu depoimento judicial acostado nos autos, que efetivamente foi 'cortado' no dia dos fatos pela vítima Marcelo, que não se submeteu a exame de corpo delito porque estava embriagado, que indagado das razões de não ter feito o laudo de lesões posteriormente, por ele foi respondido que no dia seguinte foi trabalhar, que as lesões foram na mão direta, em três dedos, que o interrogando inclusive mostrou neste ato os dedos que teriam sido cortados, aparecendo sinais de cicatriz antiga, em pelo menos um dos dedos, que acredita que Marcelo lhe cortou porque achava que estava na briga, porém nega que estava na briga na boate, que instado a esclarecer o que foi dito no primeiro interrogatório judicial que a vítima Ademir 'abraçou' mesmo o interrogando estando na posse de uma faca, o interrogando esclareceu que como estava bastante escuro, acredita que a vítima Ademir talvez, não tenha avistado a faca na mão do interrogando [...] pela acusação, que os primos Leandro e Robson estiveram na boate 252, porém chegaram após o interrogando, que esclarece que as lesões produzidas em suas mãos foram decorrência do choque com a parede interna da danceteria, momento que foi lançado contra ela, pela vítima Marcelo, que morava e ainda mora no bairro Santa Mônica, que Mara trabalhava com o interrogando que conheceu através de seu irmão, que Mara passou a faca para o interrogando no interior da boate, que não sabe a quem pertencia a faca; pela defesa, que quando a faca foi passado no interior da boate, o interrogando resolveu se retirar, que quando aproximou-se da porta da saída e avistando a vítima Marcelo, sacou da faca, levantando o braço para cima, com a faca na mão, que a vítima 'levou a mão' e a faca acabou atingindo a mão e o rosto da vítima, que Marcelo mesmo ferido não reagiu contra o interrogando, possibilitando que o interrogando se retirasse da boate, que já estava em curso no sentido de sua residência, quando deparou-se com o proprietário da boate, Ademir, que abraçou-o, conforme dito, que abraçado pela vitima Ademir Rogério Leite, o interrogando para desvencilhar-se deu um único golpe, e assim que

> foi solto, foi embora, dispersando a arma, que em momento algum o interrogando teve intenção de matar qualquer vítima (grifou-se).

Trazendo importantes detalhes para o deslinde dos fatos, destaca-se o relato, ainda na etapa policial, da vítima Marcelo dos Santos Lima, que trabalhava como segurança na Boate Expresso 252, local onde ocorreram os crimes (fl. 15):

> QUE, entre os meses de junho a agosto do corrente ano, trabalhou como segurança para o conhecido 'Fubica', na boate de nome Expresso 252, localizada próximo a antena de televisão, na área industrial desta cidade; QUE no sábado, 13.08.2005, estava trabalhando de segurança na citada boate, quando houve briga entre o pessoal do bairro Santa Cândida contra o pessoal do bairro Santa Mônica, sendo que no grupo do pessoal do bairro Santa Cândida se encontrava junto a pessoal de Israel; QUE, no domingo, dia 14/08/2005, novamente realizava o serviço de segurança na boate Expresso 252, quando por volta das 20:30 horas, chegou a pessoa de Israel, momento em que, ao revistá-lo, este, sem nada dizer, lhe queimou a orelha com a ponta de um cigarro; QUE, neste momento o declarante nada fez contra a pessoa de Israel e, imediatamente, comunicou o proprietário 'Fubica' do fato; QUE, ato contínuo, por volta das 22:30 horas, estando na porta de saída da boate, ao abrir a porta para uma moça, a qual estava acompanhando a pessoa de Israel, percebe que Israel estava nas suas costas, e, ao se virar, este lhe atingiu com uma faca; QUE, a se defender, o declarante ergueu o braço, e teve a mão esquerda e a boca cortados; QUE, nisto correu para o alojamento de Corpo de Bombeiros, o qual fica a cerca de 200mts de distância da boate, a fim de pedir ajuda; QUE, chegando no Corpo de Bombeiros foi atendido por policiais, cujos nomes não sabe especificar, e, em seguida, levado para a emergência do Hospital Nossa Senhora dos Prazeres, onde se internou durante 03 dias para tratamento cirúrgico; QUE, não sabe esclarecer como o Sr. Israel portava uma faca, já que o mesmo havia sido revistado quando de sua entrada na boate; QUE, não sabe esclarecer, também, como proprietário 'Fubica' foi agredido pois, tão logo foi atingido por Israel, o declarante correu pedir socorro ao Corpo de Bombeiros; QUE, esclarece estar, o proprietário 'Fubica' do lado de fora da boate quando o declarante foi atingido por Israel; QUE sobre a moça que acompanhava Israel, não sabe informar nome ou

> endereço, dizendo ser a mesma de estatura baixa, meio gordinha, de cor morena, aparentando ter de 16 a 20 anos; QUE, depois da data dos fatos, nunca mais viu a pessoa de Israel, nem a moça que o acompanhava na boate, durante a ocasião dos fatos; QUE, já conhecia Israel há mais de 05 anos, alegando que os mesmos 'até eram amigos'; QUE, não sabe o motivo de ter sido esfaqueado pelo Sr. Israel; QUE, sobre testemunhas dos fatos disse que, próximo do declarante no momento dos fatos, estava a pessoa de André Chaves, morador da rua Flamengo, não sabendo nº da casa, o qual reside próximo ao Sr. Alceu Borges, morador conhecido do bairro Santa Mônica, nesta cidade (grifo nosso).

E, ouvido em juízo (fls. 88-90), o ofendido ratificou tais informações, afirmando que, no sábado anterior aos fatos narrados na denúncia, ocorreu um tumulto no interior da danceteria onde trabalhava, envolvendo duas gangues rivais. Contou que as gangues foram separadas, sendo que uma ficou dentro da boate e a outra foi retirada. Relatou que o réu Israel foi deixado dentro da boate, pois o declarante imaginou que não participava da gangue que foi retirada. Mas, como Israel se mantinha irredutível, sua saída foi autorizada. O ofendido relatou, ainda, que "correu um comentário" de que Israel queria lhe matar. Especificamente sobre o dia do crime, afirmou que a boate abriu às 18h, mas que Israel chegou apenas por volta da meia noite, acompanhado de outras pessoas. Ademais, contou que:

> [...] o réu entrou fumando e jogou fumaça no rosto do declarante, no intuito de provocá-lo. Que o declarante foi avisado por populares que o acusado estava armado. Que foi o próprio declarante que revistou Israel e nada encontrou com o mesmo. Que diante da informação de que Israel estava armado 'e queria pegar' o declarante este solicitou autorização para o proprietário da boate para ir embora, pedindo que o levasse para casa. Que o proprietário saiu para apanhar o veículo que levaria o declarante até sua residência, que neste momento uma moça pediu para o declarante para que ela pudesse sair; que enquanto abria a porta para referida pessoa percebeu que Israel se aproximava. Que as pessoas do sexo feminino não eram revistadas. Que o declarante não tem conhecimento se alguém presenciou a referida moça entregando a faca para o acusado Israel. Que o declarante tem certeza absoluta que Israel foi revistado

> pessoalmente por ele e não possuía qualquer arma. Que o réu se aproximou do declarante e simplesmente pronunciou as seguintes palavras: 'agora... Você vai nego do diabo'. Que dizendo isso sacou a arma e golpeou o declarante procurando atingi-lo na altura do tórax. Que porém, em ato de defesa o declarante levou o braço esquerdo e o golpe acabou atingindo a boca do declarante. Que achando que o ferimento teria sido grave, principalmente porque a boca sangrava, o declarante desesperado saiu correndo pedindo socorro, em direção ao 3º DP., sendo que de lá acionou o Corpo de Bombeiros, que fica ao lado do Distrito Policial, o qual encaminhou ao hospital Nossa Senhora dos Prazeres. Que, posteriormente, o declarante tomou conhecimento que quando saiu em desabalada carreira o réu avançou no proprietário da boate e o atingiu no abdomen, tendo que também ser hospitalizado (grifou-se).

No mesmo norte, corroborando a convicção de que o crime foi motivado pela irresignação do apelante com os fatos ocorridos no dia anterior relacionados a uma briga envolvendo dois grupos rivais, tem-se o relato da vítima Ademir Rogério Leite, proprietário da boate local dos crimes (fl. 13):

> [...] QUE, no final de semana do feriado de 15/08/2005, mais precisamente no sábado, realizou uma promoção na boate Expresso 252, sendo que, por volta das 02:00 da madrugada, houve uma confusão envolvendo o público presente, ocasião em que retirou do interior da boate uma turma de rapazes e os colocou do lado de fora, não sabendo especificar seus nomes ou endereços; QUE, os tais rapazes haviam brigado com outro grupo de rapazes, sendo estes últimos liderados pela pessoa de Israel, cujo sobrenome não sabe, morador da rua Grêmio Atlético Guarani, esq. com rua Santos F. C., bairro Santa Mônica, nesta cidade; QUE, no domingo, dia seguinte à citada confusão, realizou outra promoção na boate, quando, por volta das 19 horas, o Sr. Israel apareceu e, ao entrar no local e ser revistado pelo segurança de nome Marcelo dos Santos Lima, este queimou a orelha do segurança com uma ponta de cigarro; Que, em seguida o declarante foi avisado do fato e também soube, pelo mesmo segurança, de que, durante todo o decorrer da promoção, o Sr. Israel fazia gestos de provocação para o segurança Marcelo; QUE, por volta das 22:45 horas, o declarante saiu para o lado de

> fora da boate, momento em que viu, logo em seguida, sair atrás o Sr. Israel; QUE, no momento em que o Sr. Israel ainda estava na porta de saída da boate, apareceu uma menina, cujo nome e endereço desconhece, aparentando 17 ou 18 anos, de porte baixo, cabelo preto, cutis morena clara, a qual entregou para o Sr. Israel uma faca, sem saber citar características, quando então o Sr. Israel atingiu o segurança Marcelo, cortando-lhe a mão e a boca; QUE, ato contínuo e, em questão de segundos, o declarante se virou para o lado do segurança, quando, então, também foi atingido pelo Sr. Israel com uma facada no abdômen; QUE, esclarece que ao atingir o segurança Marcelo e o declarante, o Sr. Israel evadiu-se do local [...] (grifou-se).

Idêntica é a sua versão apresentada na fase judicial (fls. 85-87):

> [...] que no dia dos fatos, estavam iniciando as atividades da boate, isso um dia antes dos fatos onde o depoente saiu lesionado. Que chegaram ao local dois grupos, um do bairro Santa Cândida e outro do Bairro Santa Mônica. Que os dois grupos adentraram na boate. Que dentro da boate os dois grupos iniciaram uma briga. Que o depoente e os seguranças retiraram os dois grupos para fora da boate. Que o denunciado Israel fazia parte do grupo do Bairro Santa Mônica. Que o depoente não tem conhecimento se o denunciado liderava o grupo. Que com a chegada da Polícia Militar a briga foi contida. Que Marcelo dos Santos Lima trabalhava na boate, na função de segurança, tendo auxiliado na retirada dos grupos do interior da boate, auxiliado também por André Pansera Chaves. Que os dois seguranças Marcelo e André não se envolveram na briga, somente tiraram os grupos para fora da boate. Que o depoente informa que nenhum dos componentes dos grupos foram agredidos pelos seguranças ou pelo depoente. Que antes de sair do local o denunciado disse apontando o dedo para Marcelo: 'amanhã eu vou voltar e vocês irão ver o que eu vou fazer aqui'. Que Marcelo respondeu 'amanhã nós vamos abrir a boate'. Que após esses momento chegou no local a Polícia Militar, cessando a briga, com a saída das pessoas que frequentavam o estabelecimento, os quais estavam na frente, incluindo o denunciado. Que o depoente fechou a danceteria. Que no dia seguinte, a danceteria estava lotada, o depoente na companhia da esposa e mais uma funcionária estavam atendendo no bar. Que os seguranças estavam na portaria. Que por volta das vinte horas o denunciado chegou na boate.

> Que o denunciado iniciou as provocações, inclusive, contra o depoente, dizendo: 'você vai ver o que eu vou fazer'. Que por volta da meia noite, o denunciado estava no interior da boate, bebendo e provocando os seguranças, inclusive queimando o braço e orelha do segurança Marcelo com cigarro. Que o depoente foi informado que o estacionamento estava lotado, e o responsável pelo local, pediu para o depoente ir ver onde poderiam ser colocados os carros que chegassem. Que o depoente saiu para fora da boate, ficando do lado de fora da porta. Que o depoente ouviu um barulho, vindo da direção da porta, e ao se voltar o depoente recebeu uma facada no abdomen. Que o depoente também verificou que o segurança Marcelo também estava ferido. Que o depoente informa que o autor da facada foi o denunciado Israel [...] que o depoente não pode informar quantas pessoas faziam parte dos grupos que no dia anterior estiveram na boate, podendo afirmar que eram mais de cinco pessoas em cada grupo. Que na boate existem três seguranças. Que na retirada dos grupos contendores, somente participaram o depoente, Marcelo e André. Que a pessoa de nome Lucia presenciou o momento em que o denunciado fez ameaça contra o depoente. Que o depoente afirma que em nenhum momento houve agressão dos seguranças contra o denunciado. Que a boate fica localizada próximo as torres da Planalto. Que a boate possui um espaço físico em torno de cem metros quadrados. Que existe um piso superior, onde ninguém pode subir, uma vez que somente quem cuida do som é que fica lá. Que no dia dos fatos o depoente informa que o denunciado estava sozinho, mas informa que haviam colegas do mesmo. Que quando das ameaças proferidas pelo denunciado este estava sozinho (grifou-se).

A testemunha André Pansera Chaves, que também trabalhava na Boate Expresso 252, na Delegacia, afirmou que (fl. 18):

> [...] de maio a agosto do corrente ano trabalhou como segurança na boate de nome Expresso 252, localizada próximo a antena de televisão, na área industrial desta cidade, a qual era locada pela pessoa conhecida por 'Fubica'; QUE, no domingo, antes do feriado de 15 de agosto/05, estava na citada boate, trabalhando como segurança, juntamente com o conhecido Marcelo, alcunhado 'Tio Ma', quando por volta das 21:00 horas, chegou a pessoa de nome Israel, cujo sobrenome e endereço desconhece; QUE, ao entrar na boate o

> colega Marcelo revistou Israel, momento em que este queimou a orelha do colega Marcelo, com a ponta de um cigarro; QUE, o colega Marcelo nada fez ou disse contra Israel e, imediatamente, comunicou o locatário da boate, Sr. 'Fubica'; QUE, ato contínuo, por volta das 23:00 horas o Sr. Israel saiu da boate e, ao passar pelo colega Marcelo e pelo declarante, sacou uma faca e desferiu contra Marcelo, dizendo 'seu nego agora você vai'; QUE, o colega Marcelo, ao se defender, ergueu o braço, quando, então, teve a mão e o rosto cortados pelo golpe desferido por Israel; QUE, ato contínuo o colega Marcelo correu, sendo seguido por Israel, ocasião em que, veio de encontro, o Sr. 'Fubica', e ao tentar conter Israel, foi atingido por este com uma facada no abdomem..."

E, sobre o crivo do contraditório, declarou que o réu, após a briga de gangues do dia anterior, *"disse que voltaria no domingo e 'ia pegar' a vítima Marcelo dos Santos Lima"* (fl. 91).

De igual modo, a esposa da vítima Ademir, Sra. Mariza de Jesus Batista dos Santos Leite, afirmou que ouviu comentários de que o réu Israel prometeu no domingo o dia inteiro que iria pegar o segurança Marcelo. Veja-se (fls. 93-94):

> Que a declarante é esposa do proprietário da boate Expresso 252 e estava juntamente com seu esposo trabalhando no referido estabelecimento, nas duas oportunidade, ou seja, sábado e domingo. Que no sábado houve uma briga generalizada envolvendo dois grupos dos bairros Santa Candida e Santa Mônica. Que o réu integrava a gangue do bairro Santa Mônica. Que no sábado, após serenados os ânimos dos contendores, os seguranças retiraram o grupo do bairro Santa Candida, deixando no interior da boate o grupo do bairro Santa Mônica. Que o pessoal que ficou dentro da boate, 'não aceitou porque queria surrar o pessoal que saiu para fora'. Que o pessoal então comentou para a declarante que o réu Israel prometeu no domingo o dia inteiro que iria pegar o segurança Marcelo. Que a declarante pessoalmente não ouviu do próprio réu, mas ouviu de diversas pessoas a ameaça por ele proferida. Que no domingo foi aberto, porque era véspera de feriado, inclusive o réu, foi revistado e nada foi encontrado com ele. Que já dentro da boate, passado umas duas horas da entrada do réu Israel, este de

> posse de uma faca golpeou Marcelo dos Santos Lima, segurança da boate. Que a declarante não tem conhecimento como a faca foi parar nas mãos de Israel. Que surgiu comentários de que uma moça teria passado a faca para Israel, porém tal pessoa não chegou a ser identificada. Que a motivação que levou Israel a esfaquear a vítima Marcelo dos Santos Lima, foi tão somente por este não deixado sair da boate para brigar. Que Israel não contente de já ter esfaqueado a vítima Marcelo dos Santos Lima, ainda esfaqueou o marido da declarante Ademir Rogério Leite, proprietário da boate, no momento em que este passava pela portaria do estabelecimento. Que Ademir foi golpeado no abdomen, foi socorrido e teve que sofrer cirurgia, permanecendo dois dias na UTI. Que Marcelo foi ferido na mão, porque num ato de defesa impediu que o réu o atingisse pelas costas; que momento algum Marcelo agrediu ou ofendeu o réu Israel; que logo após o acontecimento a Polícia Militar esteve no local (grifou-se)

Enfim, encerrando o exame do contexto probatório estampado nos autos, interessante trazer à baila a manifestação do douto Promotor de Justiça em sede de contrarrazões. Veja-se (fls. 290-291):

"É que, conforme amplamente demonstrado, o desígnio homicida do apelante fundou-se no fato de que a vítima Marcelo dos Santos Lima separou a briga ocorrida no interior de uma boate, envolvendo aquele e sua turma, com outras pessoas, e posteriormente providenciou suas retiradas do local. Desde esse momento, Israel de Jesus Nogueira teve tempo para compreender que a vítima agiu no estrito cumprimento de suas obrigações, eis que laborava justamente como segurança do estabelecimento na oportunidade dos fatos. Todavia, em represália a interrupção da contenda realizada pela vítima, plenamente consciente da gravidade de seus atos, o apelante planejou a sua morte. Dessa feita, buscando concretizar o intento homicida, na noite seguinte, seguindo plano previamente traçado para fazer entrar uma arma na aludida Danceteria, conduziu-se até o local onde passou a provocar Marcelo, que não reagiu. Assim, na posse do instrumento trazido e entregue pela adolescente M. A. dos S., a seu mando, em razão da revista prévia feita na entrada do estabelecimento em

pessoas do sexo masculino, esperou o melhor momento para cometer o crime, com extrema sagacidade. Posteriormente, o apelante desferiu um golpe contra Marcelo dos Santos Lima, o qual defendeu-se com a mão esquerda, sofrendo ferimentos".

Desta feita, induvidoso concluir que o réu, de fato, agiu com *animus necandi* e deu início ao crime de homicídio em face da vítima Marcelo, que somente não se consumou por circunstâncias alheias a sua vontade. Isso porque, embora o golpe não tenha atingido região vital, tampouco ocasionado lesão de maior gravidade, as consequências somente não foram maiores porque a vítima logrou êxito em defender-se com a mão esquerda.

Ademais, evidenciado que sua conduta foi motivada pela torpeza - assim considerada o "motivo repugnante, abjeto, vil, que causa repulsa excessiva à sociedade [...], que mais vivamente ofende a moralidade média ou o sentimento ético-social" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 10. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 610) -, ou seja, pelo desejo de vingança e do ódio, decorrente do simples fato de ter a vítima Marcelo, na condição de segurança de um estabelecimento, separado uma contenda na qual aquele estaria envolvido no dia anterior.

Nesse sentido, segundo Julio Fabbrini Mirabete, *"também há motivo torpe na vingança decorrente de desentendimentos anteriores entre o agente e a vítima"* (Manual de direito penal, vol. II, 21. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 70).

Não se pode olvidar, por fim, que este egrégio Tribunal de Justiça, quando do exame do recurso em sentido estrito interposto pelo representante ministerial, reformou a decisão de primeiro grau para incluir na pronúncia a qualificadora em comento (fls.158-163). Circunstância que vem autenticar a certeza de que a decisão dos jurados efetivamente encontra amparo nas provas existente nos autos.

Como visto, a prova técnica prevalente nos autos demonstra a efetiva responsabilidade de Israel de Jesus Nogueira pelo crime doloso contra a vida, na sua forma tentada, noticiado na denúncia, revelando, por fim, o acerto com que se houveram os senhores jurados quando, por maioria de votos, concluíram que ele, com evidente *animus necandi* e movido pela torpeza, efetuou golpe de faca contra Marcelo dos Santos Lima, causando-lhe as lesões descritas no laudo pericial de fl. 10, somente não causando a morte da vítima por circunstâncias alheias a sua vontade.

Nessa senda, sabe-se que os jurados têm inteira liberdade de julgar e essa liberdade lhes confere o direito de optar por uma das versões apresentadas. "Se a sua decisão é estribada em alguma prova, não se pode dizer ser ela manifestamente contrária ao apurado no corpo do processo" (Tourinho Filho, *in* Código de Processo Penal Comentado, vol. 2, 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 359).

Válido reproduzir, por fim, os julgados desta Corte que corroboram esse entendimento:

> PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO POR MEIO CRUEL (ART. 121, § 2º, III, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS (ART. 593, III, "d", DO CPP). INOCORRÊNCIA. NEGATIVA DE AUTORIA. DECLARAÇÃO DA TESTEMUNHA QUE PRESENCIOU AS AGRESSÕES CORROBORADA COM AS VERSÕES CONTRADITÓRIAS DOS AGENTES QUE PRATICARAM O DELITO. CONSELHO DE SENTENÇA QUE OPTOU POR UMA DAS VERSÕES EXISTENTES NOS AUTOS. SOBERANIA DO TRIBUNAL DO JÚRI.
>
> - Somente é cabível a anulação da decisão do corpo de jurados quando a prova for dissociada da realidade ou não encontrar o mínimo amparo ao veredicto, ou seja, quando estiver clara e evidente a contrariedade ao contexto probatório dos autos.
>
> - Parecer da PGJ pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

- Recurso conhecido e improvido (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.011501-6, de Joinville, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 18-9-2012).

APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO PELA IMPOSSIBILIDADE DE DEFESA DA VÍTIMA (ART. 121, § 2º, INC. IV, DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. ALEGADA DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE NÃO SÃO AVESSOS AO DECISUM. JURADOS QUE ACOLHERAM VERSÃO DOS FATOS COMO NARRADOS NA DENÚNCIA, OPTANDO PELA TESE ACUSATÓRIA. DIVERGÊNCIAS APONTADAS PELA DEFESA QUE SE ENCONTRAM NO ÂMBITO DA INTERPRETAÇÃO DA PROVA. CONTRARIEDADE NÃO VERIFICADA. SOBERANIA DO JÚRI POPULAR. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO. (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.057467-4, de Campo Erê, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. 17-9-2012).

[...] HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO PRATICADO CONTRA EX-COMPANHEIRA. MOTIVO TORPE E USO DE RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. ALEGAÇÃO DE DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS, NOTADAMENTE NO QUE PERTINE AO ACOLHIMENTO DAS QUALIFICADORAS. NÃO OCORRÊNCIA. VEREDICTO DO CONSELHO DE SENTENÇA AMPARADO EM ELEMENTOS DE PROVA CONSTANTES DOS AUTOS. RESPEITO À SOBERANIA DA DECISÃO PROFERIDA PELO TRIBUNAL POPULAR. DECISÃO MANTIDA.

Em se tratando de júri, somente a decisão em manifesto confronto com os elementos do processo, totalmente dissociada da reconstituição fática trazida aos autos, é que pode ensejar a nulidade do julgamento. No caso, foi adotada a versão que pareceu mais convincente aos jurados, a qual encontra amparo nas provas existentes nos autos (Apelação Criminal n. 2011.025476-2, da Capital, rel. Des. Torres Marques, j. 8-6-2011 – grifo nosso).

Assim, não havendo contrariedade à prova dos autos, não cabe a este juízo substituir a decisão de competência do Tribunal Popular, legítimo e soberano representante da sociedade no julgamento de crimes dolosos contra a vida.

2 REVISÃO DA DOSIMETRIA

Aqui, tanto a defesa quanto o representante do Ministério Público apresentam irresignação, formulando pretensões que merecem análise conjunta.

A defesa almeja, de forma genérica, a revisão da dosimetria, reduzindo-se a pena aplicada na sentença.

A acusação, por sua vez, requer a) a majoração da pena-base dos crimes de tentativa de homicídio qualificado e tentativa de homicídio privilegiado ante a análise desfavorável da culpabilidade do réu e, em relação ao segundo deito, também das consequências do crime, aplicando-se para cada elementar o percentual de 1/6 (um sexto); b) o afastamento, na segunda fase, da atenuante da confissão espontânea, porque feita de forma qualificada pelo réu; c) na terceira fase, c.1) a aplicação da fração mínima de 1/6 (um sexto) pelo reconhecimento do homicidio privilegiado praticado contra a vítima Ademir; c.2) a aplicação do patamar mínimo de 1/3 (um terço) ante o reconhecimento da forma tentada dos delitos e, por fim, d) a elevação da pena em proporção maior que a de 1/6 (um sexto) ante o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes.

Pois bem.

O pedido formulado pelos recorrentes tem base na alínea "c" do inciso III do art. 593 do Código Processual Penal, hipótese que diz respeito, exclusivamente, à atuação do Juiz Presidente, não importando em ofensa à soberania do veredicto popular, disposta no art. 5º, XXXVIII, "c", da Constituição Federal. Assim, eventuais equívocos ou distorções constantes

na sentença são passíveis de reforma direta pelo Tribunal, sem necessidade de se proceder a novo julgamento (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado, 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 957).

E, de fato, tem-se que a dosimetria efetuada pelo magistrado no que tange aos crimes imputados ao réu necessita de reparo. A saber:

2.1 TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE – VÍTIMA MARCELO DOS SANTOS LIMA

- PENA-BASE

Sabe-se que 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).

No caso *sub judice*, o Juiz Presidente iniciou a dosimetria partindo do mínimo legal cominado no preceito secundário do art. 121, § 2º, do Código Penal, qual seja, 12 (doze) anos de reclusão, tendo em vista que o Conselho de Sentença reconheceu que o crime foi praticado por motivo torpe.

Nessa linha, na avaliação das circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal (fl. 218), o magistrado considerou todas favoráveis ao réu, fixando a pena-base no mínimo legal cominado para o delito.

Nesse ponto reside a primeira irresignação do representante do Ministério Público, pois afirma que deve ser considerada desfavorável ao réu a sua culpabilidade, aplicando-se, ainda, o *quantum* de 1/6 (um sexto) para majorar a reprimenda.

Importante observar que a culpabilidade atinente à averiguação da punibilidade do réu não é a mesma integrante das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Aquela representa a reprovabilidade da conduta típica e antijurídica, necessária para aplicação de pena, englobando a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa; enquanto esta é elemento de dosimetria da pena. Apesar da similitude das expressões, comportam situações díspares, não havendo impedimento de ambas atuarem na fixação da pena-base (Apelação Criminal n. 2006.030080-5, de Içara, rel. Des. Subst. Tulio Pinheiro, j. 19-9-2006).

Sobre a questão, oportuna a lição de Celso Delmanto:

> Culpabilidade do agente: deve-se aferir o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível do agente, na

> situação em que o fato ocorreu (Código Penal comentado. 8. ed – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 273).

Assim, imperioso é o agravamento da pena-base em razão dessa elementar, nos termos requeridos pela acusação, especialmente porque o contexto probatório revelou que o réu agiu com premeditação ao tentar ceifar a vida da vítima Marcelo.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou nesse sentido:

> [...] Não há falar em constrangimento ilegal na exasperação da pena decorrente da culpabilidade acentuada do agente, porquanto a premeditação, ao contrário do dolo de ímpeto, está a apontar uma conduta mais censurável, diante do planejamento antecipado da ação criminosa, mostrando-se justificada, portanto, a elevação da pena-base sob esse argumento. (Habeas Corpus 114.429/MS, Quinta Turma, rel. Min. Jorge Mussi, j. 20/8/2009).

E do corpo do acórdão da lavra do Des. Subst. Tulio Pinheiro, proferido na apelação criminal n. 2006.030080-5, extrai-se importante precedente:

> Sendo a premeditação extremamente censurável, eis que demonstra uma maior compreensão do acusado sobre a ilicitude de sua conduta, adequada a medida que a considerou como majorante da pena-base.
>
> A jurisprudência já se mostrou receptiva ao aumento da pena-base, ante a elevada culpabilidade representada pela figura da premeditação:
>
> 'APELAÇÃO. JÚRI. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA. PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. AGRAVANTES. REDIMENSIONAMENTO. REGIME INTEGRAL FECHADO. [...] 2. Culpabilidade reprovável pela premeditação do crime contra o pai, a fim de receber prêmio de seguro, somada a distorção da personalidade e duas agravantes são circunstâncias a elevar a pena imposta ao réu [...] (TJ-RS; ACr 70009067869; Santa Maria; Terceira Câmara Criminal; Relª Desª Elba Aparecida Nicolli Bastos; Julg. 16/09/2004) [...]' (grifou-se).

Diante do exposto, militando em desfavor do réu a sua culpabilidade, merece razão o representante do Ministério Público quando pleiteia a adoção do patamar de 1/6 (um sexto) para majorar a reprimenda em razão dessa elementar, critério jurisprudencial adotado majoritariamente nesta Corte de Justiça.

Sobre o tema, colhe:

> 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 inexista na legislação penal qualquer indicação específica da fração a ser agregada ou reduzida da pena frente à constatação de circunstâncias legais, a orientação predominante nete 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 Curitibanos, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. 22-4-2009 – grifo nosso).

Desta feita, partindo-se do mínimo legal de 12 (doze) anos cominado ao crime de homicídio qualificado e majorando-se a pena em 1/6 (um sexto) em razão da culpabilidade acentuada do réu, fixa-se a pena-base em 14 (catorze) anos de reclusão.

- SEGUNDA FASE

Em relação à segunda etapa dosimétrica, o representante ministerial sustenta que o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal foi equivocado, porque o que se tem nos autos é a confissão qualificada do réu, a qual não atenua a pena.

De fato, extrai-se da sentença que o magistrado singular, embora não tenha considerado a referida atenuante no cálculo da pena, por esta já se encontrar no mínimo legal - respeitando, assim, os ditames da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça -, reconheceu sua existência (fl. 218).

Aqui, também verifica-se o equívoco do julgador.

Com as recentes reformas realizadas no Código de Processo Penal, em especial as introduzidas pela Lei n. 11.689/08, houve notória e acentuada simplificação do procedimento dos processos de competência do Tribunal do Júri, numa clara tentativa de atualizá-lo e torná-lo mais acessível e adequado à realidade social.

Dentre essas modificações, destaca-se que a quesitação acerca da presença de circunstâncias agravantes e atenuantes deixou de ser imprescindível, devendo o Juiz Presidente considerá-las na fixação da pena, na segunda fase da dosimetria, quando alegadas nos debates, a teor da nova redação dos arts. 483 e 492, I, "b", do Código de Processo Penal.

Sobre esse tema, Guilherme de Souza Nucci ensina:

> Outro destaque da reforma do Tribunal do Júri é a extinção do quesito obrigatório relativo à existência de atenuante em favor do réu.
>
> O art. 483 do CPP não faz nenhuma referência às circunstâncias legais consistentes em agravantes e atenuantes, que não se confundem, por óbvio, com as causas de aumento ou diminuição da pena. Logo, inexiste a obrigatoriedade de inserção do quesito relativo às atenuantes, que passam a ser indagação facultativa, uma vez invocadas pela defesa em plenário.
>
> Nesse caso, o quesito deve referir-se, especificamente, à atenuante sustentada pelo defensor, ou mesmo pelo órgão acusatório, não havendo mais sentido em se incluir quesito genérico ("existem atenuantes em favor do réu"). (Tribunal do Júri. São Paulo: RT, 2008, p. 222).

Assim, diante da omissão legislativa sobre a obrigatoriedade de quesitação acerca das agravantes e atenuantes, cabe às partes, no momento oportuno, requerer a inserção de quesito específico sobre a presença dessas circunstâncias, sob pena de preclusão.

No presente caso, verifica-se na ata de julgamento que a defesa apenas arguiu as teses "de legítima defesa, desclassificação do delito para lesões corporais e homicídio privilegiado" (fl. 223).

De mais a mais, quando o Juz Presidente apresentou os quesitos a serem respondidos pelos jurados, indagou as partes se tinham algum requerimento ou reclamação a fazer e nada foi requerido (fl. 223).

Como se vê, em momento algum a atenuante da confissão espontânea, descrita no art. 65, III, "d", do Código Penal, foi sustentada pela defesa técnica durante os debates, bem como, durante a leitura da quesitação, as partes nada impugnaram a respeito dos quesitos apresentados.

Logo, inviável a sua aplicação.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

> APELAÇÃO CRIMINAL. PRELIMINAR. ARGUIDAS NULIDADES. AUSÊNCIA DE QUESITAÇÃO SOBRE LEGÍTIMA DEFESA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DESNECESSIDADE DE QUESITOS INDIVIDUALIZADOS PARA CADA TESE DEFENSIVA. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES QUE NÃO FIGURAM ENTRE OS QUESTIONAMENTOS OBRIGATÓRIOS, DEVENDO SER SOPESADAS PELO JUIZ-PRESIDENTE EM CASO DE CONDENAÇÃO. ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 11.689/08. CONTRADIÇÃO NAS RESPOSTAS RELATIVAS À QUALIFICADORA DO DELITO. SÉRIES DIVERSAS. POSSIBILIDADE. EIVAS NÃO VERIFICADAS. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO NO MOMENTO ADEQUADO. PRECLUSÃO. PREFACIAIS AFASTADAS. (Apelação Criminal n. 2011.065202-3, de Xaxim, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. 25-4-2012)

Mais:

> APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU PRESO) TRIBUNAL DO JÚRI. [...] INJUSTIÇA NO TOCANTE À APLICAÇÃO DA REPRIMENDA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CIRCUNSTÂNCIA NÃO RECONHECIDA COMO ATENUANTE NO CÁLCULO DA PENA. QUESITAÇÃO QUE DEIXOU DE SER IMPRESCINDÍVEL COM A NOVA REDAÇÃO DOS ARTS. 483 E 492, I, "B", DO CPP (LEI N. 11.689/2008). AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA DEFESA NESSE SENTIDO [...]. (Apelação Criminal n. 2010.08750-8, da Capital, desta relatora, j. em 25-3-2011)

E:

> [...] Com a entrada em vigor da Lei n. 11.689/2008, que reformou alguns artigos do Código de Processo Penal, a quesitação acerca da presença de circunstâncias agravantes e atenuantes deixou de ser imprescindível, devendo o Juiz Presidente considerá-las na segunda fase da dosimetria, quando alegadas nos debates, a teor da nova redação dos arts. 483 e 492, I, b, do Código de Processo Penal (Apelação Criminal n. 2008.077208-8, de Biguaçu, rel. Des. Newton Varella Júnior, j. 21-7-2009).

De qualquer sorte, não há nos autos elementos que permitam o reconhecimento da atenuante em debate, haja vista que o réu, em suas manifestações no curso do processo, embora tenha admitido a autoria do delito, alegou que não teve a intenção de matar a vítima e que agiu em legítima defesa, argumentos esses utilizados pela defesa a fim de embasar a tese de absolvição do acusado.

E, como se sabe, para ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea, deve ser ela completa e movida por um motivo moral, altruístico, demonstrando arrependimento, não se admitindo quando o réu, confessando a autoria, alega versão justificativa ou excludente de antijuridicidade, legítima defesa ou erro de fato. Nesse sentido, consulte-se: Apelação Criminal n. 2008.063951-3, de Blumenau, rel. Des. Sérgio

Paladino, j. em 12-1-2010; e Apelação Criminal n. 2003.000369-0, de Papanduva, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. em 27-10-2003.

Desta feita, em conformidade com as razões do recurso acusatório, afasta-se o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Por fim, considerando que o réu era, ao tempo dos fatos, menor de 21 (vinte e um) anos de idade - conforme consta no documento de fl. 21 -, o sentenciante reconheceu a atenuante da menoridade relativa, prevista no art. 65, I, do Código Penal.

Aqui, importante frisar que, apesar da novel determinação legal acerca da necessidade de alegação das circunstâncias legais nos debates para que seja viabilizado o seu reconhecimento quando da aplicação da pena, tem-se que a atenuante da menoridade relativa se lastra em dado objetivo - se o agente, quando do cometimento do crime, era menor de 21 (vinte e um) anos - e pode ser sopesada de ofício pelo sentenciante ainda que não seja objeto dos debates.

Cita-se, por oportuno, precedente colhido dos arestos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> APELAÇÃO-CRIME. JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONSUMADO. CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA.
>
> [...] DO ERRO OU INJUSTIÇA NO TOCANTE À APLICAÇÃO DA PENA [...] ATENUANTE DA MENORIDADE. ANÁLISE DE OFÍCIO.
>
> No caso em tela, da análise dos autos verificou-se que o réu R.B.E. era menor à época dos fatos, contando com 18 anos, devendo, pois, de ofício, ser aplicada a atenuante da menoridade na dosimetria da pena, em conformidade com o disposto no artigo 492, inciso I, alínea 'b', do CPP, diante das alterações introduzidas pela Lei n. 11.689/2008 [...] (Apelação Crime n. 70027675867, relª. Desa. Laís Rogéria Alves Barbosa, j. 30-7-2009).

Assim, no presente caso, devidamente reconhecida a atenuante da menoridade relativa e, ainda, considerando que esta relatora majorou a pena-base acima do mínimo legal, há que ser diminuída a reprimenda aplicada ao réu em 2 (dois) anos - de modo a equilibrar a necessidade de utilização do critério jurisprudencial de 1/6 (um sexto) na segunda fase dosimétrica e o respeito ao enunciado da Súmula 231 do STJ – resultando a pena, nesta etapa intermediária, em 12 (doze) anos de reclusão.

- TERCEIRA FASE

Na última fase da dosimetria, o Juiz Presidente, ante o reconhecimento da forma tentada do delito, considerando o *inter criminis* percorrido pelo agente relativamente à vítima Marcelo – que sofreu um ferimento cortante na mão esquerda e outro na região do lábio inferior, precisando levar pontos cirúrgicos (fl. 10) -, reduziu a reprimenda em 2/3 (dois terços).

Aqui, decidiu com acerto o julgador.

É cediço, na aplicação da causa de diminuição referente à tentativa, deve o juiz levar em consideração apenas e tão somente o *iter criminis* percorrido, ou seja, o percurso para a realização do crime, que vai da cogitação à consumação.

Assim, "tanto maior será a diminuição quanto mais distante ficar o agente da consumação, bem como tanto menor será a diminuição quanto mais se aproximar o agente da consumação do delito". Trata-se, pois, de uma causa de diminuição obrigatória, tendo em vista que se leva em conta o perigo que o bem jurídico sofreu, sempre diferente na tentativa se confrontado com o crime consumado (NUCCI, *op. cit.*, p. 187).

Este e. Tribunal de Justiça não destoa:

> [...] PROCESSUAL PENAL. JÚRI. RECURSO DE APELAÇÃO. CONDENAÇÃO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO PRIVILEGIADO (ART. 121, § 1º, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CP). DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO EM VIRTUDE

> DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA TENTATIVA EM SEU GRAU MÍNIMO DE 1/3. ITER CRIMINIS PRÓXIMO À CONSUMAÇÃO. REDUÇÃO FEITA DE FORMA ESCORREITA. RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> O critério para aferir a maior ou menor diminuição da pena, em virtude da causa de diminuição da tentativa (art. 14, II, do CP), é o *iter criminis* percorrido pelo réu, considerando-o próximo da consumação do delito. No caso, deve ser mantida a redução no mínimo, ou seja, 1/3 (um terço) pois o *iter criminis* aproximou-se da consumação do delito, tendo em vista que os agentes, além de causar o atropelamento da vítima, agrediram-na com pedras e pedaços de tijolos, e chutes, golpeando principalmente a sua cabeça, só não atingindo o intento homicida, por circunstâncias independentes de suas vontades (Apelação Criminal n. 2008.020121-1, de Mafra, rel. Des. Torres Marques, j. 23-5-2008).

Desta feita, vislumbra-se correta a diminuição operada pelo magistrado especificamente em relação à vítima Marcelo, tendo em vista que o delito ficou muito aquém da consumação e não resultou perigo de vida à vítima.

Assim, mantendo-se o redutor de 2/3 (dois terços) aplicado na sentença, resulta a reprimenda do réu pela prática do crime de tentativa de homicídio qualificado praticado contra a vítima Marcelo definitiva em *4 (quatro) anos de reclusão.*

2.2 TENTATIVA DE HOMICÍDIO PRIVILEGIADO – VÍTIMA ADEMIR ROGÉRIO DIAS

- PENA-BASE

In casu, o Juiz Presidente iniciou a dosimetria partindo do mínimo legal cominado no preceito secundário do art. 121, *caput*, do Código Penal, qual seja, 6 (seis) anos de reclusão, tendo em vista que o Conselho de Sentença não acatou as qualificadoras imputadas ao réu na pronúncia.

Nessa linha, na avaliação das circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal (fl. 218), o magistrado considerou todas favoráveis ao réu, fixando a pena-base no mínimo legal cominado para o delito.

Aqui, também reside a irresignação do órgão acusatório, pois afirma que devem ser consideradas desfavoráveis ao réu a sua culpabilidade e as consequências do delito, aplicando-se, ainda, o *quantum* de 1/6 (um sexto) para cada elementar negativa na majoração da reprimenda.

Primeiramente, no que se refere à culpabilidade, dessome-se que o entedimento aplicado ao crime de tentativa de homicídio qualificado que vitimou Marcelo não pode ser aqui adotado.

Isso porque, naquele caso, a culpabilidade do réu foi considerada acentuada porque as provas indicaram que ele agiu com premeditação ao tentar ceifar a vida da vítima Marcelo e, em relação ao crime que vitimou Ademir, o Conselho de Sentença reconheceu que o réu agiu sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação do ofendido, acatando, assim, a tese defensiva do homicídio privilegiado.

Logo, sendo ambas questões de natureza subjetiva - premeditação e violenta emoção – impossível inseri-las simultaneamente no dolo do agente, revelando-se uma verdadeira afronta à soberania dos vereditos concluir que o réu agiu com premeditação neste caso.

Nesse sentido, importante a lição de Guilherme de Souza Nucci:

> Premeditação e violenta emoção: incompatibilidade. O agente que planeja cuidadosamente a prática do delito não pode alegar, em hipótese alguma, estar violentamente emocionado, até por que a lei exige que o distúrbio emocional seja fruto da injusta provocação da vítima. Obviamente, além disso, há uma relação de imediatidade entre o ato da pessoa ofendida e a reação desencadeada no autor da agressão. Tal situação é inviável quando o agente tem tempo suficiente para premeditar o ataque (*op. cit.*, p., 607 – grifou-se).

Desta feita, sorte não assiste ao representante do Ministério Público nesse ponto.

Noutro norte, em relação às consequências do delito, consideradas normais pelo sentenciante, dessome-se que, de fato, devem ser computadas em desfavor do réu.

Sabe-se que as consequências que devem ser sopesadas na fixação da pena-base são aquelas que transcendem ao resultado típico, "que decorrem das circunstâncias particulares do caso concreto" (FRANCO, Alberto Silva (Coord.). Código Penal e sua interpretação, 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 347).

E, *in casu*, as consequências do delito, ainda que o crime tenha sido tentado, foram bastante graves. A vítima Ademir sofreu extensas lesões no abdômen em decorrência do golpe desferido pelo réu, sendo submetida a duas cirurgias, de grande porte, além de ficar hospitalizada por aproximadamente 5 (cinco) dias, conforme constam nos laudos periciais e termos de declaração (fls. 9, 13, 23, 63, 74 e 86).

Ademais, o crime gerou em Ademir um grande impacto psicológico, o qual lhe trouxe repercussões sociais e financeiras, pois a vítima, que era locatária da Boate Expresso 252 onde o crime ocorreu, afirmou que, *"após a data dos fatos, rescindiu o contrato de locação e não mais trabalhou com o citado estabelecimento"* (fl. 13).

Por oportuno, destaca-se da jurisprudência:

> APELAÇÃO CRIMINAL. JÚRI. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. ART. 121, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE VALORADA DESFAVORAVELMENTE EM RAZÃO DA INTENSIDADE DO DOLO. REPROVABILIDADE DA CONDUTA ÍNSITA AO PRÓPRIO TIPO PENAL. INCOMPATIBILIDADE COM O PRIVILÉGIO. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME QUE AUTORIZAM O

> AUMENTO DA REPRIMENDA. VÍTIMA QUE POSSUÍA ESPOSA E CINCO FILHOS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO NO GRAU MÍNIMO EM RAZÃO DO RESULTADO DA VOTAÇÃO DOS JURADOS. POSSIBILIDADE. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE A PROVOCAÇÃO E A AGRESSÃO QUE NÃO AUTORIZAM A REDUÇÃO NO MÁXIMO LEGAL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> No crime de homicídio privilegiado pela violenta emoção após injusta provocação da vítima, não é possível a majoração da pena com fulcro na intensidade do dolo, pois incompatível com o privilégio reconhecido pelo conselho de sentença.
>
> "Como 'conseqüências do crime', devem ser levados em conta não só a extensão do dano causado a partir da violação do bem jurídico protegido, como a prole desamparada e a dor moral causada aos parentes próximos da vítima no crime de homicídio" (TJSC, Apelação Criminal n. 97.008202-9 (34.186), de São Domingos, rel. Des. Subst. Nilton Macedo Machado, j. 31-3-98) [...] (Apelação Criminal n. 2007.062462-9, de Porto União, rel. Des. Subst. Victor Ferreira, j. 30-7-2008 – grifo nosso).

Desta feita, partindo-se do mínimo legal de 6 (seis) anos cominado ao crime de homicídio simples e majorando-se a pena em 1/6 (um sexto) em razão das consequências graves do delito, fixa-se a pena-base em 7 (sete) anos de reclusão.

- SEGUNDA FASE

Aqui, também busca o Ministério Público o afastamento da atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.

E, adotando-se os mesmos fundamentos expostos quando da análise da dosimetria relacionada ao crime praticado contra a vítima Marcelo, dessome-se que a referida atenuante deve ser excluída do cômputo da pena, tanto por não ter sido objeto dos debates em plenário, quanto por ter sido feita de forma qualificada pelo réu, o qual, embora tenha admitido a autoria do delito, alegou que não teve a intenção de ceifar a vida da vítima

e que agiu em legítima defesa, argumentos utilizados pela defesa a fim de embasar a tese de absolvição do acusado.

Por derradeiro, nesta etapa, conforme já debatido, deve ser mantida a atenuante da menoridade relativa, prevista no art. 65, I, do Código Penal e reconhecida pelo sentenciante, pois o réu era, ao tempo dos fatos, menor de 21 (vinte e um) anos de idade (fl. 21).

Assim, há que ser diminuída a reprimenda aplicada ao réu em 1 (um) ano - de modo a equilibrar a necessidade de utilização do critério jurisprudencial de 1/6 (um sexto) na segunda fase dosimétrica e o respeito ao enunciado da Súmula 231 do STJ – resultando a pena, nesta etapa intermediária, em 6 (seis) anos de reclusão.

- TERCEIRA FASE

Na última fase da dosimetria, o Juiz Presidente, ante o reconhecimento da forma tentada do delito, considerando o *inter criminis* percorrido pelo agente relativamente à vítima Ademir – que foi submetida a duas cirurgias de grande porte em razão do grave ferimento que sofreu no abdômen com o golpe de faca desferido pelo réu (fls. 9/16) -, reduziu a reprimenda em 1/2 (metade).

Nesse vértice, razão assiste ao representante ministerial quando pugna pela aplicação do redutor mínimo de 1/3 (um terço) previsto no art. 14, II, do Código Penal.

Isso porque dessome-se que o crime chegou muito próximo à consumação, pois a vítima foi atingida em região vital, correndo, pois, risco de vida em decorrência da perfuração abdominal.

Assim, aplicando-se o redutor de 1/3 (um terço), resulta a reprimenda, provisoriamente, em 4 (quatro) anos de reclusão.

Ainda nesta terceira etapa, considerando a incidência do privilégio – causa de diminuição de pena prevista no art. 121, § 1º, *in fine*, do Código Penal que foi reconhecida pelo Conselho de Sentença – o magistrado singular reduziu a reprimenda em 1/3 (um terço).

Nesse ponto, melhor sorte não logra a acusação quando almeja a aplicação da fração mínima de 1/6 (um sexto) estabelecida no § 1º do art. 121 do Código Penal.

Quanto ao grau de redução referente ao privilégio, é pacífico o entendimento no sentido de que referida causa especial diminuição de pena deve ser mensurada com base em critérios próprios, estabelecidos pelo dispositivo legal, ou seja, deve-se levar em consideração a relevância do valor moral ou social, a intensidade da emoção do réu e o grau de provocação da vítima.

Em outras palavras, uma vez reconhecido o privilégio pelo Tribunal do Júri, em homenagem ao princípio do livre convencimento, compete ao Juiz Presidente aplicar, fundamentadamente, o patamar de redução (nesse sentido: STJ - Habeas Corpus n. 100843/MS, rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, j. 4-5-2010 e Habeas Corpus n. 73219/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. 14-8-2007).

Assim, a redução da pena em seu patamar máximo de 1/3 (um terço) mostra-se proporcional e justificada. Isso porque, embora exista nos autos a versão da vítima Ademir, segundo a qual o réu simplesmente lhe golpeou com uma facada, não há como se afastar muito da decisão soberana do Conselho de Sentença que acolheu a versão defensiva de que a vítima veio de encontro com o réu quando este estava armado com a faca e, ao tentar segurá-lo, acabou recebendo o golpe, ou seja, o comportamento da vítima influenciou substancialmente na ação desproporcional do requerente e a violenta emoção se mostrou pujante.

Por corolário, mantendo-se o redutor de 1/3 (um terço) pelo privilégio, resta a pena pela prática do crime perpetrado contra a vítima Ademir quantificada em *2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão*.

2.3 CONTINUIDADE DELITIVA

Por fim, tratando-se de crimes da mesma espécie, em que, pelas condições de tempo, lugar e maneira de execução deve o subsequente ser havido como continuação do primeiro, o magistrado acertadamente reconheceu a continuidade delitiva entre os delitos (art. 71, *caput*, do Código Penal).

Para tanto, aplicou a mais grave das penas – relativa ao homicídio qualificado praticado contra a vítima Marcelo – e elevou-a em 1/6 (um sexto).

Desta feita, não merece acolhida o apelo do Ministério Público que visa a elevação em proporção maior que a de 1/6 (um sexto), pois, seguindo orientação desta Corte de Justiça, o aumento da sanção em razão do reconhecimento da continuidade delitiva deve se apoiar no número de delitos perpetrados pelo agente, percentual que deve variar de 1/6 (um sexto) até 2/3 (dois terços), tendo-se como base a reprimenda fixada ao crime de maior gravidade, vejamos:

> Em se tratando de dois delitos (1 + 1), o aumento será o de 1/6 (um sexto) sobre a pena imposta ao mais grave. Quando forem três crimes (1 + 2), será de 1/5 (um quinto), quando forem quatro (1 + 3), será de 1/4 (um quarto), cinco (1 + 4), será de 1/3 (um terço), seis (1 + 5), a 1/2 (metade), e, por fim, de 2/3 (dois terços), quando forem sete ou mais (1 + 6) (Apelação Criminal n. 2002.020543-0, rel. Des. Irineu João da Silva, j. 5-11-2002 – grifo nosso).

Mais recentemente, tem-se:

> [...] DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. INOCORRÊNCIA. CONTINUIDADE DELITIVA (DOIS CRIMES). AUMENTO NO PATAMAR MÍNIMO (1/6).

> PENA READEQUADA. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. MEDIDA NÃO RECOMENDÁVEL.
>
> [...] Considerando-se que a continuidade delitiva limitara-se à prática de dois delitos idênticos, a majoração deverá se operar no fracionamento previsto no *caput* to art. 71 do CP, qual seja, em 1/6. [...] (Apelação Criminal n. 2010.036013-4, de Balneário Camboriú, rela. Desa. Salete Sommariva, j. 18-4-2011 – grifou-se).

Assim, tomando-se por base a pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos de reclusão fixada à tentativa de homicídio qualificado que vitimou Marcelo e mantendo-se o patamar de 1/6 (um sexto) para elevar a reprimenda, torno-a definitiva em *4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão*, a ser cumprida em regime inicialmente fechado.

Este é o voto.

Apelação Criminal n. 2012.061335-4, de Santa Cecília

Relator: Des. Newton Varella Júnior

> APELAÇÃO CRIMINAL. MAUS-TRATOS (ART. 136, CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGÊNCIA DA DEFESA.
>
> PRELIMINAR. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO, NA FORMA RETROATIVA (ART. 110, CP). INVIABILIDADE. PRAZO PRESCRICIONAL NÃO SUPERADO ENTRE OS MARCOS INTERRUPTIVOS.
>
> MÉRITO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. ACOLHIMENTO. PADASTRO QUE, A TÍTULO DE CORREÇÃO DISCIPLINAR DA ENTEADA, DESFERE-LHE ALGUMAS CHINELADAS. CONDUTA QUE, APESAR DE NÃO RECOMENDÁVEL, NÃO EXPÔS A PERIGO A VIDA OU A SAÚDE DA CRIANÇA. FATO ISOLADO E BOM RELACIONAMENTO FAMILIAR EVIDENCIADO NOS AUTOS. AUSÊNCIA DE ABUSO APTO A CONFIGURAR O DELITO. ABSOLVIÇÃO DECRETADA (ART. 386, III, CPP). RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2012.061335-4, da comarca de Santa Cecília (Vara Única), em que é apelante G. M., e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Exma. Sra. Desa. Marli Mosimann Vargas, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Paulo Roberto Sartorato. Funcionou pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 9 de outubro de 2012.

Newton Varella Júnior
RELATOR

RELATÓRIO

G. M. foi condenado pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Santa Cecília, nos autos da Ação Penal n. 056.10.001184-0, à pena de 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de detenção, em regime inicial aberto, pela prática do crime descrito no art. 136 do Código Penal, tendo sido a pena privativa de liberdade substituída por 1 (uma) restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária.

O réu interpôs apelação criminal, suscitando, em preliminar, a prescrição da pretensão punitiva estatal, na forma retroativa. No mérito, pretende a sua absolvição, alegando que não restou comprovado o dolo de causar dano físico à vítima, salientando ainda que o depoimento da Conselheira Tutelar ouvida nos autos foi tendencioso, de sorte que deve prevalecer o princípio do *in dubio pro reo*.

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. Paulo Roberto Speck, opinado pelo conhecimento e provimento do reclamo para absolver o acusado.

VOTO

Inicialmente, cumpre assinalar que, não obstante o crime pelo qual o recorrente foi denunciado e condenado (art. 136, CP) seja considerado infração de menor potencial ofensivo (art. 61, Lei n. 9.099/1995), observa-se que o feito tramitou perante o Juízo comum e sob o rito procedimental comum ordinário, de sorte que a competência para a apreciação da presente insurgência recursal passa a ser desta Corte, e não da Turma de Recursos, conforme remansosa jurisprudência nesse sentido (STF, HC n. 88.286, Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 23.5.2006; STJ, HC n. 75.140, Relatora Min. Laurita Vaz, julgado em 17.9.2009; TJSC,

Apelação Criminal n. 2009.012544-0, Relatora Desa. Marli Mosimann Vargas, julgada em 17.11.2009).

Desta feita, presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso deve ser conhecido.

1. Preliminar

A sentença condenatória transitou em julgado para a acusação em 30.4.2012 - representante do Ministério Público intimada em 25.4.2012 (fl. 49), sem interposição de recurso.

E o Código Penal dispunha à época dos fatos (antes das alterações dadas pela Lei n. 12.234/2010):

> Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.
>
> § 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.

No caso, tendo em vista que a pena privativa de liberdade aplicada em concreto ao recorrente foi de 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de detenção, tem-se o prazo prescricional de 2 (dois) anos, conforme também estabelecia à época do delito o art. 109, VI, do Código Penal (hoje modificado pela Lei n. 12.234/2010), lapso este que não restou superado entre os marcos interruptivos previstos no art. 117 do mesmo diploma, ou seja, entre a data dos fatos (outubro de 2009) e a do recebimento da denúncia (2.3.2011, fl. 22), bem como entre esta data e a da publicação da sentença condenatória (25.4.2012, fl. 49).

Portanto, não há se falar em prescrição da pretensão punitiva estatal, na forma retroativa.

2. Mérito

Narra a denúncia, em síntese, que, no mês de outubro de 2009, o apelante expôs a perigo a saúde de sua enteada G. C. B. K., que tinha 7 (sete) anos de idade e sobre a qual exercia autoridade para o fim de educação, ao bater-lhe com um chinelo, causando-lhe lesões físicas.

O réu, então, foi denunciado e, ao fim, condenado pelo crime de maus-tratos tipificado no art. 136 do Código Penal, que diz:

> Art. 136 - 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.

O presente caso, como se vê, versa sobre a última hipótese descrita no tipo penal, isto é, expor a perigo a saúde de pessoa sob sua autoridade para fim de educação abusando de meios de correção ou disciplina.

Com efeito, a Conselheira Tutelar Ivaldéris Silva Collaço Scolaro, responsável pelo registro do Boletim de Ocorrência (fl. 04), confirmou tanto na Delegacia quanto em Juízo que, após receber uma ligação telefônica sobre o ocorrido, foi à escola em que a criança estudava e viu nela as marcas das chineladas (fl. 10 e CD à fl. 44).

O Levantamento Fotográfico às fls. 11/12 e o Auto de Exame de Corpo Delito à fl. 13 demonstram efetivamente que a menor apresentava eritema ("vermelhidão") na região do abdômem e direita do maxilar.

No entanto, o teor do conjunto probatório produzido nos autos revela que os fatos não configuraram o delito em questão.

Antes de tudo, importa mencionar a ponderação de Rogério Greco:

> Muito se discute, hoje em dia, se os pais devem ou não corrigir seus filhos, aplicando-lhes, em algumas ocasiões, castigos corporais. Mesmo correndo o risco de ser criticado, acredito que algumas correções moderadas não traumatizam a criança (*Código Penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 340/341).

Cezar Roberto Bitencourt igualmente adverte:

> O corretivo aplicado pelo pai que resulta em leves escoriações ou hematomas, não afetando a saúde do menor, nem colocando em risco sua vida, não caracteriza o excesso do *jus corrigendi* (*Código Penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 508).

Vale citar, também, trecho do acórdão proferido na Apelação Criminal n. 2011.051366-6, julgada em 13.9.2011, de relatoria do Desembargador Tulio Pinheiro, que bem explorou o assunto:

> [...] 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.

Eis a ementa desse julgado:

> 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.

No mesmo sentido:

> APELAÇÃO CRIMINAL - DELITO DE MAUS-TRATOS - PAI QUE, VISANDO À CORREÇÃO DA FILHA MENOR, DESFERE-LHE DUAS CINTADAS - PLEITO ABSOLUTÓRIO - VIABILIDADE - CONDUTA QUE, EM QUE PESE NÃO SER ADEQUADA, FOI REALIZADA DE FORMA MODERADA E NÃO EXPÔS A PERIGO A SAÚDE OU A VIDA DA INFANTE - ABSOLVIÇÃO DECRETADA - RECURSO PROVIDO (Apelação Criminal n. 2011.062037-0. Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho. Julgada em 8.11.2011).

No caso, colhe-se que a mãe da criança, S. M. B., e o recorrente iniciaram relacionamento cerca de 4 (quatro) anos antes do ocorrido, sendo que já estavam residindo juntos há 3 (três) anos, período este no qual o acusado vinha exercendo autoridade sobre a menor.

E segundo S. M. B. explicou ao Magistrado *a quo* (CD à fl. 52), o motivo pelo qual o recorrente bateu na sua filha foi que a depoente havia pedido para ela ir à farmácia pagar uma conta de R$ 80,00 (oitenta reais), porém logo após o farmacêutico ligou para perguntar se eram apenas R$ 70,00 (setenta reais) que a depoente enviara, de modo que, ao perceber que a menor retera R$ 10,00 (dez reais), fato este que vinha se repetindo algumas vezes, o réu chamou a criança para lhe falar que aquilo era errado, instante em que proferiu algumas chineladas, afirmando ainda que era costume sua filha debochar e não ouvir o que os pais lhe falavam a respeito (00'45" a 02'16").

De outro lado, observa-se que, assim como o recorrente afirmou na Delegacia e em Juízo (fls. 08 e CD à fl. 52), tanto a menor quanto sua genitora, também nas duas fases instrutórias (fls. 06 e 09, e CDs às fls. 44

e 52), esclareceram que foi a primeira vez que o réu efetuou este tipo de repreensão (agressão física).

Aliás, diga-se que a própria Conselheira Tutelar esclareceu, na etapa judicial, que nunca soube de qualquer tipo de agressão sofrida pela menor anteriormente.

Também é importante destacar outras circunstâncias observadas nos autos.

Ao ser indagada pelo MM. Juiz acerca do relacionamento com seu padastro, a criança respondeu que "é legal, eu gosto de ficar com ele", bem como que ele sempre conversa quando quer educar (00'31" a 01'03"). Disse também que gosta dos seus pais porque "eles são legais" e lhe tratam bem em casa, que gosta de estudar e que as vezes faz arte, mas o apelante conversa e a depoente não faz mais (04'10" a 04'38"). Por fim, mencionou que não lembrava muito bem dos fatos ou de ter chorado no momento das chineladas (01'03" a 02'34" e 05'09" a 05'42"), ressaltando que o acusado pediu desculpas e ficou chateado com o ocorrido, pois ele reconheceu que exagerou um pouco (04'39" a 05'05").

A mãe da menor esclareceu, também em Juízo, que o recorrente não teve a intenção de lesionar a sua filha, e sim apenas instrui-la, tampouco pôs em risco a saúde física ou psicológica dela (02'16" a 02'50"), até porque, no momento das chineladas, não ficou qualquer marca visível, sendo que a criança ainda brincou naquela noite, viu televisão, tomou banho e foi dormir, tendo sido notada a escoriação apenas no dia seguinte, quando ela chegou na escola (04'54" a 06'25").

No mais, S. M. B. disse que considera o apelante um ótimo pai, que ele possui em bom relacionamento com a criança, que ele sempre ajuda nas tarefas escolares e com ela brinca, nunca tendo deixado faltar nada em casa, seja materialmente, seja afetivamente (00'19" a 00'45" e 03'54" a 04'24").

Aliás, S. M. B. já havia registrado na Delegacia que o apelante trata a criança "como se fosse sua filha".

Tem-se, ainda, o depoimento judicial da testemunha A. P. A. L. F. (CD à fl. 44), a qual afirmou que reside próximo ao casal e o conhece há 3 (três) anos, bem como que frequenta a sua residência uma vez por semana para realizar serviços de manicure na mãe da menor, sendo que nunca viu ou soube de nada a respeito de esta sofrer qualquer tipo de agressão física ou psicológica, salientando inclusive que inicialmente pensava que a criança era filha natural do réu, diante do relacionamento de ambos.

Portanto, fica evidente que, muito embora não seja conduta das mais adequadas para o exercício do *jus corrigendi* ou *disciplinandi* por quem detém autoridade sobre a pessoa, as chineladas aplicadas pelo apelante, no presente caso, consubstanciou-se em mero exagero do método de educação, cujas consequências, ao menos do que se extrai dos autos, não se mostraram de qualquer gravidade significativa a ponto de expor a perigo a saúde da criança, circunstância esta, inclusive, confirmada pelo perito (item 5 do referido Auto de Exame de Corpo Delito).

A propósito, não diferente foi o entendimento esposado pela Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 84/93):

> Compulsando os autos, observa-se que a conduta do apelante não feriu suficientemente o bem jurídico tutelado pelo tipo penal em análise. Ou seja, não estão presentes todos os elementos necessários para que se tipifique o comportamento do apelante como contrário aos preceitos jurídicos do dispositivo penal acima mencionado. Destarte, não há, no caso dos autos, o elemento subjetivo do tipo próprio ou dolo específico (vontade consciente de maltratar o sujeito passivo, de forma a expor-lhe a vida ou a saúde) mas tão somente o exercício moderado do *jus corrigendi*.
>
> [...]
>
> Destaca-se que o laudo pericial constatou a presença de eritema (fl. 13) na infante, ou seja, vermelhidão que não se coaduna com

> ferimentos capazes de representar risco ou perigo à sua vida ou saúde física e mental.
>
> Nesse contexto, as chineladas aplicadas pelo apelante na enteada, por mais antipedagógicas que possam parecer num primeiro momento, não configuram, *permissa venia*, o delito de maus tratos.

Por todas estas razões, é de ser acolhido o pleito absolutório, uma vez que os fatos não configuraram o delito de maus-tratos.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento do recurso e pelo seu provimento para, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal, absolver o réu.

INQUÉRITO

Inquérito n. 2011.013492-7, de Otacílio Costa

Relator: Des. Carlos Alberto Civinski

INQUÉRITO. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA (CF, ART. 29, X). DENÚNCIA OFERECIDA CONTRA PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PALMEIRA/SC PELA PRÁTICA DOS CRIMES DOS ARTS. 90 E 92 DA LEI 8.666/1993 E ART. 299 DO CÓDIGO PENAL EM CONCURSO MATERIAL. CONTINÊNCIA POR CUMULAÇÃO SUBJETIVA (CPP, ART. 78, III C/C VERBETE 704 DA SÚMULA DO STF) EM RELAÇÃO A CONTADOR MUNICIPAL A QUEM SE IMPUTA PRÁTICA DO CRIME DO ART. 92 DA LEI 8.666/1993.

ADMISSIBILIDADE DA DENÚNCIA. DEFESA PRÉVIA MANIFESTAMENTE INTEMPESTIVA. INOBSERVÂNCIA DO PRAZO DE 15 DIAS (LEI 8.038/90, ART. 4º). IRREGULARIDADE QUE NÃO IMPEDE ANÁLISE DAS TESES DEFENSIVAS. IMPOSSIBILIDADE DE ARROLAR TESTEMUNHAS.

INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO VERIFICADA. NARRAÇÃO DOS FATOS PERMITE DEPREENDER ELEMENTOS NORMATIVOS DO CRIME PREVISTO NO ART. 90 DA LEI 8.666/1993.

IMPOSSIBILIDADE DE REJEIÇÃO DA DENÚNCIA PELA AUSÊNCIA DE DOLO DOS ACUSADOS. MATÉRIA DE MÉRITO QUE NÃO PERMITE DEFINIÇÃO NESSA FASE PROCESSUAL. NECESSIDADE DE APURAÇÃO DURANTE A INSTRUÇÃO.

RECEBIMENTO DA DENÚNCIA QUANTO AO CRIME PREVISTO NO 92 DA LEI 8.666/1993. A OBSERVÂNCIA DO LIMITE MÁXIMO TEMPORAL FIXADO NO ART. 57, II DA LEI 8.666/1993 PRORROGAÇÃO DO CONTRATO ADMI-

NISTRATIVO NÃO SIGNIFICA POR SI SÓ QUE INEXISTIU ILEGALIDADE DA CONDUTA.

AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA O ERÁRIO NÃO CONSTITUI ELEMENTAR DOS CRIMES IMPUTADOS NA DENÚNCIA. RELEVÂNCIA DA ALEGAÇÃO APENAS PARA A FASE DE APLICAÇÃO DA PENA. DENÚNCIA RECEBIDA INTEGRALMENTE.

DENÚNCIA DESCREVE ADEQUADAMENTE AS CONDUTAS IMPUTADAS (CPP, ART. 41). JUSTA CAUSA COMPROVADA. POSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DO PROCESSO CRIMINAL. INEXISTÊNCIA DE QUAISQUER DAS HIPÓTESES DE REJEIÇÃO DA DENÚNCIA OU ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. (CPP, ARTS. 43 E 395, I, II E III). NÃO CABIMENTO DA IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO (LEI 8.038/1990, ART. 6º). RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

- A intempestividade da defesa prévia, prevista no art. 4º da Lei 8.038/1990, apresentada pelos acusados não impede a análise das teses defensivas, porém gera preclusão quanto à possibilidade de arrolar testemunhas.

- A denúncia que narra todas as elementares normativas do tipo penal, observando o conteúdo positivo e negativo da imputação, deve ser admitida por observar o disposto no art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal c/c arts. 41 e 395, ambos do Código de Processo Penal.

- É adequado o recebimento da denúncia quando os elementos probatórios evidenciam que o Prefeito Municipal frustrou o caráter competitivo da licitação ao permitir que a empresa de funcionário público que oficiou no procedimento de licitação participasse do procedimento licitatório de modo privilegiado, ocasionando-lhe vantagem com a adjudicação do contrato.

- Não compete ao Ministério Público demonstrar de maneira exauriente na fase do oferecimento da denúncia o dolo do agente, basta que traga elementos mínimos probatórios que evidenciem a conduta delituosa.

- A aparente observância do prazo máximo para prorrogações contratuais constante no art. 57, II da Lei 8.666/1993 não implica em legalidade da conduta administrativa que demanda a análise de outros requisitos legais.

- A eventual ausência de prejuízo ao erário não impede o recebimento da denúncia quando não constitui elementar dos crimes imputados na denúncia, tendo incidência, quando muito, na fase de aplicação da pena.

- Denúncia recebida integralmente.

AFASTAMENTO CAUTELAR DO PREFEITO MUNICIPAL. REGIME JURÍDICO DIFERENCIADO DO AGENTE POLÍTICO. PREFEITO MUNICIPAL NÃO GOZA DE REGIME CONSTITUCIONAL MAIS BENÉFICO QUE O PRESIDENTE DA REPÚBLICA. EXEGESE DO ART. 86, § 1º, I C/C ART. 29 AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA QUE ACARRETA AFASTAMENTO CAUTELAR. FIXAÇÃO DE LIMITE TEMPORAL PARA EVITAR USURPAÇÃO DA SOBERANIA POPULAR.

- O recebimento de denúncia contra prefeito municipal implica no afastamento cautelar do agente por prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, conforme art. 86, § 1º, I c/c art. 29 , ambos da Constituição Federal.

- O funcionário público municipal que pratica, em tese, infração penal, deve ser afastado do exercício do cargo público durante o curso das investigações.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Inquérito n. 2011.013492-7, da comarca de Otacílio Costa (Vara Única), em que são indiciados Osni Francisco de Souza e outro:

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, receber a denúncia oferecida em face de Osni Francisco de Souza pela prática dos crimes previstos nos artigos 90 e 92 da Lei 8.666/1993 e do art. 299 do Código Penal, em concurso material e, também, receber a denúncia contra Antonio Pires Burg pela prática da conduta prevista no art. 90 da Lei 8.666/1993. Determinou-se, ainda, o afastamento cautelar do réu Osni Francisco de Souza do cargo de prefeito municipal pelo prazo de até 180 dias e de Antonio Pires Burg por 180 dias, prorrogáveis. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, a Exma. Sra. Desa. Marli Mosimann Vargas, presidente, e o Exmo. Sr. Des. Newton Varella Júnior. Funcionou como Representante do Ministério Público o Exmo Sr. Dr. Robison Westphal. Observações: Sustentação oral pela Dra. Vera Lúcia Ferreira Copetti (Procuradora) e Dr. Rubens Cabral Faria Júnior.

Florianópolis, 17 de julho de 2012.

Carlos Alberto Civinski
RELATOR

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, por intermédio de seu Procurador Geral de Justiça, fulcrado no artigo 129, inciso I da Constituição Federal e com base no Procedimento de Investigação Criminal 21/2009/GEAP/MPSC e anexo protocolo 388/2005/CMA, ofereceu denúncia em face de Osni Francisco de Souza e Antonio Pires Burg, pela prática, em tese, dos crimes capitulados nos artigos 90 e 92 da Lei 8.666/93

e artigo 299, *caput*, do Código Penal, na forma do artigo 69 deste diploma legal, assim descritos na exordial acusatória:

1º FATO - Em 3.3.2005, o município de Palmeira, SC, lançou o processo licitatório n. 15/2005, na modalidade convite, destinado à contratação de assessoria contábil, financeira e administrativa às Secretarias de Finanças e Administração. Ao certame, foram convidados a participar as empresas AM Assessoria e Consultoria Ltda; MAPA Assessoria e Consultoria Tributária Ltda; Audithare Consultoria e Assessoria Ltda. E Grafit e Cia, tendo todas cotado preços.

Após o julgamento das propostas, saíram vitoriosas as empresas AM Assessoria e Consultoria Ltda. e Grafit S/C e Cia, aquela para prestar serviços de assessoria e consultoria contábil pelo valor de R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), e esta para prestar serviços de assessoria e consultoria administrativa no valor de R$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais) mensais.

Salienta-se que a empresa vencedora AM Assessoria e Consultoria Ltda é de propriedade de Antonio Pires Burg, o qual, segundo os processos licitatórios constantes nos autos que instruem o presente , figurava como "contador municipal" emitindo os pareceres contábeis nos certames, inclusive no que sua empresa figurou como vencedora, sendo os valores cotados pelas empresas que concorriam à prestação de serviços contábeis muito próximos (R$ 3.500,00, R$ 3.600,00 e R$ 3.700,00), de modo a indicarem, tais fatos, direcionamento da licitação.

Adjudicados os objetos, o contrato foi entabulado com vigência inicial até 31.12.2005 para ambas prestadoras de serviços públicos. Advindo seu termo, foi rescindido o contrato mantido com a empresa Grafit S/C e Cia, prorrogando-se, sucessivamente (1º.1.2006 a 31.12.2006, 1º.1.2007 a 31.12.2007, 1º.1.2008 a 31.12.2008, 1º.1.2009 a 31.12.2009 e

1º.1.2009 a 14.3.2010), o contrato mantido com a empresa AM Assessoria e Consultoria Ltda.

Além das prorrogações do prazo de vigência do contrato entabulado, foram reajustados os pagamentos efetuados pela municipalidade em três ocasiões distintas, elevando-se o valor inicialmente fixado para R$ 3.850,00 (três mil, oitocentos e cinquenta reais) em 2007, R$ 4.071,11 (quatro mil, setenta e um reais e onze centavos) em 2009 e 4.238,58 (quatro mil, duzentos e trinta e oito reais e onze centavos) em 2010, sem que houvesse qualquer previsão legal ou contratual, tudo com o assentimento e a concordância do prefeito municipal, ora denunciado.

Assim procedendo, o Alcaide municipal e Antonio Pires Burg frustaram, mediante combinação, o caráter competitivo da licitação, com o intuito de que a empresa do referido contador obtivesse vantagem na adjudicação do objeto da licitação, eis que o Prefeito Municipal permitiu que membro do certame, responsável pela emissão do parecer contábil, participasse da concorrência de modo privilegiado, possibilitando, ainda, a prorrogação contratual do contrato de prestação de serviços entabulado, com o reajuste do valor inicialmente fixado, sem que houvesse qualquer previsão legal ou contratual que no autorizasse.

2º FATO - Ao ser instado a se manifestar acerca da regularidade das contratações de prestadores de serviços de assessoria jurídica, contábil e administrativa ocorridas no ano de 2005, justificou o primeiro denunciado que não havia, no quadro de servidores do município no ano de 2005, advogado ou contador admitido.

Nos autos, no entanto, é possível se verificar, em ambos processos licitatórios dos autos que instruem a presente, que existe parecer contábil emitido pelo contador municipal Antônio Pires Burg, conforme assinaturas apostas tais documentos.

Da mesma forma, consta no processo licitatório n. 18/2005, um parecer da assessoria jurídica que acompanhou todo o certame, fatos que demostram que o primeiro denunciado inseriu declaração falsa em documento público (of. N. 83/2009/Gab Jur), com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Assim agindo, OSNI FRANCISCO DE SOUZA incorreu no preceito primário das normas penais incriminadoras descritas nos artigos 90 e 92 da Lei 8.666/93 e do artigo 299 do Código Penal, na forma do artigo 69 do mesmo estatuto repressivo, bem como ANTONIO PIRES BURG incorreu na sanção prevista no artigo 90 da lei n. 8.666/1993. (fls. II/IV)

A denúncia encontra-se instruída com os documentos de fls. 02-428.

Os indiciados, devidamente notificados nos termos do artigo 4º, §1º da Lei 8.038/90, apresentaram resposta, na qual consta pedido de total improcedência, rejeição e arquivamento da denúncia, sob os seguintes fundamentos (fls. 449-453):

a) não foi cometida nenhuma infração aos artigos 90 e 92 da Lei 8.666/93 em relação à abertura, homologação e execução do objeto da licitação convite 15/2005 do Município de Palmeira/SC;

b) atipicidade da conduta, porquanto o Ministério Público, em momento algum, apontou ajuste, combinação ou qualquer outro expediente ocorrido entre as empresas convidadas a participar do certame licitatório 15/2005, ou destas com a Administração Pública Municipal de Palmeira/SC, com o objetivo de frustar ou fraudar o caráter competitivo da licitação, ou para obtenção pela AM Assessoria e Consultoria Ltda, de vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação;

c) o parecer contábil de fls. 167, assinado pelo denunciado Antônio Pires Burg em data de 3.2.2005, na condição de contador do Município interessado na licitação convite 15/2005, não torna o fato típico, uma

vez que o referido parecer limitou-se a atestar a existência de recursos orçamentários para pagamento das obrigações financeiras que seriam contraídas pela Administração Pública Municipal do município de Palmeiras/SC, com a adjudicação do objeto da referida licitação em favor da empresa AM Assessoria e Consultoria Ltda, vencedora do certame.

Asseveram, também, que o fato de o Contrato de Prestação de Serviços de fls. 231/232, datado de 15.03.2005, ter sido prorrogado por cinco vezes pelas partes interessadas (fls. 273, 274, 275, 276 e 277), não infringiu o disposto no artigo 92 da Lei 8.666/93, porquanto há previsão legal para tanto, consoante inciso II, do artigo 57 da referida lei, bem como na cláusula 3ª do Contrato de Prestação de Serviços de fls. 231/232 e, especialmente, por tratar-se de contrato de prestação de serviços contábeis à Prefeitura Municipal de Palmeira/SC, no período de 15.03.2005 a 14.03.2010, os quais não poderiam sofrer solução de continuidade pela natureza dos próprios serviços, sem os quais a Administração Pública Municipal de Palmeiras/SC ficaria inviabilizada.

Relativamente aos ilícitos penais previstos nos artigos 90 e 92 da Lei 8.666/93, esclarecem os denunciados que, caso tenha havido algum erro formal por parte da Administração Pública Municipal de Palmeira/SC, ao não renovar o processo licitatório de fls. 166 e seguinte dos autos, referido erro não pode ter o alcance pretendido pelo Ministério Público na exordial acusatória, isto porque não houve nenhum prejuízo material a municipalidade interessada na manutenção dos serviços prestados pela AM Assessoria e Consultoria Ltda, conforme aduzido às fls. 271/272.

Já em relação ao crime tipificado no artigo 299 do Código Penal, este imputado somente em face do prefeito municipal Osni Francisco de Souza, alega-se que não há inserção de declaração falsa na informação prestada à fl. 129, posto que feita com base nas informações prestadas

pelo Departamento de Pessoal do Município de Palmeira/SC, conforme consta à fl. 247.

Vieram os autos conclusos em 20.05.2011.

Este é o relatório.

VOTO

Da competência jurisdicional

A denúncia imputa ao Prefeito do Município de Palmeira/SC a prática de infrações penais, sendo que um dos crimes conexos também foi imputado a funcionário público municipal ocupante do cargo de contador.

A competência para processar e julgar ocupante do cargo público de Prefeito Municipal, a teor do art. 29, X e 125, § 1º, ambos da Constituição Federal c/c art. 83, XI, 'b' da Constituição do Estado de Santa Catarina.

A competência interna do Tribunal de Justiça foi disciplinada no Ato Regimental 2/89 que afetava a matéria às Câmaras criminais Reunidas:

> Art. 9º - Compete às Câmaras Criminais Reunidas:
>
> I - processar e julgar:
>
> a) os Prefeitos Municipais nos crimes comuns e de responsabilidade;

O Ato Regimental 7/90 modificou a competência interna, distinguindo os crimes dolosos contra a vida dos demais crimes:

> Art. 1º - O processo e julgamento dos Prefeitos Municipais, nos crimes comuns e de responsabilidade, de competência das Câmaras Criminais Isoladas, obedecerá às normas procedimentais instituídas pela Lei n. 8.038, Título I, Capítulo I, de 28 de maio de 1990.
>
> Parágrafo único - Nos crimes dolosos contra a vida, os Prefeitos Municipais serão julgados pelas Câmaras Criminais Reunidas.

A partir do Ato Regimental 85/07 modificou-se a nomenclatura das Câmaras Criminais Reunidas:

> Art. 6º As Câmaras Criminais Reunidas passam a ser denominadas de Seção Criminal.

Atualmente, portanto, a imputação da prática de crime doloso contra a vida praticado por prefeito municipal deverá ser apreciada pela Seção Criminal, enquanto que os demais crimes serão processados e julgados perante os respectivos órgãos fracionários do Tribunal.

No caso em apreço, a denúncia não se refere a crime doloso contra a vida, de modo que adequado o processamento do feito sob rito da Lei 8.038/1990 perante esta Câmara Criminal.

A denúncia imputa a prática de crime contra a lei de licitação também a funcionário público municipal que não detém prerrogativa de foro.

Em caso dessa natureza, por força da continência por cumulação subjetiva prevista no art. 78, III do Código de Processo Civil, faz-se mister que a jurisdição de maior graduação atraia a competência para o julgamento em relação ao agente que não detém prerrogativa de foro.

O Supremo Tribunal Federal assentou a inexistência de violação a direito fundamental, conforme enunciado 704 da súmula:

> Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados.

Dessa forma, o processo em relação a ambos deve ser processado perante esta Câmara Criminal ante a desnecessidade de desmembramento (CPP, art. 80).

Do recebimento da denúncia

O rito processual para o processamento do feito deve obedecer as regras da Lei 8.038/1990, por força do art. 1º da Lei 8.658/1993 que assim dispõe:

> Art. 1° As normas dos arts. 1° a 12, inclusive, da Lei n° 8.038, de 28 de maio de 1990, aplicam-se às ações penais de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e dos Tribunais Regionais Federais.

Os acusados foram notificados no dia 14/04/2011, conforme certidões de fls. 384v e 385v.

Os mandados foram juntados aos autos no dia 04/05/2011 (fl. 383v) e a defesa prévia protocolizada no dia 23/05/2011.

A defesa apresentada pelos acusados é manifestamente intempestiva por inobservância do prazo de 15 dias estabelecido no art. 4º, caput da Lei 8.038/1990.

É cediço que, na contagem de prazo no processo penal, devemos observar o disposto no verbete 710 da súmula do STF:

> No processo penal, contam-se os prazos da data da intimação, e não da juntada aos autos do mandado ou da carta precatória ou de ordem.

A defesa prévia apresentada mais de um mês após a notificação é, portanto, manifestamente intempestiva.

Impõe-se perguntar, o exame do recebimento da denúncia de crime imputado a prefeito municipal é válido ante a ausência de defesa prévia apresentada tempestivamente?

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a ausência da defesa prévia prevista no art. 4º da Lei 8.038/1990 constitui nulidade absoluta:

> HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DOS PREFEITOS. AUSÊNCIA

DE DEFESA PRELIMINAR. NOTIFICAÇÃO, APENAS, DO ADVOGADO CONSTITUÍDO DO ACUSADO, POR MEIO DA IMPRENSA OFICIAL. OBRIGATORIEDADE DE NOTIFICAÇÃO DO ACUSADO. NULIDADE ABSOLUTA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Apresentada a denúncia ao Tribunal, far-se-á a notificação do acusado para apresentar resposta preliminar. É patente o constrangimento ilegal quando existe apenas publicação no Diário de Justiça, em nome do advogado constituído do denunciado.

2. A ausência de defesa preliminar constitui nulidade absoluta, porque desrespeita o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, encerrando inegável prejuízo ao acusado.

3. Habeas corpus concedido para declarar a nulidade ab initio do processo instaurado em desfavor do Paciente, desde o despacho de recebimento da denúncia, determinando sua notificação pessoal para oferecer defesa preliminar, nos termos do disposto no art. 4º da Lei n.º 8.038/90 (HC 99.056/PR, 5ª Turma, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, j. em 18.12.2008, v.u).

HABEAS CORPUS. ART. 1º, XIV, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. DENÚNCIA. RESPOSTA À ACUSAÇÃO APRESENTADA PELO PRÓPRIO RÉU. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA DE ADVOGADO CONSTITUÍDO. FALTA DE DEFESA TÉCNICA. NULIDADE ABSOLUTA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Hipótese em que o paciente, Prefeito Municipal, foi denunciado perante a Corte estadual como incurso 1º, XIV, do Decreto-lei n. 201/67. Devidamente notificado, apresentou defesa de próprio punho, sem possuir, contudo, capacidade postulatória. A despeito disso, o Tribunal de origem acatou a aludida peça processual, sem nomear defensor ao réu, e designou data para o julgamento, ocasião em que recebeu a denúncia, sem que o réu tivesse advogado constituído nos autos.

2. É evidente a ilegalidade do acórdão, pois o paciente não poderia responder aos atos judiciais desamparado de defesa técnica. Diante da inércia em constituir advogado, seria imprescindível a nomeação de defensor dativo para a apresentação ou ratificação da peça defensiva assinada pelo próprio réu. Ademais, é imprescindível

> a intimação do defensor para a sessão de recebimento da peça acusatória.
>
> 3. É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça no sentido de ser absolutamente nula, "por cerceamento de defesa, a realização de sessão em que se delibera acerca do recebimento ou rejeição da denúncia, nos casos de ação penal originária, sem a prévia intimação regular do acusado e de seu defensor".
>
> 4. Habeas corpus concedido para anular o ato de recebimento da denúncia nos autos da Ação Penal Originária nº 004415/2006, para que o defensor constituído pelo paciente apresente resposta à acusação e seja devidamente intimado para a sessão de recebimento da peça acusatória (HC 110.311/MA, 6ª Turma, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, j. em 16.08.2011, v.u)

Portanto, ressalvando meu ponto de vista pessoal, em atendimento ao princípio da instrumentalidade das formas, bem como o disposto no art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal, passo a apreciar os termos da defesa prévia intempestiva para evitar qualquer prejuízo para o exercício do direito de defesa dos acusados.

Destaco todavia, que tal circunstância tem o condão de gerar preclusão quanto à possibilidade de arrolar testemunhas.

Nesse sentido, cito precedente desta Câmara da lavra da eminente Desembargadora Marli Mosimann Vargas:

> TERMO CIRCUNSTANCIADO. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DENÚNCIA OFERECIDA CONTRA PREFEITO MUNICIPAL CRIME AMBIENTAL. ART. 60 DA LEI N. 9.605/98.
>
> PRELIMINARES.
>
> DEFESA PRELIMINAR OFERTADA EXTEMPORANEAMENTE. PEÇA FACULTATIVA. MERA IRREGULARIDADE. RECEBIMENTO. INDEFERIMENTO, TODAVIA, DA OITIVA DAS TESTEMUNHAS ARROLADAS. […] (Grifado agora) (Termo Circunstanciado 2010.018739-6, 1ª Câmara Criminal, Rel.ª Des.ª Marli Mosimann Vargas, j. em

30.11.2010, v.u - votaram ainda o Des. Hilton Cunha Júnior e Des. Newton Varella Júnior)

Na defesa prévia, às fls. 391-394, os acusados alegaram, em síntese, que:

i) a denúncia não apontou nenhum ajuste, combinação ou qualquer outro expediente ocorridos entre as empresas convidadas a participar do processo de licitação ou destas com a Administração Pública do Município de Palmeira/SC referente ao Convite 15/2005;

ii) o parecer do acusado no bojo do processo de licitação limitou-se a atestar a existência de recursos orçamentários para o pagamento das obrigações financeiras que seriam contratadas pela Administração;

iii) não houve prática do crime previsto no art. 92 da Lei 8.666/1993, porque havia autorização legal (Lei 8.666/1993, art. 57, II) e no contrato (Cláusula 3ª do contrato de prestação de serviços à fl. 232);

iii) eventual erro formal ao não renovar o processo de licitação não acarretou nenhum prejuízo material ao município;

iv) as informações lançadas não constituem falsidade ideológica, pois retratavam as informações trazidas pelo Departamento de Pessoal do Município de Palmeira/SC.

Não houve pedido para realização de nenhuma diligência.

Passo à análise separada de cada uma das alegações dos acusados, ressaltando apenas que o pronunciamento que recebe ou rejeita a denúncia funda-se em cognição sumária.

Da inépcia da denúncia

Os acusados alegam que a denúncia não apontou nenhum ajuste, combinação ou qualquer outro expediente ocorridos entre as empresas convidadas de participar do processo de licitação ou destas com a

Administração Pública do Município de Palmeira/SC referente ao Convite 15/2005.

A denúncia, conforme preceituam alguns doutrinadores, tem duas facetas, uma de conteúdo positivo ante a necessária observância da regra do art. 41 do Código de Processo Penal e, outra, de caráter negativo, consubstanciada em não incidir em nenhuma hipótese elencada no art. 395 do mesmo diploma legal.

O art. 41 do Código de Processo Penal preceitua que:

> A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, rol das testemunhas.

A necessidade de imputação clara e precisa na denúncia decorre da necessidade de assegurar o devido processo legal e limita diretamente o exercício da persecução penal estatal aos termos da imputação, por força do princípio da congruência ou adstrição.

No caso vertente, observo que o caráter positivo da denúncia está bem evidenciado na exposição formulada pelo Procurador de Justiça Gercino Gerson Gomes Neto, vejamos:

> 1º FATO - Em 3.3.2005, o município de Palmeira, SC, lançou o processo licitatório n. 15/2005, na modalidade convite, destinado à contratação de assessoria contábil, financeira e administrativa às Secretarias de Finanças e Administração. Ao certame, foram convidados a participar as empresas AM Assessoria e Consultoria Ltda; MAPA Assessoria e Consultoria Tributária Ltda; Audithare Consultoria e Assessoria Ltda. E Grafit e Cia, tendo todas cotado preços.
>
> Após o julgamento das propostas, saíram vitoriosas as empresas AM Assessoria e Consultoria Ltda. e Grafit S/C e Cia, aquela para prestar serviços de assessoria e consultoria contábil pelo valor de R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), e esta para prestar serviços de assessoria e consultoria administrativa no valor de R$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais) mensais.

Salienta-se que a empresa vencedora AM Assessoria e Consultoria Ltda é de propriedade de Antonio Pires Burg, o qual, segundo os processos licitatórios constantes nos autos que instruem o presente, figurava como "contador municipal" emitindo os pareceres contábeis nos certames, inclusive no que sua empresa figurou como vencedora, sendo os valores cotados pelas empresas que concorriam à prestação de serviços contábeis muito próximos (R$ 3.500,00, R$ 3.600,00 e R$ 3.700,00), de modo a indicarem, tais fatos, direcionamento da licitação.

Adjudicados os objetos, o contrato foi entabulado com vigência inicial até 31.12.2005 para ambas prestadoras de serviços públicos. Advindo seu termo, foi rescindido o contrato mantido com a empresa Grafit S/C e Cia, prorrogando-se, sucessivamente (1º.1.2006 a 31.12.2006, 1º.1.2007 a 31.12.2007, 1º.1.2008 a 31.12.2008, 1º.1.2009 a 31.12.2009 e 1º.1.2009 a 14.3.2010), o contrato mantido com a empresa AM Assessoria e Consultoria Ltda.

Além das prorrogações do prazo de vigência do contrato entabulado, foram reajustados os pagamentos efetuados pela municipalidade em três ocasiões distintas, elevando-se o valor inicialmente fixado para R$ 3.850,00 (três mil, oitocentos e cinquenta reais) em 2007, R$ 4.071,11 (quatro mil, setenta e um reais e onze centavos) em 2009 e 4.238,58 (quatro mil, duzentos e trinta e oito reais e onze centavos) em 2010, sem que houvesse qualquer previsão legal ou contratual, tudo com o assentimento e a concordância do prefeito municipal, ora denunciado.

Assim procedendo, o Alcaide municipal e Antonio Pires Burg frustaram, mediante combinação, o caráter competitivo da licitação, com o intuito de que a empresa do referido contador obtivesse vantagem na adjudicação do objeto da licitação, eis que o Prefeito Municipal permitiu que membro do certame, responsável pela emissão do parecer contábil, participasse da concorrência de modo privilegiado**,** possibilitando, ainda, a prorrogação contratual do contrato de prestação de serviços entabulado, com o reajuste do valor inicialmente fixado, sem que houvesse qualquer previsão legal ou contratual que no autorizasse (Grifado agora).

É evidente que, pela natureza do crime praticado, não seria possível fixar na denúncia todos os exatos termos do "ajuste, combinação ou qualquer outro expediente", tal qual pretendido pelos acusados.

Tal elementar normativa deverá ser objeto de prova no curso da instrução processual para que seja obtido o acolhimento da denúncia.

A denúncia apenas seria inepta se não estivesse amparada minimamente em elementos de cognição, nem tampouco descrevesse todas as elementares do tipo penal previsto no art. 90 da Lei 8.666/1993.

A narração dos fatos imputados na denúncia não dificulta o direito de defesa dos acusados, pelo contrário, permite muito bem compreender que, em decorrência de procedimento de licitação, houve a adjudicação do contrato à sociedade empresária cujo proprietário exarou parecer no bojo do certame auferindo vantagem em decorrência da contratação.

Em crimes dessa natureza, infelizmente não é possível o deferimento de interceptação telefônica (Lei 9.296/98, art. 2º, III), de modo que na fase incipiente do processo entendo que há elemento suficientemente preciso na denúncia que permite o recebimento da imputação feita ao réu Osni Francisco de Souza da prática da conduta prevista no art. 90 da Lei 8.666/1993.

Por força do princípio da incidência imediata prevista no art. 2º do Código de Processo Penal, incide na fase do recebimento da denúncia o disposto no art. 395 com a redação dada pela Lei 11.719/2008 embora os fatos imputados tenham supostamente ocorrido no ano de 2005.

Nesse eito, dispõe o art. 395 do Código de Processo Penal que:

> Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).
>
> I - for manifestamente inepta; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

> II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).
>
> III - faltar justa causa para o exercício da ação penal. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).
>
> Parágrafo único. (Revogado). (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

O denominado caráter negativo da denúncia significa que a peça acusatória não poderá conter nenhuma impropriedade elencada no art. 395 do Código de Processo Penal para que seja regularmente admitida.

Nenhuma das hipóteses previstas no dispositivo citado foram aventadas na defesa prévia.

Não vislumbro a presença de elemento negativo que poderia ensejar a rejeição da denúncia, de sorte que considero adequado o recebimento da imputação formulada contra o acusado Osni Francisco de Souza.

Da atuação do proprietário da empresa vencedora do certame no procedimento de licitação

Os acusados sustentam que o parecer exarado no processo de licitação foi meramente formal, no qual se atestou tão-somente a existência de recursos orçamentários para o pagamento das obrigações financeiras que seriam contratadas pela Administração.

A análise dos autos demonstra que, no curso do processo de licitação, o acusado Antonio Pires Burg de fato exarou parecer contábil (fl. 259).

Para efeito de recebimento da denúncia é necessário apenas a existência de lastro probatório mínimo, também denominada como justa causa para a ação penal.

Tal elemento de cognição é suficiente para demonstrar indício da infração penal, sendo que o elemento subjetivo do tipo deverá ser examinado por ocasião da sentença de mérito.

Não compete ao órgão titular da ação penal demonstrar se houve dolo da conduta ou se desta decorreu qualquer tipo de vantagem na fase de oferecimento da denúncia.

A impossibilidade de constatação de plano do elemento subjetivo do tipo penal (dolo do agente) não impede o recebimento da denúncia conforme jurisprudência desta Câmara:

> INQUÉRITO. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DENÚNCIA OFERECIDA CONTRA PREFEITO MUNICIPAL. CRIME DE REPONSABILIDADE. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES SEM CONCURSO PÚBLICO OU PROCESSO SELETIVO. DESCUMPRIMENTO DE LEI FEDERAL E MUNICIPAL (ART. 1º, XIII E XIV, DO DECRETO-LEI N. 201/67, EM CONTINUIDADE DELITIVA, NA FORMA DO ART 71 DO CÓDIGO PENAL).
>
> REJEIÇÃO DA DENÚNCIA.
>
> AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FACE DO RECONHECIMENTO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM BASE NA PROVÁVEL PENA APLICADA. INADMISSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO VIRTUAL, ANTECIPADA OU EM PERSPECTIVA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. EXEGESE DA SÚMULA 438 DO STJ. PRELIMINAR RECHAÇADA.
>
> NULIDADE ABSOLUTA DO PROCESSO EM VIRTUDE DO PROCEDIMENTO ADOTADO. INACOLHIMENTO. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO PREVISTO NA LEI N. 8.038/90. CONTRADITÓRIO OPORTUNIZADO ANTES DA DELIBERAÇÃO SOBRE A DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. VÍCIO AFASTADO.
>
> ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA.
>
> ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE DOLO. TESES NÃO EVIDENCIADAS DE PLANO. NECESSIDADE TEMPORÁRIA DOS SERVIÇOS E EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO NÃO DEMONSTRADOS. INOBSERVÂNCIA DAS DETERMINAÇÕES CONTIDAS NA LEGISLAÇÃO

> APLICÁVEL À ESPÉCIE (LEI FEDERAL N. 8.745/93 E LEI MUNICIPAL N. 923/92).
>
> AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. IRRELEVÂNCIA. CRIMES DE MERA CONDUTA QUE INDEPENDEM DO RESULTADO.
>
> HIPÓTESES ELENCADAS NOS ARTS. 395 E 397 DO CPP NÃO VERIFICADAS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA QUE SE IMPÕE. (Grifado agora) (Processo Crime 2010.038250-1, 1ª Câmara Criminal, Rel.ª Des.ª Marli Mosimann Vargas, j. em 09.11.2010, v.u).

No mesmo sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> HABEAS CORPUS PREVENTIVO. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. ART. 1º., II DO DEL 201/67 (EMPRÉSTIMO DE CARRO DA PREFEITURA PARA FINS PARTICULARES DE TERCEIROS). RECEBIMENTO DA DENÚNCIA PELO TRIBUNAL ESTADUAL, SEM AFASTAMENTO DO PREFEITO DO CARGO. INADMISSIBILIDADE DA PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ACUSAÇÃO ACEITA PELO TRIBUNAL DE FORMA MOTIVADA. FATO, EM PRINCÍPIO, TÍPICO. RECEPÇÃO DO DEL 201/67 PELA ATUAL CONSTITUIÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE/INDIVISIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE QUE É PRÓPRIO DE PREFEITO. INCOMPETÊNCIA DA 1A. CÂMARA CRIMINAL PARA O JULGAMENTO DO PACIENTE. QUESTÃO NÃO ENFRENTADA PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DA ALEGAÇÃO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.
>
> [...]
>
> 2. A impetração envereda por argumentação relativa ao mérito da acusação, sustentando a ausência de dolo do acusado; todavia, a tese defensiva não é daquelas que se apresentam induvidosa e somente por meio da análise da prova a ser judicializada será possível concluir pela existência ou não do dolo específico na conduta do

> paciente. […] (Grifado agora) (HC 166.778/BA, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia, j. em 02.12.2010, v.u)

Logo, a denúncia deve ser recebida nesse aspecto.

Da prática do crime previsto no art. 92 da Lei 8.666/1993

Os acusados sustentam que a prorrogação do contrato tinha amparo normativo, tanto no art. 57, II da Lei 8.666/1993, como na cláusula 3 do contrato de prestação de serviço (fl. 229/230).

A defesa dos acusados repousa nos seguintes preceitos normativos:

> Lei 8.666/1993. Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:
>
> II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;
>
> Cláusula 3. O presente contrato terá vigência a partir da data da assinatura do contrato, até 31 de dezembro de 2005, podendo ser prorrogado sucessivamente em conformidade com a Lei 8.666/93 (fl. 229).

O tipo penal imputado preceitua que:

> Lei 8.666/93 - Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observando o disposto no art. 121 desta Lei:

Pena - detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Dos autos, infere-se que o contrato com a sociedade empresária AM Assessoria e Consultoria Ltda. foi firmado em 15 de março de 2005 (fls. 323/324), sendo prorrogado do período de 1º/01/2006 até 31/12/2006 (fl.

365); 1º/01/2007 até 31/12/2007 (fl. 366); 1º/01/2008 até 31/12/2008 (fl. 367), 1º/01/2009 até 31/12/2009 (fl. 368) e em mais dois meses e quinze dias, tendo a data limite 14/03/2010 (fl. 369).

Embora aparentemente o critério temporal previsto no art. 57, II da Lei 8.666/1993 tenha sido respeitado, observa-se que as prorrogações devem ter o mesmo período de duração do contrato.

No caso o contrato foi firmado em 15.03.2005 com vigência até 31.12.2005, logo, as prorrogações não poderiam ter lapso temporal de 1 ano, por excederem o prazo de vigência do contrato. A prorrogação do contrato deve observar período igual e sucessivo ao previsto no contrato originário, a teor do art. 57, II da Lei 8.666/1993.

O prazo inicial do contrato, que era de 9 meses (março a dezembro), foi excedido em quatro das cinco prorrogações (as prorrogações tinham o prazo de 12 meses - fls. 424-427), de modo que o requisito da igualdade previsto em lei não foi observado. Ainda, tais prorrogações não se mostraram mais vantajosas para a Administração (não houve qualquer demonstração nesse sentido) e jamais foram justificadas. Assim sendo, as prorrogações contratuais aparentemente se deram em contrariedade à lei.

A rejeição da denúncia não se compatibilizaria com a análise sumária a ser efetuada nesta fase incipiente.

Observo a existência de lastro probatório mínimo para o recebimento da denúncia, devendo-se destacar o profícuo trabalho desenvolvido pela Procuradora de Justiça Gladys Afonso que efetuou inúmeras diligências no curso da investigação criminal para instruir adequadamente a ação penal.

Da inexistência de prejuízo material ao município

Os acusados sustentam que eventual erro formal ao não renovar o processo de licitação não acarretou nenhum prejuízo material ao município.

Os fatos narrados na denúncia se subsumem nos tipos penais descritos nos artigos 90 e 92 da Lei 8.666/1993 e artigo 299 do Código Penal, sendo que em nenhum deles há necessidade de existência de prejuízo ao erário para correta definição do tipo penal.

A existência ou não de prejuízo material ao erário poderá ser examinada, se for o caso, no momento de aplicação da pena, como por exemplo na circunstância ou consequência do delito.

Rejeito tal alegação porque, como visto, não tem o condão de prejudicar o recebimento da denúncia e por não se relacionar com nenhum dos elementos constantes no art. 395 do Código de Processo Penal.

Do crime de falsidade ideológica

O acusado Osni Francisco de Souza alega que as informações lançadas nos documentos não constituem falsidade ideológica, pois retratavam as informações trazidas pelo Departamento de Pessoal do Município de Palmeira/SC.

A existência de mera desídia ou dolo de alterar a verdade com fim de lesar constitui claramente matéria de mérito que escapa a apreciação aprofundada nesta fase processual.

A impossibilidade de constatação de plano do elemento subjetivo do tipo penal (dolo do agente) não impede o recebimento da denúncia conforme jurisprudência desta Câmara:

> INQUÉRITO. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DENÚNCIA OFERECIDA CONTRA PREFEITO MUNICIPAL. CRIME DE REPONSABILIDADE. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES SEM CONCURSO PÚBLICO OU PROCESSO SELETIVO. DESCUMPRIMENTO DE LEI FEDERAL E MUNICIPAL (ART. 1º, XIII E XIV, DO DECRETO-LEI N. 201/67, EM CONTINUIDADE DELITIVA, NA FORMA DO ART 71 DO CÓDIGO PENAL).
>
> REJEIÇÃO DA DENÚNCIA.

> AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FACE DO RECONHECIMENTO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM BASE NA PROVÁVEL PENA APLICADA. INADMISSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO VIRTUAL, ANTECIPADA OU EM PERSPECTIVA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. EXEGESE DA SÚMULA 438 DO STJ. PRELIMINAR RECHAÇADA.
>
> NULIDADE ABSOLUTA DO PROCESSO EM VIRTUDE DO PROCEDIMENTO ADOTADO. INACOLHIMENTO. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO PREVISTO NA LEI N. 8.038/90. CONTRADITÓRIO OPORTUNIZADO ANTES DA DELIBERAÇÃO SOBRE A DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. VÍCIO AFASTADO.
>
> ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA.
>
> ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE DOLO. TESES NÃO EVIDENCIADAS DE PLANO. NECESSIDADE TEMPORÁRIA DOS SERVIÇOS E EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO NÃO DEMONSTRADOS. INOBSERVÂNCIA DAS DETERMINAÇÕES CONTIDAS NA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À ESPÉCIE (LEI FEDERAL N. 8.745/93 E LEI MUNICIPAL N. 923/92).
>
> AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. IRRELEVÂNCIA. CRIMES DE MERA CONDUTA QUE INDEPENDEM DO RESULTADO.
>
> HIPÓTESES ELENCADAS NOS ARTS. 395 E 397 DO CPP NÃO VERIFICADAS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA QUE SE IMPÕE. (Grifado agora) (Processo Crime 2010.038250-1, 1ª Câmara Criminal, Rel.ª Des.ª Marli Mosimann Vargas, j. em 09.11.2010, v.u).

No mesmo sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> HABEAS CORPUS PREVENTIVO. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. ART. 1º., II DO DEL 201/67 (EMPRÉSTIMO DE CARRO DA PREFEITURA PARA FINS PARTICULARES DE TERCEIROS). RECEBIMENTO DA DENÚNCIA PELO TRIBUNAL

> ESTADUAL, SEM AFASTAMENTO DO PREFEITO DO CARGO. INADMISSIBILIDADE DA PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ACUSAÇÃO ACEITA PELO TRIBUNAL DE FORMA MOTIVADA. FATO, EM PRINCÍPIO, TÍPICO. RECEPÇÃO DO DEL 201/67 PELA ATUAL CONSTITUIÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE/INDIVISIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE QUE É PRÓPRIO DE PREFEITO. INCOMPETÊNCIA DA 1A. CÂMARA CRIMINAL PARA O JULGAMENTO DO PACIENTE. QUESTÃO NÃO ENFRENTADA PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DA ALEGAÇÃO. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.
>
> [...]
>
> 2. A impetração envereda por argumentação relativa ao mérito da acusação, sustentando a ausência de dolo do acusado; todavia, a tese defensiva não é daquelas que se apresentam induvidosa e somente por meio da análise da prova a ser judicializada será possível concluir pela existência ou não do dolo específico na conduta do paciente. […] (Grifado agora) (HC 166.778/BA, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia, j. em 02.12.2010, v.u)

Portanto, a alegação não merece acolhimento.

Os documentos de fls. 221 e 226 constituem lastro probatório mínimo acerca da materialidade da conduta.

Ante o todo exposto, voto pelo recebimento integral da denúncia nos termos da fundamentação.

Do afastamento dos cargos

A presente denúncia imputa ao Prefeito Municipal crime contra a lei de licitações e contra a fé pública.

O texto constitucional é claro ao dispor que, com o recebimento da denúncia nas infrações penais comuns, o Presidente da República será afastado do cargo pelo prazo de 180 dias:

> Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.
>
> § 1º - O Presidente ficará suspenso de suas funções:
>
> I - nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal;
>
> § 2º - Se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do Presidente, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo.
>
> § 3º - Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão.
>
> § 4º - O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções (Grifado agora).

Nos casos previstos no Decreto-Lei 201/67, consta que, ao receber a denúncia, deverá ser examinado o afastamento cautelar do cargo, nos seguintes termos:

> Art. 2º. O processos dos crimes definidos no artigo anterior é o comum do juízo singular, estabelecido pelo Código de Processo Penal, com as seguintes modificações:
>
> II - Ao receber a denúncia, o Juiz manifestar-se-á obrigatória e motivadamente, sobre a prisão preventiva do acusado, nos casos dos itens I e II do artigo anterior, e sobre o seu afastamento do exercício do cargo durante a instrução criminal, em todos os casos (Grifado agora).

A competência para legislar sobre direito penal e processual penal é privativa da União conforme art. 22, I, da Constituição Federal.

Outrossim, não poderia a legislação estadual ou municipal disciplinar a matéria impondo o afastamento cautelar do prefeito em caso de recebimento da denúncia pela prática de crime comum.

A matéria foi sumulada em 2003, nos seguintes termos:

> Súmula 722. São da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento.

A jurisprudência atual do STF é firme em manter a orientação sumulada:

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. ARTS. 10, § 2º, ITEM 1; 48; 49, CAPUT, §§ 1º, 2º E 3º, ITEM 2; E 50. CRIME DE RESPONSABILIDADE. COMPETÊNCIA DA UNIÃO.
>
> 1. Pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade, por perda superveniente de objeto e de interesse de agir do Autor, quando sobrevém a revogação da norma questionada em sua constitucionalidade. Ação julgada prejudicada quanto ao art. 10, § 2º, item 1, da Constituição do Estado de São Paulo.
>
> 2. A definição das condutas típicas configuradoras do crime de responsabilidade e o estabelecimento de regras que disciplinem o processo e julgamento das agentes políticos federais, estaduais ou municipais envolvidos são da competência legislativa privativa da União e devem ser tratados em lei nacional especial (art. 85 da Constituição da República). Precedentes. Ação julgada procedente quanto às normas do art. 48; da expressão "ou nos crimes de responsabilidade, perante Tribunal Especial" do caput do art. 49; dos §§ 1º, 2º e 3º, item 2, do art. 49 e do art. 50, todos da Constituição do Estado de São Paulo.
>
> 3. Ação julgada parcialmente prejudicada e na parte remanescente julgada procedente (ADI 2.220/SP, Pleno, Rel.ª Min.ª Carmen Lúcia, j. em 16.11.2011, v.u).

Por força do princípio da simetria constitucional, conforme art. 29 da Constituição Federal, deve-se aplicar ao Prefeito Municipal o mesmo regime constitucional do Presidente da República, ou seja, o recebimento da denúncia, por si só, importa no afastamento do cargo pelo prazo máximo de 180 dias.

Seria possível, à luz da Constituição Federal de 1988 estabelecermos por via interpretativa maiores garantias processuais para o Prefeito Municipal do que para o Presidente da República? Constitucionalmente seria possível assentar que o recebimento de denúncia contra o Presidente da República implica no seu afastamento do cargo, enquanto o do Prefeito nunca?

A denúncia proposta contra o Prefeito Municipal é recebida por órgão colegiado, o que assegura maior garantia processual ao ocupante do cargo público.

Há também manifestação prévia sobre os termos da imputação, sendo necessário demonstrar indiciariamente a justa causa.

Com isso, evidencia-se que na ordem constitucional vigente não há como conceder tratamento jurídico mais benéfico ao Prefeito Municipal do que ao Presidente da República.

Os entes federativos guardam harmonia entre si, ou seja, União, Estados, Distrito Federal e Municípios detém competências próprias, delineadas nos artigos 21, 22, 25 e 30, todos da Constituição Federal, inexistindo hierarquia funcional do membro do executivo nacional em relação ao que ocupa o cargo no âmbito estadual ou municipal.

Dessa forma, não se justifica a adoção de tratamento diferenciado e mais benéfico para o membro do Poder Executivo Municipal.

Não se poderia exigir que o legislador estadual ou municipal disciplinasse a matéria, de modo que o artigo 86 da Constituição Federal tem caráter nacional ao invés de meramente federal.

A previsão constitucional por si só já é suficiente para implicar no afastamento do cargo do Sr. Osni Francisco de Souza pelo prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias e, por extensão, do contador municipal Antonio Pires Burg.

A lógica de tal medida, evidentemente, não é acarretar punição antecipada ao agente político, mas, sim, resguardar a produção de provas que ficará significativamente comprometida, caso as três testemunhas arroladas de fl. IV tenham que depor contra o seu superior.

A produção de provas recairá sobre os subordinados do Prefeito Municipal, que, no exercício do cargo público, por consequência natural, dado os conceitos de disciplina e hierarquia poderá comprometer a paz de espírito das testemunhas.

Observa-se que, além disso, o risco de reiteração da conduta por parte do agente político envolvido e do contador municipal existe, posto que se imputa a prática de crime contra a lei de licitações.

Rotineiramente são efetuadas contratações por parte do Poder Público; um sem número de editais são lançados diariamente ou semanalmente pela administração municipal direta e indireta.

Os elementos constantes nos autos, em especial os de fls. 221, 226, 229, 259, 266, 309, 314, 323/324, 365, 366, 367, 368, 369 demonstram que é necessário afastar cautelarmente o agente político e o contador municipal denunciados para assegurar a ordem pública, evitando-se o risco de reiteração da conduta.

Convém destacar que, no curso de ação cível de improbidade administrativa, é possível o afastamento cautelar do agente político, por força do seguinte dispositivo legal:

> Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.
>
> Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

Em se tratando de ação penal, na qual assume relevo os princípios da subsidiariedade, fragmentariedade e *ultima ratio*, pode-se afirmar que as medidas penais serão muito mais rigorosas do que as de caráter cível, uma vez que a conduta que viola à norma penal reveste-se de maior gravidade e lesividade às normas jurídica e social.

Nesse passo, se a violação à norma meramente cível autoriza o afastamento cautelar do agente para assegurar a instrução processual, muito mais razão assiste ao afastamento do agente durante a instrução processual de agente político que praticou, em tese, conduta muito mais grave socialmente.

É cediço que nem todo ato de improbidade cometido por agente político constitui infração penal, mas toda infração penal constituirá ato de improbidade administrativa.

O mandato eletivo do agente político impõe maior cautela ao se adotar medidas de afastamento do cargo, porque se determinadas de forma abstrata e indefinida, poderão constituir usurpação do poder conferido pelo povo.

Portanto, em relação ao agente político o prazo máximo de 180 dias, estabelecido no art. 86, § 2º da Constituição Federal deverá ser

respeitado para evitar qualquer usurpação da soberania popular, todavia, em relação ao corréu não há prejuízo para o afastamento do cargo ainda que a conveniência da instrução processual exceda o marco temporal delimitado.

Por tais fundamentos, não vejo como deixar de afastar de plano o Sr. Osni Francisco de Souza, do cargo de prefeito municipal, pelo prazo máximo de 180 dias; e Sr. Antonio Pires Burg do cargo público municipal pelo prazo de 180 dias, sem prejuízo de eventual prorrogação futura.

Deve-se oficiar à Câmara Municipal de Vereadores para proceder ao imediato afastamento do cargo do Prefeito Municipal.

A autoridade municipal responsável também deverá afastar imediatamente o contador municipal.

Delega-se ao magistrado *a quo* as providências necessárias para a realização de interrogatórios e demais atos instrutórios do processo, preferencialmente no prazo de 180 dias.

Em razão da Sustentação Oral realizada em sessão, arbitra-se os honorários advocatícios no valor de 2 (dois) salários mínimos ao defensor nomeado Dr. Rubens Cabral Faria Júnior (OAB/SC 13.796), a serem arcados em partes iguais pelos corréus.

Determina-se, ainda, a imediata comunicação à Câmara Municipal de Palmeira/SC deste *decisum*, transmitindo-se cópia integral do acórdão e certidão de julgamento.

Este é o voto.

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

Apelação Criminal n. 2012.059804-5, de Rio do Oeste

Relator: Desembargador Ricardo Roesler

> APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, *CAPUT* DO CÓDIGO PENAL). CONJUNÇÃO CARNAL ENTRE VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS E ADOLESCENTE COM 18 ANOS. RELAÇÃO CONSENTIDA. ALEGAÇÃO, PELA MENOR, DE IDADE DIVERSA. CASO QUE NÃO PODE SER DRAGADO POR UMA ANÁLISE BUROCRÁTICA DOS PROTOCOLOS JURÍDICOS. PRESUNÇÃO DE VULNERABILIDADE RELATIVIZADA E EXCEPCIONALMENTE AFASTADA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2012.059804-5, da comarca de Rio do Oeste (Vara Única), em que é apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e apelado D. Z.:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Izidoro Heil, presidente com voto, e Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer.

Florianópolis, 20 de novembro de 2012.

Ricardo Roesler
RELATOR

RELATÓRIO

Ao relatório da sentença (fls. 109-115), acrescento que a denúncia foi julgada improcedente para absolver o acusado D. Z. da imputação que lhe foi feita, com base no art. 386, VI, do Código Penal.

Inconformado, recorreu a acusação (fls. 122-134), postulando, em síntese, a condenação do réu, pelo crime previsto no art. 217-A do CP.

Contrarrazões às fls. 137-143.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Francisco Bissoli Filho, que opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 151-161).

É o relatório.

VOTO

Constou da denúncia que, no dia 14 de julho de 2010, o denunciado dirigiu-se até a residência da vítima, e lá manteve conjunção carnal com esta, menor de 14 (quatorze) anos, infringindo o disposto no art. 217-A do Código Penal.

A sentença julgou improcedente a denúncia e absolveu o acusado, nos termos do art. 386, VI, do CP.

Por conta disso, recorreu a acusação, argumentando não ser possível a relativização da presunção de violência sexual contra vulnerável, menor de quatorze anos, uma vez que não teria o necessário discernimento, para

consentir o ato. Asseverou que o réu mantinha contato frequente com a vítima e que, por isso, deveria certificar-se sobre a sua idade, antes de manter qualquer contato sexual. Postulou, ao final, a condenação do acusado, com fulcro no art. 217-A do CP.

Imputou-se ao recorrente o crime de estupro, previsto no art. 217-A, *caput*, do CP, que dispõe:

> "Estupro de vulnerável ../_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm
>
> Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: ../_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm
>
> Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos." ../_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm

No caso, falou-se no cometimento de crime de estupro contra uma garota de 12 (doze) anos, à época, praticado, veja-se, por um jovem de 18 (dezoito) anos.

De fato, não vejo dificuldades em identificar tanto autoria quanto materialidade. A prova testemunhal mostrou-se bastante coerente – todos os depoimentos da fase policial (até mesmo o interrogatório do acusado, que admitiu ter mantido conjunção carnal com a vítima) foram confirmados em Juízo – creio que a prova seja suficiente para apontar tanto a ocorrência da relação sexual quanto seu autor. A dinâmica dos fatos, aliás, a meu sentir nem permite outra conclusão, como também, penso eu, revele que a conduta em questão está para além de alguma tipificação penal.

Não creio que o caso seja daqueles que se permita ser dragado pela burocracia dos protocolos jurídicos. A questão por si cuida de tema delicado – a violência presumida em face da pouca idade da vítima – e vem tratada de modo bastante ortodoxo, frio, matemático: o recorrente foi acusado pelo só-fato de ter mantido relação sexual (uma, ao que se tem notícia concreta) com a vítima; não se considera o cenário em que os fatos

se ambientam, e tampouco seus atores. Seu crime é, pois, o cometimento de ato sexual, pura e simplesmente, com menor de quatorze anos.

Muito se discute (ainda hoje, mesmo diante da alteração do tipo penal) em torno da presunção de violência. Não me interessa as miudezas do tema, mas razão dessa prescrição legal, de fácil constatação: considera-se a imaturidade da vítima, ou alguma condição particular que lhe impeça o completo discernimento da realidade.

Conforme explicita Magalhães Noronha, a par da antiga tipificação do estupro com violência presumida, "*tal presunção origina-se da menor possibilidade de defesa que tem a vítima, e, como sói acontecer, maior se torna então a defesa pública, através da lei, onde a defesa particular inexiste ou é por demais precária*" (*Direito penal*, v. 3, p. 212).

Assim, se um adulto comete algum ato libidinoso com um menor, aponta-se o domínio daquele sobre este, por ter plena consciência dos desdobramentos de sua conduta – quer em relação à vítima, quer em relação a si mesmo – e, de outro vértice, supõe-se que a imaturidade da vítima a torna refém do adulto, mais experimentado.

Mas há algo mais: quando se presume a submissão do menor ao jugo do adulto considera-se o fato de que a relação dali desenrolada não permite reciprocidade, uma vez que aquele - o menor - é apenas o objeto de um jogo de sedução vocacionado a um fim único, o de satisfação da lascívia do seu algoz. Não há indagação maior quanto à eventual satisfação da vitima, que é de todo indiferente, pois em qualquer caso ela servirá unicamente aos desejos do agressor.

Logo, bem por isso, não se discute propriamente o critério adotado pela lei, pois há faculdade legiferante para fixar a capacidade por presunção, a partir do critério etário (Guilherme de Souza Nucci, *Código penal comentado*, 2009, p. 897); todavia, ele não pode ser visto de modo absoluto

e irrestrito, sobretudo quando a instrução tenha revelado que, em princípio, sequer mesmo houve algum tipo de assédio premeditado em face da vítima.

O relato dos fatos parece revelar de modo muito claro circunstâncias que, sem dispensar alguns cuidados particulares, está muito distante da necessidade de alguma repreensão penal.

Embora haja algumas nuances entre as declarações preliminares e as judiciais, não há dissenso em relação ao contexto em que se ambientam os fatos. A menor afirmou que conheceu o acusado em evento do colégio e que mentiu sobre a idade; disse a ele que tinha 15 anos, pois acreditava que, se falasse a verdade (que não havia completado 13 anos), não insistiria na relação (e, ao que tudo indica, o apelado tinha a intenção de pedir à sua genitora permissão para namorá-la). Declarou que combinou manter relação sexual com o réu um dia antes dos fatos, o que se consumou, na sua casa, quando foram flagrados por seu padrasto, que ameaçou contar a sua mãe. Antevendo a repreensão da mãe, arquitetou uma viagem para Brusque, onde mora seu pai biológico; pediu, então, ao acusado que a levasse ao terminal rodoviário, deixando uma carta para a sua genitora (fl. 5) – uma pueril tentativa de evitar a cobrança daquela. Acrescentou, finalmente, que não era mais virgem, ao tempo dos fatos, e que o réu nada fez sem sua autorização (fl. 56).

Ao juízo, a menor declarou, expressamente

> "que, quando conheceu o réu o mesmo não sabia sua idade; que disse para o mesmo que tinha 15 anos [...] que na delegacia disse que falou para o réu que iria completar 13 anos de idade, que mentiu na delegacia com medo da reação dos pais [...] que a relação foi consensual, que decidiram transar um dia antes, que sabia que iria estar sozinha no dia seguinte em casa, que não sabia que o padrasto iria chegar aquela hora [...] que antes do réu já havia transado com um rapaz, que acha que possuía 15 anos, que perdeu a virgindade com o citado rapaz [...] que mentiu a idade para o réu, que queria ficar com ele por muito tempo, que achou que se falasse a idade o

> mesmo não ficaria com a ofendida [...] que o réu nunca machucou nem fez alguma coisa que a depoente não autorizasse" (fl. 56).

Por seu turno, a genitora da vítima, contou

> "que não presenciou o ato sexual da filha e do réu, que foi seu ex-marido que presenciou o fato, que não sabia que a filha estava se relacionando com o réu, que ficou sabendo com uma ligação do ex-marido, que depois do fato conversou com a filha, que a mesma disse que já estavam ficando juntos há bastante tempo, que sua filha disse que havia falado para o réu que possuía 13 anos, que posteriormente a filha disse que havia dito que possuía 15 anos, que a filha alegava que havia ficado com medo na hora de prestar depoimento na delegacia, que não sabe que a filha tenha perdido a virgindade anteriormente [...] que a filha diz que ainda gosta do réu" (fl. 58).

O depoimento do acusado não destoou das alegações da menor, pois segundo disse, a primeira vez que "ficou" com a vítima, ela disse-lhe que tinha 14 ou 15 anos de idade (cd de áudio fl. 95, a partir de 2min e 30s). Informou que, após mais de uma semana, foi convidado para ir até a casa da vítima, oportunidade em que consumaram o ato sexual; que, no momento em que estava colocando a roupa, o padastro da menor chegou em casa (a partir de 3min e s); que, depois "desse rolo", o padastro e a mãe da vítima separaram-se (a partir 3min e 57s). Mencionou que, no mesmo dia, a vítima pediu que a levasse até a rodoviária, pois pretendia deslocar-se até a cidade em que residia seu pai biológico, afirmando que seu padastro queria agredir-lhe (a partir de 4min e 18s). Alegou que o padastro da vítima foi até a delegacia denunciá-lo, embora não tivesse presenciado nada (a partir de 4min e 48s). Afirmou que a vítima não era virgem e fisicamente aparentava contar com 17 anos (a partir de 5min e 9s). Informou que a vítima, em nenhum momento, mencionou sua verdadeira idade; que soube depois pela genitora daquela (a partir de 6min e 26s). Esclareceu, ainda, que, no dia que conheceu a vítima, a colega J. estava junto; que a vítima relatou que estudava com J., que frequentava a oitava série (a partir de 7min e 31s).

A testemunha J. afirmou que sua amiga mentiu para o acusado sobre a idade, afirmando ter 14 anos, por medo da rejeição (cd de audio a partir de 2min e 34s). Asseverou que o acusado não forçou a vítima a manter relação sexual, até porque ela não era mais virgem quando o conheceu (a partir de 3min e 58s). Relatou que a vítima aparenta ter mais idade (a partir de 4min e 30s).

Ora, como se vê, o ato foi premeditado por ambos os adolescentes, que consensualmente combinaram, no dia anterior, o ato sexual. A vítima convidou o acusado para vir a sua casa, uma vez que se encontraria sozinha, na ocasião, para então praticarem o que fora acordado. Restou demonstrado que o acusado concordou com a situação por ter acreditado na palavra da vítima, de que contava com 14 ou 15 anos, inexistindo justificativa para exigir-lhe prova da idade mencionada.

Como bem salientado pelo Procurador de Justiça, conforme se vislumbra da gravação de fl. 21, fisicamente a vítima não aparentava ter menos do que 15 anos de idade (fl. 159). Parece crível, assim, a alegação do acusado de que confiou na vítima a respeito de sua idade.

Desse breve esboço, ao menos algumas conclusões sumárias são simples: a de que não houve, antecipadamente, a tentativa do réu em persuadir a menor a qualquer ato, bem porque foi procurado por ela; além disso, não se infere qualquer acinte, flerte, ou mesmo algum tipo de coação, pois a vítima, voluntariamente, convidou-o para ir até sua casa.

Ademais, no depoimento prestado, a vítima não fala em vãs promessas ou juras românticas em troca de contato sexual (fl. 56); ao contrário, referiu-se ao acusado com certo carinho e preocupação com seu bem-estar. Ambos falam de certo envolvimento amoroso, fugaz como permitia a ocasião (evidentemente, não tardou chegar o fato a conhecimento de todos, já que, por uma razão desconhecida, o padrasto da vítima tratou de ir até a delegacia relatar o ocorrido, embora não estivesse mais casado com a mãe

da menor). Aliás, foi bem por conta da amplitude que os fatos tomaram que, possivelmente, os adolescentes não continuaram a relacionar-se.

Olhado com certa distância, como fatos circunstanciais e cotidianos, não há como deixar de reconhecer algo bastante patético e infantil na conduta da menor; a depender, aliás, do prisma pelo qual se observe todo o ocorrido, também se pode perceber, com alguma sensibilidade, a fantasia romanesca que casualmente impulsionou a menor: ao mentir sua real idade pretendia garantir o romance com o jovem com mais idade. Depois disso, o que se seguiu não foi mais que o previsível desfecho, considerando sobretudo a idade dos envolvidos – onde a maioria dos jovens se descobre para a adolescência e se abre às experiências sexuais. E isso, por assim dizer, de modo muito natural, sem nenhum refinamento.

Talvez impressione alguns o fato do recorrente contar com 18 (dezoito) anos e a vítima ter então apenas 12 (doze) anos, à época. De fato, simplesmente cogitada a diferença de idades causa algum impacto, ao tempo que sugere um juízo primário de responsabilidade do agente, notadamente com a proteção dada ao menor por lei. Mas é necessário o cuidado com essa conclusão inocente, bem porque toda inocência – sem falso trocadilho – tem seu preço. Não creio que neste caso se possa cogitar algum tipo de sedução, nada obstante a idade de cada um. Tampouco posso admitir que a menor foi simplesmente objeto de satisfação da lascívia alheia.

Que nela se possa reconhecer certo grau de imaturidade, não há dúvidas. Alguém que pretende fugir a enfrentar sua mãe por ter mantido relação sexual ainda terá que experimentar muito para adquirir responsabilidade e, assim, assumir as consequências de seus atos. Não é, de todo modo, uma menina *inocente* - sobretudo naquele sentido romanceado pela literatura penal – que se fala neste caso. Quem deliberadamente se propõe a determinada providência age com considerável dose de imaturidade, mas não de inocência.

No mais, mesmo tendo em conta a diferença etária entre um e outro, é difícil mesmo supor que tenha havido alguma tentativa de seduzir a menor; ela mesma, é bom lembrar, relatou em juízo alguma experiência sexual anterior. Se fê-lo como tentativa de inocentar o apelante ou como relato concreto de experiência sexual, é indiferente; o fato é que evidencia não haver inocência suficiente para justificar a presunção legal. Daí, o eventual consentimento da vítima (volto a afirmar: em nenhum momento se cogita de violência real) não pode ser simplesmente ignorado. A vocação da norma penal, creio, é bem distinta do que a simples punição pela prática de ato sexual com menor, mas de sua participação como simples objeto, quando o agente se vale de sua inocência e inexperiência. Não me parece ser o caso.

Talvez por desmedida pudicícia, talvez mesmo por um contraditório sentimento puritano ou por pura hipocrisia sacralizamos qualquer contato sexual, e, no mais das vezes, ainda amarrados a alguns ranços seculares associamos qualquer forma de prazer à necessidade de penitência, própria ou alheia. Essa inconfissão do desejo e do sexo faz lembrar a contradição relatada por João Cabral de Melo Neto em *Agrestes*: *"não haverá nesse pudor/de falar-me uma confissão,/uma indireta confissão,/pelo avesso, e sempre impudor?*". Talvez haja. E a eventual dificuldade em dar tratamento mais consentâneo ao tema é puramente simbólica: o sexo continua tabu, símbolo de luxúria e devassidão. O pecado original assim permanece, o fruto continua proibido. Por isso a insistência, normalmente cega, de demonização do acusado, independentemente de sua idade e do cenário, signo de um sentimento ambivalente, que exige prazer e suplício juntos.

Penso, sobretudo considerando a severidade da norma penal aplicável à espécie – sensivelmente mais rigorosa, veja-se, que a pena inicial do homicídio – que se deva reserva-la àqueles casos em que a prova evidencie o domínio do agente e a busca cega pela satisfação da lascívia.

No mais, a solução caminha muito longe da intervenção penal; se há de ser feito algo, o arranjo é outro, muito distante da severidade proposta no campo da punição penal.

É como voto.

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.029606-2, de Itapema

Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini

APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 217-A, § 1º, 218-B, § 2º, I, 228, § 1º (ANTIGA REDAÇÃO), TODOS DO CÓDIGO PENAL, E DA CONTRAVENÇÃO PENAL DO ART. 63, I DO DECRETO-LEI N. 3.688/1941. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELOS DEFENSIVOS.

PRELIMINARES.

FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. POSTULADO O RECONHECIMENTO DA NULIDADE PROCESSUAL DECORRENTE DA UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS PRODUZIDAS NA FASE INVESTIGATIVA, BEM COMO USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO PRETÓRIO EXCELSO PARA O JULGAMENTO DA CAUSA. ALEGAÇÃO DE QUE A CONDENAÇÃO FOI PAUTADA EM ELEMENTOS DE PROVAS QUE DEVERIAM TER SIDO DESENTRANHADOS DOS AUTOS POR ORDEM DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TESES RECHAÇADAS. FIEL CUMPRIMENTO PELA MAGISTRADA *A QUO,* DO DESPACHO PROFERIDO NA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL N. 12.484. PROVAS ILÍCITAS DESENTRANHADAS DOS AUTOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE APRECIOU O CONJUNTO PROBATÓRIO PRODUZIDO NO DECORRER DA INSTRUÇÃO CRIMINAL, APÓS A RETIRADA DAS PEÇAS MACULADAS. ADEMAIS, DETERMINAÇÃO DA SUPREMA CORTE QUE NÃO IMPÔS ÓBICES À AÇÃO PENAL INSTAURADA CONTRA OS ACUSADOS. CARÁTER INFORMATIVO DO INQUÉRITO POLICIAL QUE NÃO POSSUI O CONDÃO DE VICIAR A AÇÃO PENAL DEFLAGRADA APÓS A CESSAÇÃO DO MANDATO ELETIVO DO RÉU.

DA ATIPICIDADE DAS CONDUTAS (ITENS 5 E 6 DA DENÚNCIA). EXPLORAÇÃO SEXUAL DE VULNERÁVEL PREVISTA NO REVOGADO ART. 244-A DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ATUAL ART. 218-B DO CP). APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE NORMATIVO-TÍPICA. TODAVIA, O OFERECIMENTO DE PECÚNIA A ADOLESCENTES PARA PRÁTICA DE ATOS SEXUAIS (ART. 218-B, § 2º, I, DO CP) ERA ATÍPICO NA DATA DOS FATOS. IRRETROATIVIDADE DA LEI MAIS GRAVOSA AO AGENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, LX DA CF. ABSOLVIÇÃO DO RÉU NO TÓPICO.

SUSCITADA FALTA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE PARA A APURAÇÃO DO DELITOS PERPETRADOS CONTRA AS MENORES. INVIABILIDADE. CONDUTAS APURADAS NO FEITO QUE DISPENSAM A REPRESENTAÇÃO DAS VÍTIMAS. NULIDADE AFASTADA.

RECONHECIMENTO, CONTUDO, DA FALTA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE REFERENTE AO CRIME DE AMEAÇA. DECURSO DO PRAZO DECADENCIAL DE 6 (SEIS) MESES ENTRE A OCORRÊNCIA DAS SUPOSTAS AMEAÇAS E O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. DECRETADA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS RÉUS, NOS TERMOS DO ART. 107, IV, DO CP.

INÉPCIA DA DENÚNCIA. PEÇA ACUSATÓRIA QUE NÃO NECESSITA PRECISAR A DATA EXATA DOS ACONTECIMENTOS, DESDE QUE PERMITA AOS ACUSADOS CONTEXTUALIZAR O PERÍODO EM QUE OS FATOS OCORRERAM. PREFACIAL REPELIDA.

PLEITEADO O RECONHECIMENTO DA SUSPEIÇÃO DA MAGISTRADA *A QUO.* EXISTÊNCIA DE PROCEDIMENTO ESPECÍFICO PREVISTO NO CPP PARA APURAÇÃO DO INCIDENTE, O QUAL JÁ FOI AMPLAMENTE DEBATIDO

POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO DO RECLAMO NO PONTO.

DA EMANCIPAÇÃO DE FATO DA VÍTIMA D. L. F. POR TER MANTIDO UNIÃO ESTÁVEL. CARACTERIZAÇÃO DA DESCENDÊNCIA ENTRE A MENOR E A ACUSADA E. M. SUFICIENTE A IMPUTAR À RÉ A CONDUTA PREVISTA NO ART. 218-B, § 1º DO CP. ADEMAIS, UNIÃO ESTÁVEL QUE NÃO É EQUIPARADA AO CASAMENTO PARA FINS DE EMANCIPAÇÃO, CUJOS REFLEXOS NÃO SE ESTENDEM À ESFERA CRIMINAL.

ALEGADA NULIDADE EM DECORRÊNCIA DA HABILITAÇÃO DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO EM JUÍZO DEPRECADO. INVIABILIDADE. LEI ADJETIVA PENAL QUE NÃO DELIMITOU O MOMENTO OPORTUNO PARA O REFERIDO PROCEDIMENTO. AUSÊNCIA DE DESPACHO DE ADMISSÃO DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO QUE CONFIGURA APENAS MERA IRREGULARIDADE. PRECEDENTES.

DECLARAÇÃO DE ILICITUDE DO EXPEDIENTE DE FLS. 1.483-1.495 E DO APROVEITAMENTO DO DEPOIMENTO DA TESTEMUNHA A. P.. PROVAS QUE SE DESTINAVAM A AVIVENTAR OS ELEMENTOS PRODUZIDOS DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL. IMPRESTABILIDADE DECRETADA.

MÉRITO.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PALAVRAS DA VÍTIMA CORROBORADAS PELAS DECLARAÇÕES DOS INFORMANTES. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL QUE NÃO CONDUZ À INEXISTÊNCIA DO DELITO, SOBRETUDO PELAS PALAVRAS DO EXPERT QUE AFIRMOU QUE A ANATOMIA DA VÍTIMA APRESENTA PECULIARIDADES QUE IMPOSSIBILITAM PRECISAR A (IN)OCORRÊNCIA DE CONJUNÇÃO CARNAL. FAVORECIMENTO À PROSTITUIÇÃO CONFIGU-

RADO. DEMAIS PROVAS QUE DÃO CONTA DO ATO SEXUAL PRATICADO COM A MENOR MEDIANTE PAGAMENTO À TIA DA VÍTIMA. CONDENAÇÃO MANTIDA.

FAVORECIMENTO À PROSTITUIÇÃO DE VULNERÁVEL. PROVA ORAL COLIGIDA QUE DENOTA O LIAME SUBJETIVO EXISTENTE ENTRE OS ACUSADOS, BEM COMO A OCORRÊNCIA DE RELAÇÃO SEXUAL MEDIANTE RECOMPENSAS ÀS MENORES. EXCETUADA APENAS A SITUAÇÃO DO RÉU V. C, O QUAL DESCONHECIA A IDADE DA VÍTIMA D. L. F.. ABSOLVIÇÃO DESTE QUE É MEDIDA IMPERATIVA.

VÍTIMA J. P R.. SITUAÇÃO ENQUADRADA NO TIPO PENAL DO ART. 228, § 1º, DO CP (ANTIGA REDAÇÃO). CONTINUIDADE NORMATIVO-TÍPICA VERIFICADA. COMPROVADA A ATRAÇÃO À PROSTITUIÇÃO DA VÍTIMA PELO RÉU G. O.. MANUTENÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO.

DOSIMETRIA.

AFASTAMENTO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA PERSONALIDADE, CONDUTA SOCIAL E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME QUE SE IMPÕE. DIMINUIÇÃO DAS PENAS-BASES E DAS PENAS PECUNIÁRIAS. EM RELAÇÃO AO RÉU G. O.. CRIME DE FAVORECIMENTO À PROSTITUIÇÃO. CONTINUIDADE DELITIVA. AUMENTO DE 1/5 (UM QUINTO) DA PENA (3 VEZES). DIMINUIÇÃO DA PENA APLICADA PELA MAGISTRADA *A QUO*. INAPLICABILIDADE DO DISPOSTO NO ART. 72 DO CP.

RECURSOS CONHECIDOS EM PARTE E, NESTA, PARCIALMENTE PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.029606-2, da comarca de Itapema (Vara Criminal), em que são apelantes E. M. e outros, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer parcialmente dos recursos e, nesta, dar-lhes parcial provimento para: a) declarar extinta a punibilidade dos réus N. G. de L. e C. do C. A. P. da condenação referente ao crime de ameaça, nos termos do art. 107, IV, do Código Penal; b) absolver, com fundamento no art. 386, VI, do CPP, o acusado V. C. do crime de favorecimento à prostituição de vulnerável cometido contra a vítima D. L. F.; c) dar provimento parcial ao recurso interposto por N. G. de L., pelo que se reduz a reprimenda aplicada ao réu para 28 (vinte e oito) anos, 4 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, por infração ao art. 217-A, § 1º, c/c art. 218-B, § 2º, I, c/c art. 71, todos do Código Penal, e em relação à contravenção penal prevista no art. 63, I, do Decreto-Lei n. 3.688/1941 c/c art. 71 do CP, reduzir a pena infligida para 4 (quatro) meses e 13 (treze) dias de prisão simples, todos em concurso material; d) dar parcial provimento ao recurso interposto por C. do C. A. P., pelo que se reduz a reprimenda aplicada à ré para 17 (dezessete) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além do pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, por infração ao art. 217-A, § 1º c/c art. 218-B, § 1º, ambos do Código Penal e, em relação à contravenção penal prevista no art. 63, I, do Decreto-Lei n. 3.688/1941 c/c art. 71 do CP, perpetrada pela ré C. do C. A. P., reduzir a pena infligida para 2 (dois) meses e 10 (dez) dias de prisão simples; e) dar provimento parcial ao recurso interposto por G. O., pelo que se reduz a pena aplicada ao acusado para 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias, além do pagamento de 13 (treze) dias-multa, por infração ao art. 218-B, § 1º c/c art. 71, do Código Penal), pelos crimes cometidos contra as vítimas D. L. F., M P. dos P. e J. P. R, e, por conseguinte, alterar o regime prisional do acusado para o semiaberto. Decidiu, ainda, por maioria de votos: a) absolver o acusado N. G. de L. com fundamento no art. 386, III, do CPP, das condutas praticadas contra as vítimas P. C. A. de S. e J. P R, vencido o Desembargador Ricardo Roesler; b) dar provimento ao recurso interposto por E. M., para absolvê-la do crime previsto no art.

218, § 1º, do Código Penal, com fundamento no art. 386, VI, do CPP, vencido o Relator. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Izidoro Heil (Presidente com voto) e Des. Ricardo Roesler. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Gilberto Callado de Oliveira.

Florianópolis, 27 de novembro de 2012.

Volnei Celso Tomazini
RELATOR

RELATÓRIO

No juízo da Vara Criminal, comarca de Itapema, E. M., C. do A. P., G. O., V. C., N. G. de L., foram denunciados pelos fatos assim narrados na peça acusatória:

> "1. No mês de junho de 2010, chegou ao conhecimento da Polícia Civil catarinense, por intermédio do Boletim de Ocorrência n. 00469-2010-03114, registrado em Tijucas, que os denunciados N. G. de L. e C. do C. A. P. teriam estuprado a adolescente G. S., em Itapema. Diante dessas informações e em decorrência da complexidade do caso, que poderia apresentar outras ramificações na seara dos crimes sexuais envolvendo menores e em diferentes municípios, as investigações foram repassadas à DEIC (Diretoria Estadual de Investigações Criminais), com sede em Florianópolis. As suspeitas iniciais acabaram se transformando em fortes indícios da prática reiterada de crimes, notadamente contra a dignidade sexual.
>
> 2. O trabalho minucioso de investigação, que perdurou por aproximadamente um ano, acabou trazendo à tona uma complexa rede de exploração sexual juvenil, encabeçada por N. G. de L. – responsável pelo financiamento e usuário principal dos serviços sexuais. N., conforme se depreende das investigações, mantinha G. O. e C. do C. como os principais aliciadores de meninas para a realização de

orgias sexuais nos mais variados locais (hotéis, motéis, apartamento particular etc.) e em diferentes cidades (com preferência pela cidade de Itapema). N. pagava aos aliciadores determinada quantia por adolescente aliciada, além de pagar diretamente as meninas pelos "serviços" sexuais. N. também custeava integralmente as demais despesas (motéis, hotéis, alimentação, bebidas, táxi etc.). As orgias sempre iniciavam-se com o fornecimento em grande quantidade, pelo denunciado N., de bebidas alcoólicas a todos, inclusive às menores. Os crimes praticados por eles (N., C. e G.) e pelos demais denunciados serão detalhados a seguir, destacando-se os delitos contra a dignidade sexual por vítima.

3. Da Vítima G. S.

3.1. No mês de dezembro de 2009, a vítima G. S., com apenas 14 anos à época (fl. 181), na companhia de sua mãe (R. A. P.), dirigiu-se até à cidade de Porto Belo, tendo elas se hospedado na residência da denunciada C. do C. A. P.. No dia seguinte, C., já visando submeter G. à exploração sexual, levou-a até um show, onde foi apresentada ao denunciado N. G. de L. (que já estava acompanhado de outras três meninas – D., V. e L.). De lá, após ingerirem bebida alcoólica, foram todos até um prostíbulo, onde continuaram a servir bebida alcoólica a G., inclusive adicionando algum tipo de droga à bebida, fazendo com que ela perdesse os sentidos ou o controle sobre seus atos.

3.2. Em seguida, seguiram todos até o apartamento que N. dizia possuir no Condomínio S. o. t. S., bloco D, apto 501, bairro M. P., em Itapema. Lá, C., vendo que G. estava se recuperando, ministrou a ela outra droga, fazendo com que novamente perdesse os sentidos ou o controle sobre seus atos. A seguir, N. e C., com o intuito de saciarem sua lascívia, praticaram com G. atos libidinosos diversos da conjunção carnal: C. "chupou" a vagina da vítima e nela introduziu seus dedos, enquanto N. colocou o pênis na boca da menina. N. também manteve com G. conjunção carnal. O abuso sexual foi perpetrado por N. e C.valendo-se eles da condição de subjugada da vítima, que a eles não podia oferecer resistência, já que estava desmaiada ou semiacordada em decorrências das drogas e bebidas alcoólicas servidas a ela pelos citados denunciados.

3.3. Ao acordar pela manhã com as risadas dos denunciados N. e C., G. notou que estava nua e havia sangue em suas pernas e no

lençol. Notou que N. e C. estavam nus e deitados ao seu lado na cama. Perguntou a eles se tinham tirado sua virgindade, o que foi confirmado por C..

3.4. Tempos depois, já no ano de 2010, na residência da denunciada C. do C. , localizada na Rua J. L. n. 410, bairro T., R. do S.-SC, esta novamente tentou atrair sua prima e vítima G. à prostituição/exploração sexual, oferecendo-a a I. B.. Na oportunidade, C. afirmou a I. que a vítima "gostava de homens mais velhos que apagassem o fogo dela"; tendo, ainda, fornecido a ele o número do celular da vítima para contatos futuros. Após I. mandar algumas mensagens obscenas (pelo celular), G. ameaçou-o de levar o fato a conhecimento de seu pai, tendo I. desistido do assédio. C. ficou sabendo dos fatos (negativa de sair com I.) e ameaçou G. de morte.

3.5. Dias após o fato supratranscrito, ainda no ano de 2010 e na casa da cidade de Rio do Sul, visando obter vantagem econômica, novamente C. submeteu G. à prostituição/exploração sexual, obrigando-a a ter relações sexuais com N., que ficou de passar ali em seguida para levá-la a um motel. Dessa forma, após C. ter confirmado com N. que ele poderia "fazer uso" de G., aquele, sabedor de que a menina acabara de ser constrangida, apanhou-a na rodoviária de Rio do Sul e a levou até o Motel Três Chalés, também naquela cidade, onde, após servir a menina bebida alcoólica em abundância, manteve com ela conjunção carnal. Em seguida, N. levou G. para casa, pagando a ela R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) pelos serviços sexuais (R$ 50,00 deveriam ficar com ela e o restante deveria ser repassado a C.). G. acabou por entregar todo o dinheiro do programa a C..

4. Da Vítima D. L. F.

4.1. No mês de abril de 2011, em horário que a instrução poderá determinar, a vítima D. L F., com 15 anos à época (doc. anexo), que costumava participar de grupos de fanfarra coordenados pelo denunciado G. O., entrou em contato com ele a fim de que, na condição de professor de fanfarra, inserisse ela novamente em algum grupo (D. estava afastada dos ensaios em razão de uma operação). Assim, G., já pré-determinado a atrair D. à prostituição/exploração sexual, e visando obter vantagem econômica, informou (falsamente) a ela que havia um grupo de dança em Itapema. Com a aceitação de D., G. deu conta ao denunciado N. de que havia aliciado mais uma adolescente. Após algum tempo, G. passou na residência de

D. na cidade de Pouso Redondo-SC; levando-a, na companhia de duas moças (Júlia e S.), até o apartamento de N., localizado [...], nesta cidade.

4.2. Chegando em Itapema, sem saber D. o que lhe esperava (pensou que iria apenas ficar hospedada na residência do denunciado N.), foi ela embriagada no interior do referido apartamento por N. e outras pessoas: sentiu tontura, fraqueza, visão embaçada e dupla (talvez vítima das mesmas drogas usadas com a vítima G., já que os copos com bebidas eram lhe entregues prontos). Em seguida, aproveitando-se do fato de D. não poder oferecer resistência, o denunciado N. manteve com ela conjunção carnal.

4.3. Na mesma ocasião, o denunciado V. C. (que havia chegado momentos antes na residência de N.) e a pessoa que dizia se chamar "S." também mantiveram relações sexuais com D. (V. manteve conjunção carnal). "S." e V., prostitutos que ali estavam par atender à lascívia de N., acreditavam que D. era mais uma das meninas menores de 18 (dezoito) anos aliciada (induzida, atraída) para a prostituição/exploração sexual por G., a pedido de N.. G., na oportunidade, deixou o apartamento antes de as orgias sexuais começarem.

4.5. No dia seguinte, N. deixou Itapema levando a vítima D. em seu veículo. No trevo que dá acesso à cidade de Agronômica, encontraram-se com o denunciado G.. Este, por sua vez, levou D. até sua casa na cidade de Pouso Redondo. D. questionou G. acerca dos motivos de ter feito aquilo com ela, tendo G. permanecido em silêncio. Ao chegar em casa, D. contou o ocorrido para sua mãe, a denunciada E. M., que se mostrou contrariada com o ocorrido.

4.6. Dias após, o denunciado G. procurou E. M. e acabou convencendo-a de que, sair com N. G. em troca de dinheiro, seria uma boa oportunidade para a vida de D., e que financeiramente seria muito rentável. E., então, concordou com G. e permitiu que sua filha se relacionasse sexualmente com N. em troca de dinheiro, o que garantiria o "futuro" da filha. Com essa atitude, abrindo mão de exercer o poder familiar para o bem de sua filha (o que se espera de qualquer mãe), facilitou E. a exploração sexual da sua filha adolescente por parte dos denunciados G. e N..

4.7. A partir de então, com a intermediação de G., D. passou a ter encontros sexuais repetidas vezes (mais de dez) com N., e em

diversas localidades (Itapema, Rio do Sul e Florianópolis), em troca de dinheiro (N. pagava de R$ 200,00 a R$ 300,00 por encontro). Em vários encontros, segundo D., chegou a ter de quatro a cinco moças transando com ela e com o denunciado N.. Segundo ela, o denunciado G. recebia por encontro por volta de R$ 100,00 (cem reais) por moça que levava para satisfazer a lascívia de N.. Bebidas alcoólicas eram sempre servidas por N. aos menores nesses encontros.

5. Da vítima P. C. A. de S.

No ano de 2009, em data e horário que a instrução poderá determinar, a vítima P. C. A. de S., de apenas 16 anos à época (doc. anexo), foi atraída à prostituição/exploração sexual por D. de Tal, a pedido de N. G. de L. (que encomendava a D., regularmente, o aliciamento de menores para satisfação da sua lascívia). P. aceitou a proposta e, após combinar com N., foi ao seu encontro em Florianópolis, onde, em um motel local, manteve com N. conjunção carnal. Pelo programa recebeu R$ 700,00 (setecentos reais). Além de N. e P., participaram da orgia sexual D. e uma moça chamada L.; sendo servidas bebidas alcoólicas por N. a todos os participantes.

6. Da vítima J. P. R.

6.1. No ano de 2007, em data e horário que a instrução poderá determinar, na cidade de Imbuia-SC, o denunciado G., visando atrair J. P. R. (com apenas 15 anos à época (fl. 303)) à prostituição/exploração sexual, convidou-a a conhecer N. G. de L., sob a promessa de que ganharia dinheiro e roupas em troca de favores sexuais; o que foi aceito por J.. Assim foi que, após combinar o encontro com o denunciado N., este levou J. até o Motel Três Chalés, localizado na cidade de Rio do Sul, onde, após embriagá-la, manteve com ela conjunção carnal. Pelo programa, J. recebeu R$ 500,00 (quinhentos reais). J. possuía as qualidades desejadas por N. e encomendadas ao denunciado G.: era virgem e adolescente. G., antes de aliciá-la, assegurou-se de que J. era virgem. J. também ouviu do próprio denunciado N. que ele tinha preferência por "meninas virgens".

6.2. Ao sair do encontro acima descrito, N. deixou J. aos cuidados de G., que então voltou com J. para a cidade de Imbuia. Posteriormente, G. atraiu novamente J. à prostituição/exploração sexual, convidando-a para um novo encontro sexual com N.; o que foi aceito por J.. Para que a mãe de J. não desconfiasse da saída no-

turna da adolescente, G. pediu a ela que falasse para sua mãe que iria a um ensaio da fanfarra da escola (capitaneada por G.). Nessa noite, N. levou J. novamente até o Motel Três Chalés, localizado na cidade de Rio do Sul, onde, a exemplo da vez anterior, embriagou-a e, em seguida, manteve com ela conjunção carnal. Pelo programa, J. recebeu R$ 500,00 (quinhentos reais). Ao sair do motel, N. entregou a adolescente aos cuidados de G., que a levou de volta à cidade de Imbuia.

6.3. Uma semana após o encontro narrado no item anterior, insistindo na prática delitiva, o denunciado G. atraiu J. novamente à prostituição/exploração sexual, convidando-a a se encontrar com o denunciado N. em Florianópolis; tendo ela aceito mais uma vez o convite. Como da vez anterior, J. teve que mentir para sua mãe dizendo que iria a um encontro de fanfarra organizado por G.. Já em Florianópolis, J., juntamente com N. e M., foram até um motel, onde N. manteve conjunção carnal com elas e as meninas praticaram atos libidinosos entre si. Bebidas alcoólicas foram servidas por N. às menores. Na saída do motel, N. pagou M. e J. pelo programa (J. recebeu R$ 200,00, mas já havia recebido R$ 1.000,00 assim que chegara à Florianópolis).

6.4. Aproximadamente quatro dias após o fato narrado no item anterior, o denunciado N., que havia ido a Brasília-DF [..], tornou a encontrar J. e M. em Florianópolis, onde, em um motel local, manteve com elas conjunção carnal. Enquanto N. esteve em Brasília, J. ficou na casa de M. durante esses dias, o denunciado G. manteve contato regular com a família de J., para dizer que estava tudo bem com J. e com a "fanfarra" (a família de J. acreditava que ela estaria segura sob os cuidados de G.). Pelo novo programa J. recebeu R$ 200,00 (duzentos reais).

6.5. Após os dias que J. passou em Florianópolis sendo explorada sexualmente e tendo suas despesas bancadas por N., este a levou, juntamente com M., até a cidade de Ituporanga, onde o denunciado G. os aguardava. N. e M. seguiram para Rio do Sul e G. levou J. até a casa de seus pais em Imbuia: para os pais de J., voltava ela de uma alegre fanfarra em Florianópolis, sob os cuidados do confiável instrutor G. O..

6.6. Aproximadamente quarenta dias após os fatos narrados no item anterior, o denunciado N. ligou para J. pedindo que ela saísse

com ele e com outras meninas, em troca de dinheiro. Nessa época, J. já estava morando com uma irmã em Ituporanga. Foi de táxi até Rio do Sul, onde, na rodoviária, N. já a esperava com outras duas meninas. Foram todos para o Motel Três Chalés. Quando lá estavam, chegou mais uma menina. Após embriagarem-se, N. mandou que as meninas praticassem atos libidinosos entre elas, enquanto observava. Naquela noite, N. manteve conjunção carnal com todas as meninas. Pelo programa, J. recebeu R$ 300,00 (trezentos reais).

6.7. Vários encontros sexuais entre N. e J., mais de dez, sempre em troca de dinheiro, sucederam-se ao último fato acima narrado. Era sempre a mesma forma de agir por parte de N.: contratava várias meninas, faziam uso intenso de bebida alcoólica, mantinha conjunção carnal com elas e determinava que as moças praticassem atos libidinosos entre si, enquanto as observava, dando vazão a sua depravação moral.

7. Da vítima A. J.

7.1. Em janeiro de 2011, A. J., com 16 anos de idade (fl. 83), foi atraída à prostituição/exploração sexual por M. (também aliciada e que prestava serviços sexuais ao denunciado N. G. de L.), em troca de dinheiro. N. havia pedido à M. que trouxesse meninas "mais novas para ele conhecer": ou seja, menores de idade. A orgia deu-se no Motel Três Chalés na cidade de Rio do Sul. Participaram N., A., M. e D.. Todos beberam até se embriagar com as bebidas servidas por N.. Na oportunidade, N. praticou conjunção carnal com as três. Pelo programa, A. recebeu de N. R$ 150,00 (cento e cinquenta reais).

7.2. No final do mês de março deste ano ou início do mês de abril, A., que mora na cidade de Ituporanga, recebeu um telefonema de D. convidando-a para mais um programa sexual com o denunciado N.. As duas seguiram de táxi até a cidade de Rio do Sul, desembarcando no Motel Três Chalés, onde N. as esperava. Em seguida, chegou ao local C.. Novamente todos se embriagaram e N. manteve conjunção carnal com as três. Pelo programa, A. recebeu R$ 300,00 (trezentos reais).

7.3. O último programa de A. com o denunciado N. deu-se no dia 20 de maio deste ano, também no Motel Três Chalés, em Rio do Sul. A., juntamente com D., deslocou-se de táxi como de

costume. No local já estavam as adolescentes D. e P.. Novamente todos se embriagaram e N. manteve conjunção carnal com as quatro meninas. Também houve a prática de atos libidinosos entre as meninas, a mando de N.. Por este programa A. recebeu R$ 200,00 (duzentos reais).

8. Da vítima M. P. dos P.

8.1. No ano de 2009, na cidade de Ituporanga, M. foi atraída à prostituição/exploração sexual pelo denunciado G. O. e J. P. (esta já realizava programas sexuais com o denunciado N.). No primeiro encontro com N., ainda no ano de 2009, M. contava com 17 anos de idade. O encontro foi no Motel "Blue Mon", na cidade de Rio do Sul. Houve ingestão de bebida alcoólica e N. manteve conjunção carnal com as duas jovens (M. e J.). Pelo programa M. recebeu R$ 600,00 (seiscentos reais).

8.2. Entre julho de 2009 até 14.7.2010, quando completou 18 anos, M. teve aproximadamente 15 (quinze) encontros sexuais com o denunciado N., em diferentes locais e sempre em troca de dinheiro. Das orgias, além de N., sempre participavam várias meninas (até quatro). N. mantinha conjunção carnal com todas e pedia a elas que praticassem atos libidinosos entre si. Bebidas alcoólicas eram servidas por N. em grande quantidade.

9. Da vítima P. O. M.

9.1. Antes do mês de maio de 2011, na cidade de Pouso Redondo, P. O. M., então com 17 anos de idade, foi atraída à prostituição/exploração sexual por P. (que já fazia programas com o denunciado N. G. de L.). Como visto até agora, N. sempre instruía as meninas das quais comprava sexo para arrumarem outras meninas mais novas (menores) para se relacionarem sexualmente com ele, sempre em troca de dinheiro.

9.2. P. interessou-se e foi apresentada a N.. no mês de abril deste ano, no Motel Três Chalés, na cidade de Rio do Sul, P. participou da primeira orgia sexual. Estavam presentes, além dela e N., a amiga P. N. manteve conjunção carnal com as duas. As duas meninas também praticaram atos libidinosos entre si, a mando de N.. Todos estavam embriagados. Pelo programa P. recebeu R$ 600,00 (seiscentos reais).

9.3. No mês de abril deste ano, no Motel Três Chalés, na cidade de Rio do Sul, P. participou de uma orgia sexual em que estavam presentes, além dela e N., outras meninas (A., D. e uma moça que residia em Ituporanga). As demais meninas foram levadas até o motel pelo denunciado G. O.. N. manteve conjunção carnal com todas as meninas. Também mandou que as meninas praticassem atos libidinosos entre si, enquanto permanecia olhando. Bebidas alcoólicas eram servidas livremente a todos. P. recebeu R$ 500,00 (quinhentos reais) pelo programa.

9.4. Após completar 18 anos, P. participou de outras orgias sexuais pagas pelo denunciado N., sempre com a presença de outras meninas e com bebidas alcoólicas sendo fornecida em grande quantidade por N. aos participantes.

10. Dos Crimes dos arts. 147, 343 e 344 do Código Penal

10.1. Assim que tomaram conhecimento de que a vítima G. S. e seus familiares procurariam a Polícia Civil para relatar o estupro de que foi vítima G. na cidade de Itapema, os denunciados N. G. de L. e C. do C. A. P. resolverem interferir na livre manifestação daqueles que prestariam depoimentos ou declarações no inquérito, e que certamente imputariam a eles a prática do crime. A intenção era que as pessoas chamadas a depor não falassem a verdade e, por conseguinte, favorecessem os interesses de N. e de C. de não serem indiciados. E o meio utilizado foi a grave ameaça e o oferecimento de dinheiro.

10.2. Foi assim que, no dia 8.6.2010, ao tomar conhecimento de que J. S., morador de Canelinha e tio de G., procuraria a Polícia para relatar o estupro da menina, a denunciada C., a mando do denunciado N., ligou para o telefone de J. e disse a ele que deveria "ficar bem quieto senão ela transformaria a vida dele em um inferno e o colocaria na cadeia, e se for preciso eu planto droga na tua casa para te colocar na cadeia". N. chegou a oferecer dinheiro a J. para que ele permanecesse em silêncio, e, portanto, calasse a verdade perante a autoridade policial. A ameaça e a oferta de dinheiro não surtiram efeito, pois J. contou o que estava acontecendo a seu irmão V. S. e a sua cunhada R., e, juntos, procuraram a Polícia Civil de Tijucas para relatar o que sabiam acerca do estupro praticado por N. e C. (B.O. de fls. 3/4, que deu início ao inquérito policial que dá suporte a presente denúncia).

> 10.3. Ainda no ano de 2010, antes do registro do B.O. que deu início ao inquérito policial, em horário e local que a instrução poderá esclarecer, as graves ameaças também alcançaram a vítima G. S.. Segundo G., C. lhe ameaçou que "bateria nela para valer", caso G. relatasse o estupro de que foi vítima à autoridade policial. N., por sua vez, ameaçou G. dizendo que iria "acabar com ela e sua família", caso os fatos viessem à tona.
>
> 10.4. No mês de setembro de 2010, na cidade de Pouso Redondo — após, portanto, à data de registro do boletim de ocorrência (fls. 3/4) dando conta do estupro de G. pelos denunciados N. e C., e consequente instauração do inquérito policial —, C., a pedido de N., procurou a testemunha V. M. R.. C. "pediu" (na realidade coagiu) a V. para que esta ajudasse N., pois ele era capaz de "matar quem fosse contra o mesmo"; e que era para ela falar à polícia que G. não tinha dormido no mesmo quarto com N. e C., mas sim que G. havia dormido em outro quarto com V. e L.. V. estava no apartamento do denunciado N. na noite em que G. foi estuprada, em Itapema, e sabia que G. dormiu no mesmo quarto com C. e N.. V. já havia sido mencionada como testemunha dos fatos pela vítima G. na sua primeira declaração perante a autoridade policial (fls. 8/11), e sabiam N. e C. que ela seria chamada para ser ouvia formalmente como testemunha no inquérito (o que de fato ocorreu no inicio do mês de junho de 2011 (fls. 119/121)). Por fim, C. ofereceu um "boa gratificação" a V. para "ajudar" N. em seu depoimento.
>
> 11. <u>Da contravenção de fornecer (servir) bebidas alcoólicas às menores durante as orgias sexuais</u>
>
> Conforme descrito nos itens "3" a "9" desta denúncia, nas orgias sexuais patrocinadas pelo denunciado N. G. de L., ele sempre servia em abundância bebidas alcoólicas para todos os participantes, em especial às menores que serviam a sua lascívia. (fls. II-XII).

Concluída a instrução criminal, a MMa. Juíza julgou procedente parcialmente a denúncia, pelo que: a) absolveu o réu N. G. de L., da imputação relativa ao crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, § 1º do Código Penal) supostamente cometido contra a vítima D. L. F.; B) absolveu os réus N. G. de L. e C. do C. A. P., da imputação relativa aos crimes de coação no curso do processo e suborno de testemunha (arts. 343 e 344,

ambos do Código Penal), supostamente cometidos contra a vítima V. M. R.; c) condenou o réu N. G. de L., às penas de 35 (trinta e cinco) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime inicial fechado; 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de detenção e 10 (dez) meses de prisão simples, no regime inicial semiaberto, por infração ao disposto no art. 217-A, § 1º; art. 218, § 2º, inc. I (contra a vítima G.); art. 218-B, § 2º, inc. I (contra as vítimas D., A., P. e M) e art. 228, § 1º (antiga redação) c/c art. 29, caput (contra as vítimas J. e P.), todos c/c art. 71, caput (por mais de sete vezes) do Código Penal; e art. 147, caput c/c art. 29, caput, c/c art. 71, caput (por duas vezes), também do Código Penal; e art. 63, inciso I da Lei de Contravenções Penais, c/c art. 71, caput do Código Penal; todos os delitos referidos em concurso material de crimes; d) condenou a ré C. do C. A. P., às penas de 23 (vinte e três) anos e 07 (sete) meses de reclusão no regime inicial fechado; 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de detenção e 06 (seis) meses de prisão simples, no regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 100 (cem) dias-multa, cada dia no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao disposto no art. 217-A, § 1°; art. 218-B, § 1º, ambos do Código Penal; e art. 147, caput c/c art. 29, caput, c/c art. 71, caput (por duas vezes), também do Código Penal; todos os delitos referidos em concurso material de crimes; e) condenou o réu G. O., às penas de 09 (anos) e 04 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 400 (quatrocentos) dias-multa, cada dia no valor de 1/30 salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao disposto no art. 218-B, § 1º (contra as vítimas D. e M.) e art. 228, § 1º (antiga redação) c/c art. 29, caput (contra a vítima J.), todos c/c art. 71, caput (por mais de cinco vezes) do Código Penal. f) condenou o réu V. C. ao cumprimento de 04 (quatro) anos de reclusão, no regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, uma prestação de serviços à comunidade, por período idêntico ao da pena corporal e uma pena de prestação pecuniária, no valor de dois salários mínimos, por infração ao disposto no art. 218-B, § 2°, inciso I do Código Penal. g) condenou a ré

E. M. ao cumprimento de 04 (quatro) anos de reclusão, no regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, uma prestação de serviços à comunidade, por período idêntico ao da pena corporal e uma pena de prestação pecuniária, no valor de dois salários mínimos, por infração ao disposto no art. 218-B, § 1º do Código Penal (fls. 2373-2494).

Inconformados os acusados interpuseram recursos de apelação.

A ré E. M. alega a usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento do feito, a nulidade das interceptações telefônicas decretadas, bem pleitou o desentranhamento do documento de fls. 1483-1495 porque nulo de pleno direito. No mérito, suplicou pela absolvição, pois sua conduta seria atípica, e que não haveria provas suficientes para embasar o decreto condenatório (fls. 2593-2648).

O réu G. O., preliminarmente, suscitou a usurpação da competência da Suprema Corte para o julgamento da causa, a nulidade das interceptações telefônicas e dos documentos de fls. 1.483-1.495. Aventou, ainda, a atipicidade da conduta prevista no item 6 da denúncia, porquanto anteriores à vigência da Lei n. 12.015/2009, e a inépcia da peça acusatória, a qual teria deixado de precisar as datas das condutas imputadas. Defendeu a ausência de condição de procedibilidade do processo e a total improcedência das acusações. Alternativamente, suplica a redução da pena infligida e da respectiva multa, realizando o prequestionamento da matéria (fls. 2723-2884).

C. do C. A. P. sustenta a existência de provas ilícitas por derivação, e a suspeição da Sentenciante. Quanto ao mérito, postulou a absolvição dos delitos que lhes foram imputados. Subsidiariamente, requereu reparo na dosimetria penal. Por fim, rogou o prequestionamento dos dispositivos suscitados (fls. 2885-2995).

O acusado V. C. alega que a decisão condenatória fez uso de provas ilícitas por derivação. No que tange ao mérito da causa, suplica pela

absolvição sob argumento de que a pretensa vítima nega a prática de exploração sexual de vulnerável (fls. 3007-3038).

Por fim, N. G. de L. arguiu, preliminarmente, que a decisão combatida estaria contaminada pela valoração de provas derivadas das declaradas ilícitas pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a suspeição da Julgadora *a quo*. Defende, também, a atipicidade dos fatos descritos nos itens 5 e 6 da denúncia e a nulidade das interceptações telefônicas. Consignou a falta de condição de procedibilidade em relação às vítimas P. C. A. de S. e J. P. R., e a nulidade da prova testemunha colhida na Carta Precatória 072.11.004074-2. No tocante ao mérito, suplicou a absolvição de todas as imputações (fls. 3039-3256).

Após, as contrarrazões (fls. 2656-2664 e 3283-3335), os autos ascenderam a esta Corte.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Gercino Gerson Gomes Neto, o qual opinou pelo desprovimento dos recursos.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de recursos de Apelações Criminais interpostos por E. M., C. do A. P., G. O., V. C. e N. G. de L., contra sentença proferida pela Magistrada da Vara Criminal, comarca de Itapema, que na ação penal (autos n. 125.11.003816-25), julgou parcialmente procedente a denúncia, pelo que condenou os réus pelo cometimento de crimes relacionados à suposta rede de exploração sexual de adolescentes.

1. Das preliminares

1.1 Da arguição de suspeição da Magistrada *a quo* (réu N. G. de L.)

No que tange à alegada suspeição da Magistrada que instruiu a ação penal, tem-se que a apelação criminal não é a via adequada para apreciar a questão, dada a existência de procedimento específico previsto no Código de Processo Penal para resolver o incidente (art. 95 do CPP).

Insta mencionar, a defesa do acusado N. G. de L. apresentou o incidente de suspeição (autos n. 2012.015507-2), o qual foi rejeitado liminarmente pelo Eminente Des. Solon D'eça Neves, decisão confirmada por esta Câmara, na ocasião do julgamento do agravo.

Nessa decisão, a súplica do recorrente ficou assim ementada:

> AGRAVO EM EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE REJEITOU LIMINARMENTE A ARGUIÇÃO EM VIRTUDE DA AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO ALEGADO BENEFÍCIO DA MAGISTRADA AO PARQUET (ART. 100, § 2º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). SUSTENTADA A DISTORÇÃO NA APRECIAÇÃO DAS PROVAS NA DECISÃO QUE MANTEVE O AGRAVANTE SEGREGADO, O QUE CONFIGURARIA PRÉ-JULGAMENTO DA CAUSA. TESE RECHAÇADA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA DO EXCEPIENTE QUE DEVE SER FUNDAMENTADA CONFORME OS ELEMENTOS CARREADOS AOS AUTOS, SOB PENA DE NULIDADE (ART. 93, IX DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). PREVALÊNCIA, ADEMAIS, DA LIVRE APRECIAÇÃO DAS PROVAS (ART. 155 DO CPP). JULGADORA QUE NÃO EXTRAPOLOU OS LIMITES DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NA HIPÓTESE. DESPACHO PROFERIDO NA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL N. 12.484 QUE NÃO CONDUZ, NECESSARIAMENTE, À SUSPEIÇÃO DA MAGISTRADA EXCEPTA. AUSÊNCIA DE PROVAS ACERCA DA PARCIALIDADE SUSCITADA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO COMBATIDA. RECURSO DESPROVIDO. (Agravo (art. 39 da Lei 8.038/90) em Exceção de Suspeição n. 2012.015507-2, de Itapema, deste Relator, j. em 21.6.2012).

Dessa forma, não reconhecida a suspeição da Julgadora *a quo* no respectivo incidente, vota-se pelo não conhecimento do recurso no ponto.

1.2 Da alegação da falta de justa causa para a ação penal, em razão da nulidade do inquérito policial e das interceptações telefônicas. Condenação embasada em prova ilícita por derivação (apelantes N. G. de L., C. do C. A. P., V. C. E G. O.)

Os apelantes sustentam que o decreto condenatório fundamentou-se em provas reconhecidamente como ilícitas pelo Supremo Tribunal Federal, o que teria maculado toda a ação penal deflagrada contra os acusados.

Convém esclarecer que, no caso, deflagrada a ação penal, a defesa dos réus N. G. de L. e C. do C. A. P. ajuizou a Reclamação Constitucional n. 12.484, na qual se alegou a usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal durante a fase investigativa, bem como eventual ilegalidade quanto ao uso de algemas pelo acusado N. G. de L. na citada ação constitucional, postulou-se, liminarmente, a suspensão da ação penal e a soltura de ambos os réus. No mérito, requereu-se a declaração de nulidade de todo expediente de investigação preliminar, bem como dos procedimentos dele decorrentes, inclusive o recebimento da denúncia e o reconhecimento de falta de justa causa e/ou de pressuposto processual para o exercício da ação penal.

Ao deferir parcialmente a liminar almejada, o Eminente Ministro Dias Toffoli determinou que os elementos de provas formalmente produzidos nos inquéritos ns. 129/10 e 280/10 fossem desentranhados do caderno processual, nos seguintes termos:

> "Por estas razões é que entendo devam ser esses elementos de provas formalmente produzidos nos inquéritos ns. 129/10 e 280/10, serem desentranhados do caderno processual, de forma que não sirvam de subsídio para fundamentar uma eventual condenação, sem prejuízo, obviamente, daquelas provas produzidas autonomamente na fase judicial, sob o crivo do contraditório" (fls. 1337-1338).

Em obediência ao comando do Pretório Excelso, a Magistrada *a quo* ordenou o cumprimento da medida deferida, pelo que foram desentranhados os documentos de fls. 01-274 do caderno processual, e o

descarte das cópias de depoimentos e diligências produzidas no curso da investigação criminal que acompanhavam as cartas precatórias (fl. 1219).

Daí que, executada a ordem do Supremo Tribunal Federal, descabe cogitar o acolhimento da preliminar suscitada, decorrente da utilização de provas obtidas por meios ilícitos para embasar o decreto condenatório, mormente pela prudência da Magistrada que fundamentou a sentença condenatória em provas produzidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório, após a retirada das referidas peças maculadas.

Em outras palavras, "eventual ilicitude da prova colhida na fase policial não teria a força de anular o processo em causa; até porque as provas alegadamente ilícitas não serviram de base para a condenação do paciente" (HC 97969, rel. Min. Ayres Britto, j. em 1.2.2011).

Destaca-se, ainda, a determinação da Suprema Corte não impôs óbices à continuidade da ação penal instaurada, sequer ordenou o seu trancamento, mas, tão somente, afastou as provas supostamente produzidas durante o exercício do mandato eletivo de N. G. de L.

Conforme bem ponderou o Eminente Ministro Toffoli (fl. 1337), é pacífico o entendimento de que o inquérito policial possui caráter informativo, dispensável para o oferecimento da denúncia, de modo que as nulidades decorrentes desse procedimento não afetam a ação penal.

Para ilustrar, colhe-se do Supremo Tribunal Federal:

> Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Jurisprudência do Supremo Tribunal pacífica no sentido de que o inquérito policial é peça meramente informativa e dispensável e, com efeito, não é viável a anulação do processo penal em razão das irregularidades detectadas no inquérito, porquanto as nulidades processuais dizem respeito, tão somente, aos defeitos de ordem jurídica que afetam os atos praticados durante da ação penal. 4. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão recorrida. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 654192 AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 22.11.2011) .

> Não destoa o entendimento deste Tribunal:
>
> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR (ARTIGO 214 C/C O ARTIGO 224, ALÍNEA "A", C/C ART. 225, § 1º, NA FORMA DOS ART. 69 E 71, TODOS DO CÓDIGO PENAL). RECURSO DA DEFESA PRELIMINAR. NULIDADE PROCESSUAL. IRREGULARIDADE NO INQUÉRITO POLICIAL. NÃO VERIFICADA. NULIDADE PORVENTURA HAVIDA NA ELABORAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL NÃO TÊM O CONDÃO DE MACULAR A AÇÃO PENAL POSTERIORMENTE INSTAURADA. PREFACIAL AFASTADA. (Apelação Criminal n. 2011.071367-5, de Criciúma, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. em 5.6.2012).

Além disso, cumpre registrar, o inquérito policial é peça meramente informativa, de caráter inquisitivo, não sendo aplicados os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois sua finalidade é restrita à apresentação de elementos para a *opinio delicti*, sendo dispensável, inclusive, ao oferecimento da denúncia.

Na verdade, "o inquérito não é, absolutamente, indispensável à propositura de ação penal, podendo a acusação formar o seu convencimento a partir de quaisquer elementos informativos" (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, (Curso de Processo Penal. 14ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011, p. 52).

Ante o exposto, afasta-se a preliminar aventada.

1.3 Da alegada atipicidade da conduta (itens 5 e 6 da denúncia) referente ao crime art. 218-B, §§ 1º e 2º do Código Penal. (apelantes N. G. de L., e G. O.)

Alegam os recorrentes a inexistência, à época dos fatos, do delito previsto no art. 218-B, descrito nos itens 5 e 6 denúncia, os quais tratam da exploração sexual mediante pagamento pecuniário às jovens "P. C. A.

de S". e "J. P. R"., e que G. O. teria funcionado como aliciador de J. P. R., facilitando seu encontro com N. G. de L.

Pois bem.

Acerca da matéria, dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no *caput* do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual:
>
> Pena - reclusão de quatro a dez anos, e multa.
>
> § 1º Incorrem nas mesmas penas o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifique a submissão de criança ou adolescente às práticas referidas no *caput* deste artigo.
>
> § 2º Constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

Todavia, a Lei n. 12.015/2009, publicada em 10.8.2009, provocou significativas alterações no Título VI do Código Penal, o qual passou a ser denominado "Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual".

A saber, o diploma mencionado inseriu o art. 218-B no Código Penal, que assim preconiza:

> Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:
>
> Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.
>
> § 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.
>
> § 2º Incorre nas mesmas penas:
>
> I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no *caput* deste artigo;

> II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no *caput* deste artigo.
>
> § 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

Verifica-se, pois, a presença da continuidade normativo-típica entre a legislação citada, uma vez que a matéria antes disciplinada pelo art. 244-A do ECA, passou a ser disciplinada pelo art. 218-B do CP.

No entanto, à época dos fatos (2007 e 2009), as condutas descritas contra as vítimas P.C.A de S. e J.P.R, pelas quais o acusado N. G. de L. foi condenado (art. 218-B, § 2º, I, do CP) não eram tipificadas, de modo que inexistia incriminação para quem praticasse conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos, em troca do pagamento de pecúnia.

Consequentemente, em razão da ultratividade da lei penal mais benéfica ao acusado, deve-se utilizar a norma vigente à época dos fatos, de modo que a absolvição de N. G. de L., com fundamento no art. 386, III, do CPP, é a medida de rigor, em relação ao delito do art. 218, § 2°, I, do Código Penal.

Em caso análogo, já decidiu esta Câmara:

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. PLEITO CONDENATÓRIO. VIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA BEM DELINEADAS NOS AUTOS. ADOLESCENTE CONSTRANGIDA A MANTER RELAÇÃO SEXUAL MEDIANTE GRAVE AMEAÇA. CONJUNTO PROBATÓRIO HÁBIL A CONDENAR O RÉU. CRIME DE EXPLORAÇÃO SEXUAL DE VULNERÁVEL DESCRITO À EPOCA NO REVOGADO ART. 244-A DO ECA E ATUALMENTE DISCIPLINADO NO ART. 218-B DO CP. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE NORMATIVA. CONDUTA DE OFERECER PECÚNIA À ADOLESCENTE PARA A PRÁTICA DE ATOS

> LIBIDINOSOS QUE ERA ATÍPICA À ÉPOCA DOS FATOS. PROIBIÇÃO DA RETROATIVIDADE PENAL DA LEI MAIS GRAVOSA. ÉDITO ABSOLVITÓRIO MANTIDO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Criminal n. 2011.083226-7, de Mafra, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 11.6.2012).

Por outro lado, considerando que as penas pelos supostos crimes, pelos quais o réu está sendo absolvido, praticados contra P.C.A de S. e J.P.R., foram apuradas em conjunto com os crimes praticados contra as vítimas D.L.F., A.J., M.P. dos P. E P.O.M. (art. 218-B, § 2º, do CP), em continuidade delitiva (art. 71 do CP), não haverá propriamente alteração da pena, como se verá adiante.

Mostra-se acertada, também, a capitulação do art. 228 do CP dada pela Magistrada *a quo* no tocante ao suposto delito perpetrado por G. O. contra a vítima J., pois se extrai da peça acusatória que o réu G. visou atrair a vítima à prostituição no ano de 2007, como se verá adiante.

1.4 Da alegada falta de condição de procedibilidade dos crimes de estupro e corrupção de menores em relação às vítimas D. L. F. (item 4 – réu G. O.), P. C. A. de S. (item 5 - réu N. G. de L.) , J. P. R. (item 6) e M. P. dos P. (item 8 - réu G. O.)

Os apelantes alegam que os fatos descritos na peça acusatória em relação às vítimas D. L. F., P. C. A. de S., J. P. R. e M. P. dos P., por terem ocorridos anteriormente à vigência da Lei n. 12.015/2009, configurariam, em tese, os crimes de estupro e corrupção de menores, previstos nos arts. 213 e 218 do Código Penal, os quais demandariam a representação das vítimas para procedibilidade criminal, ausente na hipótese.

Razão não lhes assiste.

Isso porque, conforme bem esclarecido na sentença, "*os crimes em que estariam incursos os réus N. G. de L. e G. O. são de ação penal pública incondicionada, sendo desnecessária a representação das vítimas*".

Ademais, acompanha-se a fundamentação expendida no voto-vista para repelir a prefacial aventada, *verbis:*

> "Observo que em relação à vítima D.L.F. (item 4 da denúncia), o crime de estupro ali narrado descreve violência real, e não ficta: segundo a narrativa, o crime teria ocorrido após a vítima ter sido embriagada. O ato, portanto, foi animado pela incapacidade da vítima de defender-se, não pudesse oferecer resistência (fls. IV e V). Em dado cenário, o caso é, evidentemente, de ação incondicionada.
>
> No mais, tomo o que dito na sentença: as demais condutas foram almoldadas ao tipo de favorecimento sexual. Logo, passam imunes a particular exigência de representação.
>
> [...]
>
> Por fim, em relação à vítima M.P. dos P. (item 8 da inicial acusatória), a denúncia não é inepta porque os fatos ambientam-se entre julho de 2009 e 14.07.2010, época em que a vítima alcançara a maioridade civil (fl. VIII); logo, a prática delituosa sobreveio à Lei n.º 12.015/09, quando então não se exigia mais a representação".

Assim, afasta-se a preliminar de nulidade por ausência de condição de procedibilidade da ação penal.

1.5 Da alegada falta de condição de procedibilidade em relação ao crime de ameaça (réu N. G. de L.)

Há de se reconhecer, todavia, a ausência de representação contra os acusados N. G. de L. e C. do C. A. P. quanto ao delito de ameaça (art. 147 do CP), o que implica na absolvição dos acusados.

Isso porque "o Ministério Público somente está autorizado a agir, ingressando com a ação penal, caso a vítima ofereça representação, o que reforça a idéia de que é preciso que a parte ofendida tenha, de fato, levado

a sério a intimidação feita pelo agente" (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 10ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 700).

No caso, as narradas ameaças teriam sido proferidas pelos acusados N. G. de L. e C. do C. A. P. no ano de 2010 (itens 3.4, 10.2 e 10.3 da denúncia).

Destaca-se, contudo, no período compreendido entre as supostas ameaças e o recebimento da denúncia (20.6.2011 – fls. 328-332) transcorreu prazo superior a 6 (seis) meses e não há notícias nos autos de representação dos ofendidos pelas supostas intimidações sofridas.

De sorte que, uma vez que o crime de ameaça exige a representação do ofendido, no prazo de 6 (seis) meses, inexistindo a mencionada condição de procedibilidade, deve ser reconhecida a decadência do direito de representação dos ofendidos.

A propósito:

> HABEAS CORPUS. PEDIDO PARA O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL. AMEAÇA (ARTIGO 147 DO CÓDIGO PENAL). AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA VONTADE DA VÍTIMA EM REPRESENTAR O PACIENTE. DECURSO DO PRAZO DECADENCIAL DE 6 (SEIS) MESES. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE (ARTIGO 103 E ARTIGO 107, INCISO IV, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL QUE SE IMPÕE. ORDEM CONCEDIDA. (Habeas Corpus n. 2011.049666-9, de Videira, rel. Des. Hilton Cunha Júnior, j. em 16.8.2011).

Nessa senda, declara-se a extinção da punibilidade de N. G. de L. e C. do C. A. P. em relação ao crime de ameaça, nos termos do art. 107, IV do Estatuto Repressor.

1.6 Da alegada inépcia da denúncia (réu G. O.)

Quanto à prefacial de inépcia da denúncia, porque a peça acusatória teria deixado de precisar as datas dos acontecimentos, tem-se que o apelo de G. O. não merece guarida.

É sabido, ao contrário do que sustenta o recorrente, a falta de indicação de dia e mês dos fatos tidos por delituosos não é causa de nulidade da exordial acusatória, quando esta oportuniza ao acusado a ampla defesa e o contraditório.

Em outros termos, "a ausência de indicação das datas específicas em que praticados os crimes não constitui vício insanável da denúncia, quando possível contextualizar, pelas informações constantes da inicial, o período em que se deram os fatos" (STJ, HC 197550/PE, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 4.10.2011).

Deste Tribunal, cita-se em reforço:

> APELAÇÃO CRIMINAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADO POR PADRASTO CONTRA MENOR DE 14 (QUATORZE) ANOS, ANTES DA LEI N. 12.015/09 (ART. 214 C/C ART. 224, 'A' E ART. 226, II, TODOS DO CÓDIGO PENAL, COM REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N. 12.015/09).
>
> 1. PRELIMINARES.
>
> 1.1. INÉPCIA DA DENÚNCIA POR AUSÊNCIA DE MENÇÃO À DATA DO CRIME. INOCORRÊNCIA. CONTEXTO DOS AUTOS APTOS A PERMITIR O CONHECIMENTO DO PERÍODO EM QUE OCORRERAM OS FATOS. REJEIÇÃO. [...] (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.015496-7, de Itapoá, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. em 26.4.2012).

Ademais, verifica-se que a denúncia oferecida contempla os elementos mínimos da materialidade e dos indícios de autoria das condutas do acusado, bem como expôs os fatos criminosos, suas circunstâncias, a qualificação do apelante, a classificação dos crimes e o rol de testemunhas, de modo que preenchidos os requisitos do art. 41 do CPP.

Pelo exposto, rechaça-se a tese aventada.

1.7 Da alegada emancipação de fato da vítima D. L. F. e da adequação social (ré E. M.)

Sustenta a defesa da ré E. M. que, em virtude de a vítima D. L. F. ter convivido em união estável com W. L. de C., a infante teria se emancipado, circunstância demonstrativa da plena capacidade da menor para exercer seus direitos e manifestar suas vontades.

Ocorre que, ao contrário do que se sustenta, eventual emancipação da filha da recorrente é irrelevante para a caracterização do crime pelo qual a acusada foi condenada (art. 218-B, § 1º, do CP).

Isso porque a existência de continuidade típica entre os crimes do art. 244-A do ECA e do art. 218-B do Código Penal, perseverou o intento do legislador em tutelar a formação moral da criança ou adolescente, com o fito de blindar a pessoa em desenvolvimento.

De sorte que, tratando-se de vítima menor de 18 (dezoito) anos, sobressai patente sua incapacidade para externar seu consentimento, ainda que já tenha mantido uma união estável, sendo tal relacionamento incapaz para lhe outorgar a qualidade de emancipada, uma vez que "a união estável se equipara ao casamento somente para o fim de constituir família, mas não pode ser utilizada como motivo para o suprimento da idade para se obter a emancipação" (TJRS - AC n. 70042308163, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. em 29.6.2011).

Não bastasse isso, o crime de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável pode ser cometido pela via da omissão, "desde que o agente tenha o dever jurídico de impedir o resultado. Assim, cometem o crime em questão o pai, tutor e curador que aceitam e toleram a prostituição de pessoa que lhes é sujeita e cuja

educação, orientação e guarda lhes compete" (CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. 9. ed. vol. 3. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 108).

Nesse encadeamento, caracterizado o vínculo de descendência entre a acusada E. M. e a vítima D. L. F., torna-se desnecessária a discussão acerca da emancipação da ofendida.

A propósito, *mutatis mutandis:*

> RECURSO ESPECIAL. CRIME DO ART. 244-A DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. SUBMETER ADOLESCENTE À PROSTITUIÇÃO EM CASA DE MERETRÍCIO. PROSTÍBULO PERTENCENTE AO RECORRIDO. DELITO QUE NÃO EXIGE ATOS DE COERÇÃO CONTRA A VÍTIMA OU O SEU CONSENTIMENTO.
>
> RECURSO PROVIDO.
>
> 1. O crime previsto no art. 244-A da Lei n.º 8.069/90, relativo à "[s]ubmeter criança ou adolescente, como tais definidos no caput do art. 2.º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual", visa tutelar a formação moral desse indivíduo, tendo em vista a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.
>
> 2. No caso, apurou-se que o Recorrido mantinha prostíbulo no qual laborava a vítima, então com 15 (quinze) anos de idade.
>
> 3. Para configurar esse delito, não se exige que o sujeito ativo afronte a vítima com a possível utilização da força, tampouco é relevante o seu consentimento, uma vez que a ofendida não tem capacidade para assentir.
>
> 4. Recurso provido para, cassando o acórdão recorrido, restabelecer a sentença condenatória.
>
> (REsp 1286947/RS, rel. Min. Laurita Vaz, j. em 20.3.2012).

Pelo exposto, afasta-se a tese aventada.

1.8 Da alegada nulidade da prova testemunhal colhida mediante a Carta Precatória n. 072.11.004074-2 (réu N. G. de L.)

Aduz o apelante o reconhecimento da nulidade processual decorrente da prova testemunhal colhida mediante a expedição de Carta Precatória (autos n. 072.11.004074-2), porque a habilitação do assistente da acusação foi efetuada no Juízo deprecado, não nos autos principais.

É sabido, a assistência de acusação "é a oposição ocupada pelo ofendido, quando ingressa no feito, atuando, ao lado do Ministério Público, no polo ativo. Trata-se, ao mesmo tempo, de sujeito e parte secundária na relação processual" (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 10ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 596).

Pois bem. Acerca da matéria, dispõe o Código de Processo Penal:

> Art. 268. Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no art. 31.
>
> Art. 269. O assistente será admitido enquanto não passar em julgado a sentença e receberá a causa no estado em que se achar.

Da leitura dos dispositivos supra, observa-se haver delimitação quanto ao momento oportuno para a habilitação do assistente da acusação, havendo referência legislativa apenas de que o procedimento poderá ser realizado "em todos os termos da ação pública", expressão que compreende, obviamente, atos realizados no juízo deprecado.

A par disso, bem destacou a Magistrada *a quo*:

> "[...] se o assistente de acusação pode habilitar-se em todos os termos do processo e se recebe a causa no estado em que se achar, pode habilitar-se na carta precatória, e todo o incidente relativo ao ato deprecado deve ser resolvido pelo juízo deprecado" (fl. 2388).

É cediço, ademais, o entendimento da jurisprudência de que a ausência de despacho de admissão do assistente de acusação não é causa de nulidade, configurando-se apenas mera irregularidade. Veja-se:

> HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGAÇÃO DE VÍCIO NA INTERVENÇÃO DO ASSISTENTE DA

> ACUSAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. WRIT PARCIALMENTE CONCEDIDO.
>
> 1 - A falta de decisão que habilita expressamente o assistente de acusação no processo constitui mera irregularidade.
>
> [...] (HC 69570/MT, rel. Min. Paulo Gallotti, j. em 29.6.2009).

Não discrepa o entendimento desta Corte:

> HABEAS CORPUS. PRÁTICA, EM TESE, DO CRIME PREVISTO NO ART. 250, § 1º, II, A, DO CP. PEDIDOS IDÊNTICOS ANALISADOS ANTERIORMENTE, CUJA ORDEM FOI DENEGADA. WRIT NÃO CONHECIDO COM RELAÇÃO A ESSES PLEITOS. [...] ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADES NAS INTERVENÇÕES DA VÍTIMA NO FEITO, POIS AUSENTE HABILITAÇÃO COMO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. MERA IRREGULARIDADE. PRECEDENTES. INSURGÊNCIA QUANTO ÀS MEDIDAS PROTETIVAS. AINDA QUE SE TRATE DE CRIME DE INCÊNDIO, DEVEM PERMANECER PARA RESGUARDAR A INTEGRIDADE FÍSICA DA SUPOSTA VÍTIMA, ATÉ PORQUE O DELITO TERIA SIDO MOTIVADO PELO TÉRMINO DO RELACIONAMENTO AMOROSO. TRANCAMENTO DA AÇÃO INDEFERIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INOCORRENTE. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus n. 2010.057331-5, de Itapoá, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j.em 13.10.2010).

Diante disso, afasta-se a prefacial.

1.9 Da alegada nulidade do expediente de fls. 1.483-1.495 por se tratar de prova ilícita por derivação (réus E. M. e G. O.) e do aproveitamento do depoimento da testemunha A. P. (réu G.O.)

Há que se reconhecer a imprestabilidade do expediente de fls. 1.483-1.495, e da oitiva da testemunha A. P. de F., porque essas provas denotam a intenção do Juízo em aviventar os elementos produzidos na fase inquisitorial.

Sobre o assunto, adota-se como razões de decidir os fundamentos do eminente Des. Ricardo Roesler:

> "Embora a matéria pareça propriamente temática preliminar – assim é, inclusive, deduzida – preferi sua análise como subsídio de prova; afinal, a discussão somente assume alguma relevância se a condenação no juízo de origem, e sua consequente manutenção neste tribunal dependerem de alguma prova ilegal.
>
> A propósito, já apontei a utilização de prova viciada – tanto que estou propondo a absolvição de uma das acusadas (a ré E.M.), pois sua condenação orbita em torno de prova que, não tenho dúvidas, veio à reboque de outras já declaradas viciadas. Adianto, todavia, que eventual nulidade não põe em xeque o feito, mas apenas exige que alguma prova seja expurgada.
>
> Relembro que o processo ressente-se da prova indiciária, que por determinação do STF (Recl 12.484/SC, Rel. Min. Dias Toffoli) foi desentranhada dos autos. A decisão tomou como fundamento a incompetência da autoridade policial local para apurar os fatos na época, considerando a particular condição do acusado N.G. de L. Daí a exclusão sumária de toda prova lá gestada.
>
> Não é possível precisar em que consistiam aqueles elementos (evidência de que se cumpriu a determinação judicial com muito rigor), mas ao que indicam os recorrentes cuidava-se, entre outros, de testemunhos e de escutas telefônicas. E deles, nos autos, não remanescem cópias. Bem por isso boa parte da dedução de nulidade tem apenas apelo pirotécnico, e a se ter em conta a maneira banalizada e pirrônica com que essa argumentação foi invocada ao longo do processo, tanto aqui quanto no Supremo Tribunal Federal, alguma cautela, e sobretudo um olhar mais sereno é necessário, a fim de que em meio à cortina de fumaça não se imiscuam elementos que possam colocar em dúvida a propriedade das provas apuradas em juízo.
>
> Dito isso, já destaquei, houve alguma insistência do juízo de origem na tentativa de aviventar determinadas provas inquisitórias (os interrogatórios). Talvez porque a determinação para que fossem sacados os subsídios indiciários tenham causado certa desorientação inicial na apuração da prova (a partir do que a defesa de alguns, de forma muito ingênua, tem deduzido a ausência de elementos

mínimos para a deflagração da demanda), pareceu necessário algum reforço à prova judicial que, há de se reconhecer, foi brejeiramente providenciado em dois momentos: um deles, com a oitiva do delegado que inquirira as vítimas, relatando, entre algumas impressões pessoais, o que lhe fora dito (expediente de fls. 1.483-1.495); a outra, o depoimento da testemunha A.P. de F., que acompanhara algumas vítimas na delegacia, e em juízo reproduziu o que ouvira na ocasião (mídia de fl. 1.777).

A oitiva da autoridade policial é algo mesmo difícil de justificar-se, considerando que só poderia dizer dos fatos em face do que investigou ou lhe fora dito em razão do ofício. Ora, se o inquérito houve de ser expungido, ouvir a autoridade indiciária para supri-lo é fazer "chover no molhado". Disso, aliás, já se precaveu parte da defesa, invocando a nulidade. Não se trata então de um presságio, mas de uma advertência bastante substancial e que não pode ser tomada com arrogância. Daí porque, não tenho dúvidas, a prova é imprestável, e deve ser excluída como as demais que a precederam.

Por outro lado, o testemunho de A.P. de F. também padece do mesmo vício. A testemunha não prestou declarações propriamente em razão de sua função de conselheira tutelar, mas de acompanhante das vítimas. O fato, aliás, até foi observado pelo juízo durante a inquirição, que em algumas ocasiões advertiu o próprio órgão acusador sobre o cuidado para que não fossem revisitados todos os termos das declarações das vítimas prestadas na delegacia (advertência, fácil presumir, inócua naquele contexto).

Ambas as provas, portanto, almejavam o impossível: reviver o que circunstancialmente foi feito no curso do inquérito, providência quem sabe animada por certa retração das vítimas quando ouvidas em juízo. Mas isso, claro, não as legitima; os desdobre da prova indicária, apenas com colorido diferente, é imprestável tanto quanto a prova inicialmente colhida de modo indevido. O STF tem recorrentemente feito a advetência:

(...) A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("*FRUITS OF THE POISONOUS TREE*"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO.

- Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude

originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subseqüente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária.

- A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "*due process of law*" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes.

- A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "*frutos da árvore envenenada*") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. (...).

- Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. (...) (HC 93.050/RJ. Segunda Turma. Rel. Min. Celso de Mello. Decisão de 10.06.08 - grifado como no original).

Bem porque viciadas não servem de base condenatória. À exceção de um único caso, farei ver, essa provas não chegaram a assumir essa feição – principalmente porque a prova judicial é bastante robusta – mas foram sim empregadas como reforço de argumentação eventualmente em alguns casos. Logo, não invalidam o processo. Conforme assentado oportunamente o Min. Moreira Alves,"*a previsão constitucional não afirma ´que são nulos os processos em que haja prova obtida por meios ilícitos´*", mas apenas a prova com dado formato (STF, HC 69.912/RS). Nesse passo, é apenas necessário algum acerto na sentença, que se mantém independentemente da consideração daqueles elementos.

> Quanto ao ponto, apenas uma ressalva: uma das provas em questão (as declarações de A.P. de F.) foi utilizada para declarar-se a absolvição de N.G. de L. do crime de estupro, em face da vítima D.L.F. (item II.14 da sentença). Nada obstante sua condição de ilicitude, hoje se tem admitido que mesmo a prova viciada pode ser empregada em benefício do acusado (por todos, STF, HC 74.678/SP, Rel. Min. Moreira Alves), razão pela qual sua exclusão não prejudica a solução absolutória".

Assim, reconhece-se a ilicitude, tão somente, da prova acostada às fls. 1.1483-1.495, bem como do depoimento da testemunha A. P..

2. Do mérito recursal

2.1. Da acusação do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP) e do favorecimento à prostituição (art. 218-B) perpetrado contra a vítima G. S. (apelantes N. G. de L. e C. do C. A. P.)

A violência sexual sofrida pela vítima G. S.. evidencia-se do conjunto probatório amealhado aos autos.

A materialidade delitiva encontra-se comprovada pelos testemunhos colhidos, e nas declarações da infante, alvo dos abusos sexuais.

Da mesma forma, a autoria do crime está suficientemente demonstrada pelos depoimentos colhidos ao longo da instrução criminal, especialmente aquele prestado pela vítima.

Dá-se ênfase ao depoimento judicial da ofendida, a qual declarou:

> [...] Ministério Público: Perguntado à vítima se C. e N. a haviam estuprado respondeu que sim; perguntando a vítima como isto aconteceu, respondeu: a C. me convidou para fazer um lanche e quando nós estávamos fazendo o lanche o N. ligou para ela e ela me convidou para ir num show de música sertaneja; daí nós fomos para o show e quando chegou lá ele beijou ela e veio para me beijar e eu tirei o rosto; com ele estava mais três menores (02:43min); perguntado à vítima se lembrava o nome das três respondeu: L., V. e o outro eu não sei (02min48seg); continuando a vítima relatou: aí foi isso, dali ela começou a me dar bebida alcoolica (02:55min);

perguntado à vítima se ela ou ele também haviam lhe dado bebida alcoolica respondeu que os dois, mas mais ela (03:00min); continuando, relatou a vítima: dali eu já comecei a ficar tonta, porque eu nunca tinha bebido, depois que eu comecei a tontear eu não vi mais nada, logo eu já estava no carro dele (03:26min); perguntado à vítima se alguém colocou algo em sua bebida, respondeu que viu C. colocando um pó branco em sua bebida e que ela disse que era para a vítima ficar acordada a noite toda (03:38min); continuando, relatou que acordou de repente no carro de N., onde também estavam a C., as três meninas e o N. (04:01min); relatou que então foram para o Condomínio S. em Itapema; perguntado à vítima se naquela noite também deram bebida às outras três meninas, disse que sim (04:35min); perguntado à vítima quem pagava pelas bebidas disse que não viu (04:51min); relatou que sua prima C. lhe disse que o Condomínio era de V., só depois descobriu que era de N. (05:09min); perguntado à vítima o que aconteceu no Condomínio disse: lá eu estava muito tonta e deitei na cama (05:51min), e no outro dia eu acordei e eu estava nua, com os dois nus na cama e eu estava com uma mancha de sangue na perna (05:58min) daí eu perguntei para ela e ela disse que tinham tirado a minha virgindade (06:02min); perguntado à vítima se tinha alguma lembrança sobre o que aconteceu durante os atos, disse que não (06:11min); perguntado à vítima se foi a própria C. que havia dito para ela que haviam lhe tirado a virgindade, disse que sim (06:18min); perguntado se até aquele dia a vítima era virgem, respondeu que era (06:22min); perguntado se teve algum relacionamento anterior, disse que não (06:30min); perguntado à vítima qual a sua reação depois disso, de ver o que havia acontecido, disse que chorou e pediu para ir embora, sendo levada ao encontro de sua mãe por C. (07:00min); perguntado à vítima se ficou sabendo posteriormente o que havia acontecido, respondeu que sim, disse que uma das meninas falaram que C. havia "lhe chupado" (07:43min); perguntado à vítima se estas meninas também ficaram no apartamento, disse que sim, que acha que elas ficaram num outro quarto (07:51min); perguntado à vítima se este quarto onde ele acordou se tratava do mesmo quarto onde se deitou à noite, respondeu que não, que estava no quarto deitada junto com as meninas no outro quarto (08:01min); perguntado à vítima sobre o ato sexual relatado pelas meninas à vítima, se tais meninas presenciaram este ato respondeu que não, que elas falaram que não viram, só que elas falaram

que o N. tinha gravado e elas viram no outro dia (08:29min); perguntado à vítima se ali no quarto havia alguma câmera, disse que sim, que havia uma câmera em cima da televisão (08:33min), relatou que elas disseram que eles haviam mostrado para ela o que tinham gravado enquanto estupravam a vítima (08:47min); perguntado à vítima se C. a ameaçou antes de levá-la para casa neste dia, disse que sim, que C. lhe disse para não falar nada para ninguém senão sua família seria prejudicada (09:05min); perguntado à vítima se, passados estes fatos contou algo a seus pais, respondeu que não, nem para qualquer parente e qualquer outra pessoa (09:25min); perguntado à vítima se em algum momento C. lhe deu algum celular, disse que C. lhe deu um celular com o chip que era dela (09:40min); perguntado à vítima de que recebia ligações neste telefone, respondeu que dos parentes, da C. e que N. também ligava para seu celular para falar com ela quando ela ficava lá em casa (10:09min); perguntado à vítima se N. ligava muito para este celular e se era a vítima que atendia disse que sim, e que N. lhe convidava para sair, então eu dizia que ia passar o telefone pra ela (10:23min); perguntado á vítima se C. teria tentado lhe convencer a manter relações sexuais com I. B., respondeu que sim (11:13min); perguntado à vítima o que C. lhe falava sobre I. B. disse que ela falava que ele iria lhe dar dinheiro e roupas e daria tudo o que eu precisava (11:26min); perguntado à vítima em troca do que ele daria isto, respondeu que ela teria que ter relações com ele (11:29min); perguntado à vítima se C. insistia nisto, disse que sim, umas duas ou três vezes e que em todas as vezes recusou (11:45min); perguntado à vítima se ele tentou entrar em contato com ela por celular, disse que ele lhe ligou uma vez, mas não atendeu a chamada (12:12min); perguntado à vítima se C. a ameaçava porque não queria sair com I., disse que não, que ela só a ameaçava em relação ao caso do N. (13:11min); perguntado à vítima do que ela lhe ameaçava, disse que ela falava que iria lhe bater pra valer, e que iria lhe matar ou mataria alguém de sua família (13:17min); perguntado à vítima se estas ameaças aconteceram antes de todos saberem dos fatos, respondeu que as ameaças aconteceram antes (13:28min); perguntado à vítima se N. fez algum contato com ela, respondeu que antes de descobrirem os fatos ele lhe ligava e dizia as mesmas coisas que C. dizia, que se contasse alguma coisa pra alguém ele iria matar eu ou alguém da minha família (13:57min); perguntado se era ele mesmo que falava diretamente, disse que sim, ele mesmo,

diretamente (14:01min); disse que temia às ameaças que N. fazia (14:06min); perguntado à vítima se no ano de 2010 C. lhe obrigou a manter relações sexuais com N., disse que sim, lá em Rio do Sul (14:47min); perguntado à vítima como ocorreu, respondeu que C. precisava de dinheiro para pagar aluguel e pagar as contas dela e então obrigou a vítima ir (14:57min); perguntado à vítima se ela estava na casa de C. neste período, disse que sim, que estava cuidando do filho de C.; perguntado se estava morando lá, disse que estava passando uns dias lá (15:06min); perguntado o que ela falou à vítima, respondeu que ela falava que precisava de dinheiro para pagar as contas e pagar o aluguel e ela dizia que a única solução era eu, e eu tive que ir, porque eu estava dentro da casa dela, não tinha como dizer que não (15:30min); perguntado como ocorreu o encontro, respondeu que C. lhe levou na rodoviária de Rio do Sul e N. lhe pegou na rodoviária e a levou para o motel (15:49min); que o nome do motel era Três Chalés, em Rio do Sul (16:01min); perguntado à vítima o aconteceu no motel, respondeu que lá "ele veio para me beijar e eu não deixei", aí ele queria que eu tirasse a roupa, e então ele fez eu tirar a roupa, daí ele me colocou naqueles banquinhos de bar, altos, eu sentei e ele me amarrou com a minha blusa, amarrou os meus braços na cadeira e ele começou a ter relação comigo (16:47min); perguntado à vítima se N. introduziu o pênis em sua vagina disse que sim (17:06min); perguntado à vítima se ele a obrigou a fazer sexo oral nele, respondeu que ele queria que eu fizesse, mas eu disse que não (17:14min); perguntado à vítima para onde foram depois que saíram do motel, respondeu que para a casa de C. (17:41min); perguntado à vítima se N. lhe deu dinheiro, respondeu que sim, que depois ele lhe deu cinquenta reais, dizendo que era para ficar para ela e no total lhe entregou trezentos reais, aí eu entreguei os trezentos para ela, aí ela fez eu tirar a roupa e me revistou para ver se eu não estava com mais nada (18:00min); perguntado à vítima se ficou com alguma coisa desse dinheiro, disse que não (18:04min); perguntado se neste dia no motel a vítima foi contra a sua vontade, respondeu que sim, que foi contra a sua vontade (18:30min); perguntado se o que aconteceu, o ato sexual, foi contra a vontade da vítima, respondeu que sim, que não queria manter (18:37min); perguntado à vítima se as ameaças narradas na denúncia aconteceram antes ou depois da denúncia, respondeu que foram antes (19:02min); perguntado à vítima se depois que o processo começou alguém lhe procurou para desmen-

tir os fatos, respondeu que sim, que o ex-marido da C., chamado A., procurou a vítima e sua mãe, ligando para elas, e dizendo que era para retirarem o boletim de ocorrência que registraram porque se não quem iria para a cadeia seria a mãe da vítima (19:46min); perguntado à vítima se sabe porque A. fez isso, respondeu que não sabia; perguntado se A. foi a única pessoa que falou com ela depois para desmentir os fatos, respondeu que sim; perguntado à vítima se falou diretamente com ela, respondeu que diretamente com ela e também com sua mãe (20:13min); perguntado à vítima se A. disse se fez isto a mando de alguém, respondeu que ele disse que C. lhe falou que se não fizesse isto não deixaria mais ele ver o seu filho (20:32min); perguntado à vítima como sua mãe e sua família ficaram sabendo dos fatos, respondeu que o ex-marido de C. contou para seu tio os fatos e que A. ficou sabendo através da filha de C., a E.; que A. disse que E. pedia para tirar ela de lá porque C. a chamava de "putinha" e de outras coisas (21:31min); que A. contou os fatos para seu tio J. (21:38min); perguntado à vítima se ainda tem o telefone que C. lhe deu, disse que não, que seu tio J. quebrou (22:01min); perguntado à vítima se nunca viu o vídeo que fizeram dela, respondeu que não, que nunca viu, nem sabe se ainda existe (22:18min); ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: perguntado à vítima se as três meninas que estavam no apartamento de N. em Itapema naquela noite comentaram se já haviam tido relação sexual com N., respondeu que só a V. e a L. confirmaram que já tiveram relação com N. (22:57min); Perguntado à vítima se recebeu algum valor ou algum presente em razão deste encontro com N., respondeu que não (23:21min); perguntado à vítima se além das ameaças, C. e N. chegaram a lhe oferecer algum valor para não revelar os fatos, respondeu que pelo que sabe N. ligou para o tio J. e ofereceu dinheiro para ele não expor N. (23:46min); DEFESA DE N. E DE C. (Dr. Roberto): perguntado à vítima se foi submetida a algum exame de conjunção carnal após os fatos, algum exame médico, respondeu que sim, em Balneário Camboriú (24:15min); perguntado à vítima se sabe o resultado deste exame, respondeu que não disse para ela, e não sabe se ele falou para a sua mãe ou para quem ele disse, que não sabe o resultado do exame e o papel está na Delegacia (24:31min); Afirmou o advogado que o médico que realizou o exame na vítima prestou depoimento em Balneário Camboriú no qual disse que não havia vestígio de que a vítima havia tido relação sexual com penetração vaginal, após perguntou à vítima se de fato

manteve relação sexual com N., ou não manteve (24:59min). Respondeu, a vítima que sim, que manteve (25:01min); perguntado à vítima se a relação sexual que teve com N. em Itapema, segundo a sua descrição, se lembra que teve a relação sexual ou apenas soube através de C. no outro dia, ou alguém mais disse que isto havia acontecido com ela (25:17min), respondeu que a C. lhe confirmou (25:19min); perguntado à vítima se ela lembra de ter mantido relação sexual com N., respondeu: "eu não, eu estava dopada" (25:25min); perguntado à vítima se lembra da câmera a que se referiu, se pode descrever esta câmera, respondeu que era uma câmera digital (25:35min); perguntado à vítima em que momento a câmera a filmou, respondeu: "não sei, eu acordei e ela já estava lá (25:41min); perguntado à vítima se chegou a ver as imagens desta câmera, respondeu que não (25:49min); perguntado à vítima o que a motivou a ir até a Delegacia um ano após os fatos registrar a ocorrência contra o N. e contra a C., respondeu que não podia fazer antes porque eles estavam lhe ameaçando (26:06min); perguntado à vítima o que lhe motivou naquele dias, se alguém pediu que viesse até a Delegacia fazer o registro de ocorrência, respondeu que não, que seu tio a trouxe (26:16min); perguntado porque seu tio a trouxe, respondeu: "porque eles me estupraram se tu não sabe" (25:25min); Afirmou o advogado: "Aham, sei, sei porque está descrito aqui nos autos". Respondeu a vítima, "então porque tu pergunta?" (26:30min); perguntado à vítima se ela disse que havia mancha de sangue lá em Itapema quando acordou, respondeu a vítima que sim; perguntado se a mancha estava nas pernas e no lençol, respondeu a vítima que havia nas pernas, que no lençol não lembra (27:40min); perguntado à vítima se no dia anterior ao registro de ocorrência em Tijucas A. esteve na sua casa, respondeu que não, que A. só esteve na casa de seu tio J. (28:21min); perguntado à vítima se sabe o que A. queria lá, respondeu que ele foi contar o que aconteceu (28:45min); perguntado à vítima se então seu tio J. veio falar com ela e então vieram até a Delegacia, respondeu que sim (28:51min); perguntado à vítima se foi a algum psicólogo ou psiquiatra depois disto, respondeu que sim; perguntado se foi submetida a algum tratamento, respondeu que sim; perguntado à vítima se teve custos este tratamento psicológico e se este custo foi pago por alguém, respondeu que não lembra (29:15min); perguntado à vítima se C. tinha um caso com N., respondeu que sim (29:50min); perguntado à vítima se seu tio J. pediu dinheiro a

N. alguma vez para pagar o seu tratamento psicológico, respondeu que não, que ele nunca pediu (29:59min); perguntado à vítima qual foi a última vez que falou com N. pessoalmente, respondeu que foi no motel (30:16min); perguntado à vítima se depois daquele dia nunca mais falou com ele, disse que não (30:26min); perguntado à vítima qual a última vez que falou com a C., disse que foi em Rio do Sul, na casa da sua avó, no ano passado (30:44min); perguntado à vítima se depois do registro do boletim de ocorrência conversou com C. alguma vez, disse que não, nem pessoalmente, nem por telefone (30:52min); perguntado à vítima se usa internet, respondeu que não; perguntado à vítima se tem alguma página dela na internet no orkut, respondeu que no orkut tem; perguntado se lembra do seu link na página, disse que não, que não; perguntado se sua mãe sabe que tem página no orkut, respondeu que sabe que tem orkut (31:27min); perguntado à vítima se está alimentando a página, disse que não, que até esqueceu da senha; perguntado à vítima se foi ela que construiu aquela página, disse que não, que foi sua amiga, Natiele neste ano (31:43min); perguntado à vítima se atualmente está solteira ou casada, amasiada, respondeu que está casada (31:53min); perguntado à vítima onde está morando, respondeu que com sua mãe; perguntado à vítima se contou a alguém em Rio do Sul, a alguma amiga, o que aconteceu entre ela, C. e N., respondeu que não; perguntado à vítima se através do seu telefone, que falava com N. e recebia mensagens de N., chegou a mostrar estas ligações telefônicas ou mensagens para alguém, respondeu que mostrou para a sua amiga D. A. da S. (32:26min); perguntado à vítima o que exatamente mostrou para ela, respondeu que as mensagens que N. mandava para ela, perguntado à vítima se eram mensagens obscenas, respondeu que eram obscenas e ameaçando também (32:48min); perguntado à vítima quando foi isto, se antes ou depois do boletim de ocorrência, respondeu que foram antes do boletim de ocorrência (32:59min); perguntado à vítima quais os nomes das três meninas que estavam em Itapema, que a vítima havia se referido antes a V. e L. e se L. poderia ser L., respondeu que não sabe se era L. ou L. (33:22min); perguntado a vítima se as conheceu aquele dia em Itapema, disse quem sim, que foi aquele dia em Itapema (33:00min); perguntado à vítima se no dia seguintes encontrou as três moças fora do apartamento, respondeu que sim, na praia, oportunidade em que elas lhe narraram o que havia acontecido, perguntado à vítima qual delas havia lhe contado,

disse que foi L.; perguntado à vítima se I. B. alguma vez lhe pediu para manter relações sexuais com ele, respondeu que não; perguntado à vítima o que aconteceu sobre I. B., respondeu que C. queria que a vítima saísse com ele; perguntado à vítima se I. chegou a convidar diretamente para sair, respondeu que não, que só C. falava para ela sair com ele e manter relações sexuais com ele (34:51min); perguntado à vítima se lá no motel estavam só ela e o N., respondeu sim; perguntado se lá ingeriu bebida alcoolica, respondeu que não (35:05min); perguntado à vítima se alguma vez praticou sexo grupal, respondeu não; perguntado à vítima se alguma vez praticou lesbianismo, respondeu que não (35:56min); perguntado à vítima se N. ligava para o celular que ficava com a vítima para falar com C., respondeu que sim, dizendo que C. tinha outro celular que ficava com o marido dela, por isso, N. não ligava para aquele celular (36:18min); perguntado à vítima se C. é uma pessoa violenta, respondeu que não; perguntado à vítima se confia em C. hoje, disse que não (37:04min); perguntado à vítima se consome bebida alcoolica, disse que não (37:10min); perguntado à vítima se antes do boletim de ocorrência foi ameaçada pelo N., respondeu que sim; perguntado se isto aconteceu por telefone, respondeu sim, que foi por telefone, pessoalmente não (37:34min); perguntado à vítima se depois do boletim de ocorrência alguma vez teve contato com N., respondeu não e com C. também não (37:45min); perguntado à vítima se teria algum motivo para acusar N. e C. de algo que não aconteceu, respondeu que não, perguntado se alguém estaria a induzindo a falar algo que não aconteceu, respondeu que não (38:10min); perguntado se alguém lhe pediu para fazer este boletim de ocorrência, esta acusação contra N. e C., respondeu que não (38:16min); Dr. ISRAEL: perguntado à vítima se foi E. que contou para A. e A. que contou para o J. e este contou a seus pais, respondeu que sim; perguntado à vítima quantos anos tem Eduarda, respondeu que tem 10 ou 11 anos e na época que contou tinha 8 ou 9 anos (39:47min); que não notou nada além de sangue ao ter acordado. Dr. G.: perguntado à vítima se antes de registrar o boletim de ocorrência mentia para sua mãe, respondeu a vítima:"mentia o que?". Afirmou o advogado: "Mentia, dizendo que ia para festas e não ia para festa, aonde você ia que mentia para a sua mãe? OU não mentia" (40:38min); Respondeu a vítima: eu não mentia; Perguntou o advogado: "Porque você então não falou para a sua mãe o ocorrido? Respondeu a vítima: "Porque eu fiquei com medo"

> (40:50min); Perguntou o advogado: "Você foi forçada a entrar em algum carro, taxi, carro do N. ou de C.? Respondeu a vítima: Não. Perguntou o advogado: Você foi forçada a manter relação? Respondeu a vítima: com o N. sim (41:18min); Perguntou o advogado: "Porque você diz sim?" Respondeu a vítima: "Porque foi isso" (41:25 min); Perguntou o advogado: "Em que local você foi forçada? Respondeu a vítima: Em Rio do Sul (41:29min); Afirmou o advogado: "Você disse antes que foi amarrada a uma cadeira não é? (41:38min) Respondeu a vítima que sim; Perguntou o advogado: "Esta cadeira estava presa, pregada, amarrada também?" Respondeu a vítima: não; Perguntou o advogado:"Então você podia ter se soltado da cadeira, não podia? (41:47min); Respondeu a vítima: "E eu ia me soltar com um homem daquele tamanho?" (42:01min); Perguntou o advogado: Então a respeito das festas, você mentia para a sua mãe, correto? (42:13min) Respondeu a vítima: "Não!". Perguntou o advogado: Você acabou de dizer que mentia?! (42:19min) Respondeu a vítima: Não, eu disse que não mentia (42:22min); Perguntou o advogado: Mas porque a senhora especificamente não contava das festas com a Senhora C., sua prima? (42:29min); Respondeu a vítima: Porque ela dizia que ia fazer lanche (42:39min).

Como se vê, a vítima narrou, com riqueza de detalhes, os acontecimentos e, malgrado haja negativa de autoria pelos acusados, verifica-se que o contexto probatório reveste a certeza da prática do delito perpetrado contra a ofendida.

Importa detalhar, coadunam-se às palavras da vítima G. S., os depoimentos prestados por J. S. (tio), R. A. P. (mãe), S. A. A. P. (tia) e D. R. D. (esposa do tio), principalmente com relação à sequência dos fatos, desde o momento em que o ex-marido da acusada C. revelou ao tio da vítima G. S., que esta teria sofrido abusos sexuais por parte dos réus (CD de fl. 1642).

Ressalta-se, ainda, o tratamento psicológico que a ofendida relatou ter se submetido, foi corroborado pelas declarações de S. A. A. P. e R. A. P., as quais atestaram a presença de alterações no estado anímico da vítima, cujo ápice foi a tentativa de suicídio no banheiro de sua residência.

Frisa-se que, a condição de informantes da pessoas supracitadas não retira a credibilidade de suas afirmações, sobretudo porque o teor do depoimentos judiciais prestados possuem harmonia com os elementos do processado (ACrim n. 2003.004034-0, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 29.4.2003).

Vale mencionar, no local dos fatos, além da vítima e dos acusados N. e C., encontravam-se V. R. e L. A. M., e uma outra adolescente de nome D., esta que, segundo as menores, já teria intermediado um encontro de outra jovem e o réu N. G. de L..

Nesse contexto, perante o juízo, a testemunha V. R. noticiou que ao retornarem da festa, teria permanecido próximo à piscina com L. e D., ao passo que o réu N. G. de L., a ré C. e a vítima se dirigiram ao apartamento do réu. Posteriormente, subiram ao referido apartamento, oportunidade em que perceberam que a porta do quarto em que N. estava com C. e com a vítima estava fechada. Consignou que dormiu em um quarto separado de G. S., fato que impossibilitou-a de ter presenciado os fatos narrados na peça acusatória (CD de fl. 1768).

Por sua vez, a menor L. apresenta incongruência em suas declarações quanto a aspectos fundamentais ocorridos no dia dos fatos. Ou seja, afirmou que o réu N. estava no apartamento quando a vítima e a ré C. chegaram, no entanto, o próprio N. G. de L. afirmou que teria ido buscá-las na rodoviária.

Além disso, L. asseverou que, após retornarem da festa, teria ficado com V. e D. perto da piscina, enquanto N., a vítima e C. subiram. Contudo, ao se dirigirem ao apartamento, encontraram a porta do quarto fechada, de modo que não tinha como saber o que se passou no referido cômodo (CD de fl. 1262).

Diante disso, os testemunhos defensivos devem ser sopesados com cautela, principalmente porque V. e L. compareceram em juízo acompanhadas de advogado, conforme afirmou a Juíza *a quo*,

coincidentemente o mesmo causídico de outras vítimas e testemunhas no processo.

A propósito, como bem salientou a Magistrada *a quo,*

> "[...] há fortes evidências de que tais testemunhas, assim como outras que depuseram nos autos e inclusive algumas vítimas, foram orientadas a dar versões que beneficiassem o réu N. G. de L., merecendo destaque o fato de comparecerem para prestar depoimento acompanhadas por advogado, o que é bastante incomum a vítimas e testemunhas em processo criminal.
>
> Ainda, segundo L., contratou um advogado porque foi pressionada na delegacia (21:34min) - o mesmo advogado das outras testemunhas, inclusive de V., e de outras vítimas (que coincidência).

Ademais, no que tange à tese defensiva de que o laudo pericial não teria atestado a existência de conjunção carnal ou vestígios de violência (lesões, sangramento, etc), essa particularidade não é suficiente para reconhecer a inexistência da prática delitiva, conforme se extrai do depoimento do médico legista G. S. B. (CD de fl. 1243):

> [...] que o padrão himenal de G. não permite afirmar se houve ou não a conjunção carnal; é um padrão hiperplásico, de bordas franjadas, não sendo possível visualizar por completo toda a borda himenal, motivo pelo qual deu como prejudicado esse ponto; acrescentou que a complascência himenal se aplica quando não há como indicar se há ruptura recente ou antiga, não há como determinar se quele hímem foi submetido a algum ato sexual ou não; neste caso não havia condições de determinar se havia ruptura; a ideia inicial é que não sangraria, podendo haver sangramento imperceptível; esclareceu que neste caso o hímem era franjeado, sendo esta a principal característica, impedindo de visualizar toda a borda, o que pode até esconder uma lesão ou uma ruptura ; que não havia condições de examinar presença de cicatrizes ou rupturas; acrescentou que não havia sinal de violência recente e violência antiga não poderia ser examinada ; que uma lesão recente compreende o período de 15 a 20 dias; que acredita ter sido possível a realização de um novo exame; que a vítima relatou ter realizado 2 vezes a prática do ato sexual, uma em dezembro de 2009 e outra em um mês antes do exame.

Verifica-se, pois, a anatomia da vítima G. é diferenciada, porque a estrutura do seu hímen não permite precisar a existência de conjunção carnal ou vestígios de desvirginamento recente, quiçá lesões antigas, dada a inviabilidade de examinar a presença de cicatrizes ou rupturas.

Ressalta-se que o expert não rechaçou a possibilidade de ter havido conjunção carnal ou o desvirginamento da vítima, mas, tão somente relatou que sua constituição impede a visualização de vestígios do delito.

Aliás, consoante informou a referida testemunha, o exame pericial foi realizado 1 (um) mês após o último ato sexual relatado pela vítima, circunstância que impossibilitaria, inclusive, a averiguação da presença de lesões recentes, aquelas ocorridas entre 15 a 20 dias.

Por outro lado, o legista G. S. B. disse que as relações sexuais relatadas pela vítima aconteceram em dezembro de 2009 e em maio de 2010, ou seja, datas que se enquadram perfeitamente àquelas trazidas na denúncia (itens 3.1. e 3.5), quadro que confere maior confiabilidade às palavras da infante.

Nesse cenário, ao contrário do que se sustenta, "a ausência de laudo pericial não afasta a caracterização de estupro, porquanto a palavra da vítima tem validade probante, em particular nessa forma clandestina de delito, por meio do qual não se verificam, com facilidade, testemunhas ou vestígios. (STJ, AgRg no Resp. 1097183/SE, rel. Min. Celso Limongi, j. em 17.2.2011).

Não bastasse isso, considerando que os crimes contra dignidade sexual são geralmente praticados às escondidas, longe de testemunhas presenciais, cabe a orientação de que "a palavra da vítima menor de idade também tem importante valor como prova, quando estiver em consonância com os demais elementos probatórios" (CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. 9ª ed. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43).

Assim, as declarações incisivas e harmônicas fornecidas pela vítima G. S., amparadas pelos testemunhos de . S. (tio), R. A. P. (mãe), S. A. A. P. (tia) e D. R. D. (esposa do tio), e das afirmações do legista G. S. B., convergem para manutenção do édito condenatório de N. G. de L. e de C. do C. A. P., por infração ao art. 217-A do Código Penal.

Sobre o assunto, já decidiu esta Câmara:

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL E COAÇÃO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. DEPOIMENTO DA VÍTIMA DE 4 ANOS RICO EM DETALHES E EM CONSONÂNCIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTESTE. VERSÃO DO APELANTE DISSOCIADA DO CONTEXTO PROBATÓRIO. PLEITO DE AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA.IMPOSSIBILIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO À ÉPOCA DOS FATOS POR CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.086246-6, de Otacílio Costa, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 8.5.2012).

Também:

> APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CP, ART. 217-A) - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE POR MEIO DO EXAME DE CORPO DE DELITO INDIRETO (CPP, ART. 167) - HARMONIA ENTRE AS PALAVRAS DAS VÍTIMAS E DAS TESTEMUNHAS - ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL - - CONTINUIDADE DELITIVA RECONHECIDA (CP, ART. 71, CAPUT) - ADEQUAÇÃO DO PATAMAR APLICADO - MAJORAÇÃO PROPORCIONAL AO NÚMERO DE DELITOS.
>
> I - Em se tratando de crime de estupro na modalidade de prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, o qual geralmente não resulta vestígios no corpo da vítima, tem-se admitido a dispensa de

> laudo pericial conclusivo, em especial quando existentes nos autos outros elementos aptos a comprovar a materialidade delitiva, tais qual as declarações firmes e uníssonas das vítimas e dos testigos, que servem, ainda, como fundamento bastante ao apontamento da autoria do crime. Nesse contexto, é cediço que, com relação aos crimes contra a liberdade sexual, por via de regra, a imputação da responsabilidade é insuscetível de demonstração com base em vestígios ou mediante declarações de testemunha ocular, dada a peculiaridade de que são praticados na clandestinidade (qui clam comittit solent), revestindo-se, assim, a palavra da vítima, em casos tais, de relevância preponderante, mormente se as suas assertivas mostrarem-se associadas com a realidade dos autos e demais elementos de prova. [...] (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.071301-2, de Blumenau, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. em 13.9.2011).

Da mesma forma o conjunto das provas amealhadas é suficiente para imputar, respectivamente, aos réus N. e C. as práticas dos delitos previstos no art. 218-B, §§ 1º e 2º do Código Penal.

Para ilustrar, consoante estabelece o Estatuto Repressor:

> Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:
>
> Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.
>
> § 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.
>
> § 2º Incorre nas mesmas penas:
>
> I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no *caput* deste artigo;

Segundo Fernando Capez, "o crime em estudo tutela, principalmente, a dignidade sexual do indivíduo vulnerável que é levado à prostituição ou outra forma de exploração sexual. Mudou-se, portanto, o foco da proteção

jurídica; em segundo plano, protege-se a moral média da sociedade, os bons costumes" (Curso de Direito Penal. 9. ed. vol. 3. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 107).

Pois bem. Na hipótese, a ré C. praticou o ato de submeter a vítima G. S. a realizar o ato sexual com o acusado N., uma vez que C. "precisava de dinheiro para pagar aluguel e pagar as contas dela" (G. S. - CD de fl. 1642), ou seja, subjugou a adolescente a satisfazer os prazeres sexuais de N., para obtenção de vantagem econômica – R$ 300,00 (trezentos reais).

Frisa-se, tendo o réu praticado a conjunção carnal com G. S. (14 anos), após a ré C. ter submetido G. S. à exploração sexual, o réu N. incidiu nas sanções do § 1º do art. 218 do Código Penal, afinal, "a norma define como crime o agente destinatário da indução da pessoa atraída para o ambiente do local de prostituição ou de outra forma de exploração sexual. [...] O cliente é enquadrado neste dispositivo" (BEZZERA FILHO, Aluízio. Crimes Sexuais. Curitiba: ed. Juruá., 2011, p. 77).

Em caso análogo, já decidiu esta Corte:

> CRIME CONTRA OS COSTUMES. DOIS RÉUS. ESTUPRO E CORRUPÇÃO DE MENORES EM CONTINUIDADE DELITIVA E EM CONCURSO MATERIAL E CRIME DE FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO. CONDENAÇÃO. RÉU. CRIME DE ESTUPRO. VÍTIMA COM 15 ANOS DE IDADE À ÉPOCA DOS FATOS. RECURSO DEFENSIVO OBJETIVANDO A ABSOLVIÇÃO OU A DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES. [...] RÉ. CRIME DE FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO. PROVA CONTIDA NO CADERNO PROCESSUAL QUE DENOTA COM CLAREZA A MATERIALIDADE E A AUTORIA DELITIVAS. TIA QUE INDUZIU SOBRINHA DE APENAS 15 ANOS DE IDADE À PROSTITUIÇÃO, FACILITANDO ENCONTROS LIBIDINOSOS COM O CORRÉU A FIM DE OBTER, COM ISSO, VANTAGEM ECONÔMICA. CONDENAÇÃO MANTIDA. (Apelação Criminal (Réu Preso) n.

> 2009.024659-3, de Canoinhas, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 4.7.2012).

E, ainda:

> APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU PRESO). CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO EM CONTINUIDADE DELITIVA. ART. 218-B, §§ 1 E 2º, I, C/C O ART. 226, II, NA FORMA DO ART. 71, TODOS DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DAS DEFESAS.
>
> [...] 2. MÉRITO 2.1 PLEITO ABSOLUTÓRIO. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA AMPLAMENTE COMPROVADAS. VÍTIMA SUBMETIDA À EXPLORAÇÃO SEXUAL POR SUA TIA. MEDIAÇÃO PARA SERVIR A LASCÍVIA DE OUTREM. AUFERIMENTO DE VANTAGEM ECONÔMICA COMPROVADA. RÉU R.H QUE UTILIZOU-SE DE SEU PODER E PRESTÍGIO (DELEGADO APOSENTADO E ADVOGADO) PARA PRATICAR O DELITO (ATOS LIBIDINOSOS, DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL, COM VÍTIMA MENOR DE 18 ANOS E MAIOR DE 14 ANOS). [...] (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.073427-4, de Lages, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. em 10.6.2011).

Portanto, constatado que a vítima G. S. foi submetida à exploração sexual pela sua prima C., para satisfazer os desejos sexuais de outrem, mediante o pagamento de vantagem econômica, encontram-se reunidos todos os elementos para configuração do crime de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável.

Pelo exposto, mantém-se a condenação de C. do C. A. P. por infração ao art. 218-B, § 1º do CP, e de N. G. de L. por violação ao art. 218-B, § 2º, I, do Código Penal.

2.2. Da acusação de favorecimento à prostituição (art. 218-B e §§, do CP) perpetrado contra a vítima D. L. F. (apelantes N. G. de L., G. O., e V. C., E. M.)

Com relação a imputação do delito de favorecimento à prostituição perpetrado contra a vítima D. L. F., observa-se que a materialidade e a autoria delitiva estão comprovadas pela prova oral colhida durante a fase judicial.

Veja-se, por exemplo, as palavras da vítima D. L. F., ouvida em juízo:

> "[...] que trabalha em uma padaria e ganha R$350,00 por mês; que sua mãe também trabalha e ganha R$800,00 por mês; que tem mais dois irmãos, uma irmã de 6 anos e outro irmão de 13 anos; que seu pai paga R$ 450,00 por mês de pensão; que acha que se sua mãe for presa vai morar com a avó; que sua avó tem 50 anos e trabalha na agricultura; que conheceu G. O. na escola onde estudava, na fanfarra; que conheceu G. dançando; que ele foi instrutor; que a mulher que namorava G. comandava a fanfarra (02:51min); que G. treinou por um tempo; que viajou com G. para algumas cidades como Aurora, Agronômica, apresentando fanfarra; que seu irmão também ia; que a fanfarra era do colégio municipal; perguntado à vítima como aconteceu de ir com G. para Itapema em abril, respondeu que seu irmão não pôde ir, então só ela foi com G.; perguntado à vítima como entrou em contato com ele, respondeu que ele entrou em contato com ela porque ele precisava de uma baliza, e a levou junto (03:40min); perguntado à vítima para onde G. disse que iriam em Itapema, respondeu: ah, não sei para onde; perguntado à vítima se G. disse o que fariam lá, respondeu que era para apresentar fanfarra (03:48min); que G. falou que eles iriam apresentar com a fanfarra Águia Dourada (03:54min); Perguntado á vítima pela Promotora como foram até lá, respondeu: éé Itapema? (04:01min) e disse na verdade eu fui até Rio do Sul e de lá eu fui com o N. (04:12min); Perguntado se só estavam a depoente e N. no carro, respondeu: isso (04:16min); perguntado à vítima onde ficaram lá disse que ficaram num hotel; Perguntou a Promotora: "Mas eu não entendi porque você foi com o N. se você ia apresentar fanfarra com o G.?"; Respondeu a depoente: É que na verdade eu menti para a minha mãe dizendo que eu iria para a fanfarra, entende (04:29min); Disse a Promotora, não eu não estou entendendo, você acabou de me falar que foi com G. para Itapema para apresentar com a fanfarra Águia Dourada, então a vítima respondeu: é que pra minha mãe eu iria fazer isso; perguntou a Promotora: ah, isso não é verdade então? (04:43min) Respondeu a vítima: para a

minha mãe é verdade, mas para mim não (04:47min); Explicou a Promotora: então não é verdade? Porque uma coisa é verdade ou não é. (04:50min). Na oportunidade interveio o Juiz: D., você tem que explicar para a gente então, o que é verdade e o que você disse para a sua mãe. Então a vítima respondeu: é na verdade eu falei para a minha mãe que eu ia apresentar fanfarra, mas fui me encontrar com o N.. Perguntou, então, a Promotora: Você veio com a estória pronta não é? Pode me contar a estória que você tem pra me contar então, você veio com a estória pronta não é? (05:20min). A vítima riu (05:15min) e respondeu: "na verdade eu conheci o N. em reuniões políticas né, e fiquei muita interessada nele né, porque eu tinha acabado de sair de um relacionamento, eu era casada, fiquei um ano e meio casada; [...] perguntado à vítima quantos anos ela tinha, respondeu que tinha 13 anos; perguntado à vítima se ela se casou com treze anos, respondeu que namorou com 13 anos e se casou com 14; perguntado à vítima se sua mãe deixava, respondeu que sim porque era uma tradição de família (05:42min); que conheceu umas amigas de Pouso Redondo que saíam e faziam festas com o N. né, e eu decidi também ir junto; que essas amigas eram a J. de Taió (06:11min); perguntado à vítima faziam festas como, respondeu que contavam piadas, comiam pizza, essas coisas assim; perguntado à vítima onde aconteciam estas festas, disse que aconteciam em Rio do Sul e em Itapema; perguntado aonde em Rio do Sul, disse que no motel; perguntado à vítima se iam para o motel para contar piada e comer pizza, disse que sim (06:29min); Perguntado à vítima aonde eram as festas em Itapema disse que no apartamento; perguntado, novamente à vítima como eram as festas, disse que contavam piadas, comiam pizza, quem queria ter relação sexual tinha, e quem não quisesse não precisava ter (07:05min); que tinha relações sexuais com o réu N. G.; perguntado à vítima quem participava destas festas, respondeu: N., eu e mais as meninas (07:12min); perguntado quem eram estas meninas, disse que não conhece, algumas não; disse que não conhece A., que também não conhece J. (07:22min); Disse a Promotora: pode continuar a estória de como você foi com N. para Itapema. Disse a vítima: eu fui com a J. até Rio do Sul e de lá fui com o N. (07:38min); Perguntado à vítima se então foi com a J. e não com G. até Rio do Sul, disse que sim; perguntado à vítima se a J. também estava no carro, respondeu que sim e que de lá seguiram para Itapema; perguntado quem estava no carro, responde a vítima que ela, o N. e a J.

(07:45min); Perguntado à vítima onde ficaram em Itapema, primeiro respondeu que ficou em um hotel, depois disse que foi em um apartamento; Perguntado à vítima pela Promotora o que fizeram lá, disse que jantaram; perguntado quem estava no apartamento disse: a J., eu, mais uma menina que eu não conheço, um menino que eu também não conheço; perguntado se era a S., disse que não sabia, mas achava que era; perguntado se lá tinha bebida alcoolica, disse que sim; perguntado e ingeriu bebida alcoolica, disse que não (08:29min); perguntado se alguém ingeriu bebida alcoolica disse que não sabia; perguntado à vítima se teve relação sexual com alguém lá, disse que sim, com N. (08:38min); perguntado se foi só com o N., disse que foi com N. e com M. (08:40min); perguntado à vítima se quis ter relações sexuais com os dois, disse que sim; perguntado à vítima se realmente não havia bebido nada,disse que não (08:46min); perguntado à vítima se recebeu dinheiro neste dia que foi lá, disse que não, que nunca recebeu dinheiro; perguntado à vítima como voltou para casa, disse que N. lhe trouxe até Rio do Sul e depois pegou um taxi e voltou para casa (08:59min); perguntado se G. lhe pegou em Agronômica e lhe levou para casa, disse que não (09:04min); perguntado à vítima antes desta vez em Itapema quantas vezes participou de festas com ele, disse que uma vez quando conheceu ele (09:12min); perguntado onde foi a festa, disse que na verdade não foi festa, foi quando conheceu ele; perguntado como foi, disse que saiu de Pouso redondo e foi para lá, perguntado como foi para lá, disse que foi de taxi (09:23min); perguntado à vítima quem pagou o taxi, disse que foi N. (09:26min); perguntado para onde ela foi, disse que para Rio do Sul, que se encontraram em um motel, para ninguém ver; perguntado à vítima quem estava no motel, disse que ela e N. apenas; que neste dia não tiveram relação sexual, apenas conversaram (09:42min); perguntado se neste dia ingeriu bebida alcoolica, disse que não; perguntado se foi ali que N. lhe convidou para ir para a viagem, disse que sim; perguntado como entra G. nesta estória toda, respondeu que G. foi seu professor de fanfarra; perguntado se G. não tinha alguma relação com N., disse que não sabia; perguntado se G. não foi no apartamento de N. aquele dia em Itapema, disse que não; perguntado se N. nunca comentou com na vítima que era amigo dele, disse que não; perguntado se G. nunca a convidou para fazer programa, disse que não; perguntado se G. nunca conversou com sua mãe, disse que nunca; depois disse que na verdade conversou

quando ela ia para a fanfarra (10:22min); perguntado se sua mãe sabia que estava saindo com N., disse que depois que estourou essa bomba aí (10:28min); perguntado à vítima se chegou a ganhar algum presente dele, disse que sim, perguntado que presentes, disse que ganhou um brinco, que não lembra quando, mas foi em um dos dias em que saiu com ele (10:41min); perguntado à vítima quantas vezes saiu com ele disse que uma ou duas vezes, perguntado novamente, uma vez que a vítima já havia falado sobre duas das vezes que saiu com N., disse que talvez três ou quatro (10:52min); perguntado se depois desta vez em Itapema saiu mais alguma vez com ele, disse que mais uma vez, perguntado aonde foram, disse que em Rio do Sul (11:00min); perguntado à vítima se desta vez em Rio do Sul tinha mais alguém junto ou se estavam só os dois, disse que haviam mais meninas; perguntado quem, disse que a P. (11:07min); perguntado se sabe se P. recebeu alguma coisa para estar lá, disse que não sabe; perguntado à vítima se conheceu P., disse que a conheceu do Colégio; perguntado à vítima se nunca encontrou com ela junto com N., disse que nunca (11:28min); que perguntado à vítima quantas vezes teriam mantido relação sexual com N., respondeu que umas duas ou três vezes; perguntado à vítima em quais dos encontros ganhou o brinco, disse que foi quando foi para Itapema (12:04min); perguntado se as outras pessoas que estavam lá ganharam alguma coisa, disse que não sabe (12:07min); perguntado à vítima quem é o advogado de sua mãe, disse que é o Dr. G., perguntado à vítima de onde se conhecem, disse que de Pouso Redondo; perguntado à vítima se ela tem advogado, disse que não, perguntado á vítima se conhece o Dr. Sérgio Coelho, disse que sim; perguntado da onde conhece ele, disse que tinha uma amiga de Imbuia e ela lhe sugeriu porque ficou constrangida; perguntado à vítima que amiga era essa, disse que era M.; perguntado à vítima se N. nunca saiu com a M. e com a depoente, disse que não, perguntado se N. nunca saiu com M., disse que não sabe; perguntado à vítima se não sabe que M. é uma das vítimas do processo, disse que não sabia (12:37min); continuando, disse que M. lhe recomendou; a Promotora então perguntou se "do nada" a vítima resolveu falar com M. sobre este assunto; a vítima respondeu que foi M. que lhe ligou; perguntado à vítima porque M. lhe ligou; respondeu a vítima que ela estava preocupada com a vítima; perguntado à vítima como M. sabia que a vítima estava envolvida no processo, a vítima disse que provavelmente ela escutou nos rádios

e então ela lhe telefonou perguntando se estava tudo bem e a vítima disse que não estava por causa desta acusação; então a promotora lhe disse, mas você não está sendo acusada; a vítima então respondeu que era porque sua mãe estava sendo acusada de algo que a vítima fez por sua livre e espontânea vontade e então a M. lhe apresentou o Dr. Sérgio; perguntado à vítima se M. lhe apresentou o Dr. Sérgio para lhe acompanhar na audiência, disse que não, que era para ele me orientar como eu deveria fazer as declarações, corrigir elas e tal (13:44min); [...] perguntado à vítima se o Dr. Sérgio foi com a M. na audiência em Ituporanga, respondeu que não sabia; perguntado à vítima quanto o Dr. Sérgio lhe cobrou para lhe auxiliar e para esclarecer as coisas, respondeu que prefere não falar; perguntado se ele lhe cobrou, disse que sim, que cobrou (13:56min); perguntado à vítima porque ela e sua mãe não usaram o mesmo advogado, perguntado à vitima porque pagaram dois advogados diferentes, disse que preferia não responder (14:52min); perguntado à vítima se já viajou com N., disse que só uma vez para Itapema, nenhuma outra vez; perguntado à vítima se nunca foi para Florianópolis com N., disse que foi uma vez; perguntado à vítima onde ficaram hospedados, disse que num hotel; perguntado à vítima se encontrou N. lá e se lá tiveram relação sexual disse que encontrou N. mas não tiveram relação sexual; perguntado à vítima se ficou sozinha no hotel, disse que sim, perguntado á vítima o que ficou fazendo lá sozinha, respondeu que N. lhe deu dinheiro para ir ao shopping comprar alguma coisa (15:28min); perguntado à vítima como foi para Florianópolis, disse que foi de ônibus; perguntado à vítima quem pagou sua passagem e o hotel, disse que foi N. (15:39min); perguntado à vítima o que ela falou para sua mãe; respondeu que disse que ia dançar fanfarra (15:42min); perguntado à vítima se sua mãe falou com G. para confirmar esta informação, respondeu que sim; perguntado à vítima se G. confirmou para sua mãe esta informação, respondeu que sim (15:48min); perguntado à vítima porque G. confirmou esta informação se ele não tinha nenhum relação com N. e com a vítima, porque ele confirmou para sua mãe esta mentira? Respondeu a vítima: "sei lá", talvez ele e o N. sabiam de mim, "sei lá"; perguntado como ele saberia, respondeu "sei lá" (16:01min); perguntado à vítima quantos parceiros sexuais teve antes de N., respondeu que mais três, além de seu marido (16:10min); perguntado à vítima se quando ela prestou depoimento na Delegacia a Conselheira Tutelar foi junto com ela, disse que

sim, perguntado se a Conselheira Tutelar permaneceu junto com a vítima, disse que sim (16:26min); perguntado à vítima porque a sua versão então está diferente daquela que a Conselheira, Dona A., havia acabado de prestar em juízo, respondeu que na Delegacia tinha muita pressão, que batiam na mesa, davam soco, diziam que se não falasse a verdade prenderiam a sua mãe; que ficou muito constrangida com aquilo e falou qualquer coisa que veio na cabeça (16:48min); perguntado à vítima se ela leu o que assinou, disse que não, que mandaram apenas ela assinar; que falou sem pensar, que estava com medo do que iria acontecer (17:00min); que falou um monte de coisa na delegacia, mas nunca recebeu nada de N. (17:19min); DEFESA, Dr. Roberto: perguntado à vítima se alguma vez foi obrigada a manter relações sexuais com N., disse que nunca (17:39min); que nunca foi obrigada a receber bebida alcoolica ou usar drogas; que nas vezes que saiu com N. nunca tomou nada que possa ter perdido a consciência, que sempre tomou refrigerante e água (17:56min); que nunca presenciou ninguém que estivesse mantendo relações sexuais com N. em estado de embriaguez ou efeito de drogas; que da vez em Itapema estava muito consciente, que tudo que fez foi porque quis; que na Delegacia a Escrivã ia falando e ao mesmo tempo ia ditando, e eu só dizia que sim, mas sem saber de nada; que sempre dizia para N. que tinha 18 anos quando mantinha relações sexuais com ele; que eu aparentava ter 18 anos e ele acreditava; que tem 1,75 de altura e 67 kilos; que quando disse que sua mãe ligou para G., imagina que ela tenha ligado, mas não tem certeza (20:11min); que na delegacia também falaram que se não falasse a verdade iriam chamar jornalistas; que a Conselheira Tutelar não se insurgiu quanto a isto, ficou calada o tempo inteiro; Dr. G.: que tinha 14 anos quando seus pais se separaram; que seu pai e sua mãe acompanharam o seu primeiro namoro; que seus pais não foram contra; que mentia para sua mãe, dizendo que ia para a fanfarra; que pedia autorização para ela; que sua mãe apenas soube que se relacionava com N. quando tudo veio à tona na imprensa; que sua mãe foi forçada a prestar depoimento na Delegacia, que sua mãe brigou com com a vítima porque mentiu e disse que se mentisse de novo para ela iria lhe internar (falou tudo isto dando risadas) que esperava que ficaria junto com N., porque ele estava se separando; que N. dizia que queria namorar; que apenas falou para sua mãe antes de descobrirem os fatos que se um dia conhecesse N. gostaria de namorar com ele; que na autori-

> zação que recebeu de sua mãe para viajar não dizia que era para a fanfarra (26:56min) (CD de fl. 1777).

Por sua vez, E. M., mãe da ofendida, consignou:

> "[...] perguntado à ré E. M. se sua filha se encontrou com N. G. de L., demorou para responder e disse que não se recordava (0:36min). Depois, quando lhe foi perguntado se sabia se sua filha teve relações sexuais com ele, disse que sua filha teve um namoro com N. (0:48min), que isto foi em março e abril de 2011 (01:04min). Depois, quando lhe foi perguntado onde eles namoravam, a ré disse que não se recordava, que não lembrava que D. havia dito (01:28min). Perguntado se N. ia buscar a vítima D. em casa e como a ré soube da existência deste namoro, então, a ré demorou para responder novamente, reperguntou a indagação que lhe foi feita (Como eu soube da existência do namoro?) demorou alguns segundos e respondeu soube porque ela chegou em casa e contou que os dois estavam namorando (02:19min); que sua filha não disse se recebia dinheiro; Perguntado à acusada se D. recebia dinheiro disse que não; Perguntado se D. participava de grupos de fanfarra com G. O., respondeu que D. participava de grupos de fanfarra (02:49min), com vários instrutores da fanfarra; Perguntado à acusada de D. esteve em Itapema para apresentar fanfarra, disse que sim que ela este em Itapema (03:09min); Perguntado à acusada como ela foi para Itapema, quem a levou, a acusada respondeu que ela foi de carona; perguntado à acusada quem deu a carona, a acusada demorou novamente para responder, olhou para o chão, olhou para o lado, e disse que D. foi de taxi até Rio do Sul e de Rio do Sul..., então demorou mais um pouco para responder e disse Vossa Excelência, desculpe, mas eu não me recordo (4:01min); Que G. nem N. lhe ofereceram dinheiro; que quem pagava as despesas das viagens era a depoente ou eram custeadas pela escola; que D. não comentou acerca de ter mantido relacionamento com V. C.; Perguntado à acusada se D. morava com ela quando os fatos ocorreram, respondeu que sim; perguntado á acusada que idade D. tinha, disse que tinha de 15 para 16 anos; Perguntado se quando ela ia apresentar fanfarras quem era o responsável pelo transporte, respondeu que geralmente era a escola (06:06min); Perguntado à ré se autorizava sua filha a ir para estas fanfarras com os instrutores ou quem se responsabilizasse, respondeu que sim (00:19min -segundo CD); Perguntado à ré forneceu autorização ao réu G. para

a vítima D. viajar para as fanfarras, disse que sim, que assinava as autorizações que lhe eram encaminhadas pela escola para a vítima viajar com os instrutores (00:45min); perguntado se da vez que D. veio para Itapema veio com a fanfarra, disse que sim; perguntado se desta vez autorizou a vítima a vir para Itapema, confirmou que sim (00:56min); Perguntado se porque a vítima era menor a acusada preencheu autorizações para ela viajar, respondeu que sim, para ela ir com a fanfarra (01:07min); Perguntado à acusada quantos dias ela ficou em Itapema, respondeu, pelo que eu me recordo ela ficou um dia e no outro voltou para casa; Perguntado á acusada se D. disse onde iria ficar, já que era menor, onde iria dormir nesta noite, respondeu que não chegaram a se comunicar sobre isso (01:54min); Perguntado para quem entregou esta autorização, respondeu que era para o pessoal da fanfarra, para os responsáveis (02:25min); Perguntado à acusada no dia seguinte, se foi buscar a vítima, como foi quando ela chegou, respondeu que foi buscar a vítima no colégio e foi tudo tranquilo (02:49min); Perguntado se foi nesta oportunidade que ela D. lhe contou que estava namorando com N. G., a ré demorou novamente para responder, olhou para o chão e disse que não se recordava (03:05min); Perguntado à ré quanto tempo ela namorou N., a ré respondeu que foi no final ou começo de março até abril deste ano (03:30min); Perguntado á ré se conversou com ele alguma vez, sendo ele o namorado da sua filha, disse que nunca conversou com ele (03:39min); Perguntado se a ré não se preocupou em conhecer o namorado da filha, respondeu que na verdade D. lhe disse que tinha um namorado, mas não disse à interroganda que se tratava de N. e que só depois que "estourou a bomba" é que soube que era N. (04:04 min); Perguntado à acusada se ela autorizou a vítima a viajar com N., disse que só autorizou a vítima a ir para a fanfarra, mas que não autorizou a ir com N.; que a vítima só dizia que ia namorar (04:35min); Perguntado à acusada se a vítima recebeu dinheiro de N., respondeu que não, que acredita que nunca tenha recebido; Perguntado à acusada se recebeu presentes, respondeu que sim, presentes sim, que ganhou um brinco, mas que acha que presentes é comum entre namorados (05:27min); Perguntado à acusada se até o momento da prisão a vítima estava namorado N., respondeu que sim (05:47min); Perguntado se já conversou pessoalmente com N. e com G., respondeu que não (07:05min).

Da leitura acurada desse depoimento, há se reconhecer, em princípio, o nervosismo externado pela mãe da vítima aos prestar suas declarações, a qual permaneceu longo período deliberando em pensamentos acerca de qual resposta apresentaria às perguntas que lhe foram dirigidas.

Além disso, percebem-se contradições no depoimento da vítima D., como, por exemplo, primeiramente afirmou que teria ido a Itapema acompanhada do réu G. e, por outro lado, a ofendida afirmou que teria ido até Rio do Sul e de lá ido até Itapema acompanhada por uma garota de nome J..

Curioso, também, ter a vítima informado que conheceu o réu N. em reuniões políticas, situação deveras peculiar, afinal, possuía menos de 16 (dezesseis) anos à época, período em que era uma estudante e participava da fanfarra colegial.

Demais disso, a afirmação da vítima de que as festas promovidas pelo acusado N. ocorriam em um motel em Rio do Sul, local em que todos contavam piadas e comiam pizza, se mostra pouco crível diante do contexto dos autos.

Ademais, eventual publicidade dada ao relacionamento havido entre o réu N. e a vítima D. é contestável, considerando que a vítima relatou jamais ter contado para sua mãe sobre o "namoro" mantido com o réu, ao passo que sua mãe afirmou categoricamente que sabia da existência do namoro.

Sublinhe-se, ainda, a vítima compareceu em juízo acompanhada de advogado (o mesmo advogado de outras vítimas), diverso do procurador de sua mãe, cuja função seria de orientar as declarações prestadas e corrigi-las. Tal causídico foi indicado por M., esta que era, coincidentemente, outra das vítimas no processo.

Da mesma forma, embora negada pela defesa, a participação de G. no esquema delituoso em companhia do réu N. é inconteste.

Não se descura a afirmação de que D. teria conhecido o réu N. por meio de reuniões políticas, e que o acusado G. seria apenas seu instrutor de fanfarra, o qual não teria nenhuma ligação com o acusado N. G. de L., tampouco se olvida o relato de E. M., genitora da vítima, de que não teria conversado pessoalmente com os réus G. ou N..

Todavia, malgrado a vítima D. ter informado que mentia para a sua mãe toda vez que se encontrava com o réu N., alegando compromissos da fanfarra, não se pode acreditar na veracidade da informação, pois a mãe da vítima afirmou que já sabia do relacionamento de ambos. A vítima D. asseverou que, em determinada oportunidade, ao irem para Florianópolis, o réu G. confirmou para a mãe da vítima que sua filha iria dançar na fanfarra.

Ora, dada a alegada ausência de ligação entre os réus G. e N., porque razão o réu G. teria confirmado à mãe da vítima que esta iria a Florianópolis participar de compromissos da fanfarra? E, ainda, se o relacionamento entre a vítima e o réu N. era do conhecimento da mãe, era necessário ter inventado toda essa história para que a vítima pudesse viajar?

Verifica-se, pois, haver um liame subjetivo entre os acusados G. e N., muito além do alegado convívio político externado por G. em seu interrogatório.

Isso porque são inúmeras as ocasiões em que as vítimas afirmam a participação do acusado G. nas condutas delitivas. Veja-se:

> "[...] que G. já lhe buscou em casa para se encontrar com N; que isto aconteceu umas duas vezes; que G. lhe deixava no motel (04:14min); que depois N. lhe levava para casa; que N. avisava a depoente que G. passaria na sua casa para lhe buscar (04:29min)" – vítima P. O. M.
>
> "[...] que uma vez M. comentou com a depoente que conheceu N. através de B., que é o G. O." (11:02min); - vítima D. M.

> "Que conheceu B. (01:00min); que conheceu B. através de umas amigas; que B. era professor de fanfarra; que participava da fanfarra; que atualmente mora em Aldredo Wagner; que pediu para G. lhe apresentar alguma coisa para se divertirem; que não sabia que G. conhecia N. G.; que G. a levou para conhecer N. G. em Rio do Sul; que também já foi para Florianópolis com o N.; que desta vez foi no carro de N." – vítima J. P. R.

> "[...] que conheceu G. porque uma vez ele foi buscar "a gente" lá no motel; que no motel estavam N., a depoente, a D. e mais algumas meninas; que conheceu N. antes de G."; - vítima A. J.

Da mesma forma, considerando que a mãe E. M. sabia do relacionamento entre sua filha D. e o acusado N., encontros que eram intermediados pelo réu G. O., como visto acima, em troca de alguma vantagem econômica para a vítima (presentes, hospedagens, dinheiro para compras, etc.), constata-se que a mãe da vítima assentia com a prostituição de sua descendente, após ter sido convencida pelo réu G..

Por fim, há de se avaliar a autoria do delito pelo réu V. C.

Segundo as declarações de D., esta manteve relações sexuais com V. C. na cidade de Itapema, oportunidade em que estavam presentes o réu N. e outras duas pessoas, ato confirmado pelo acusado V., nos seguintes termos:

> "Que foi a trabalho para preparar churrasco ao apartamento de N. e chegando ao local haviam três meninas e sendo que duas delas começaram a se beijar e o réu foi puxado por uma delas, e que esta situação levou ao ato (00:57); asseverou que não conhecia as vítimas e desconhecia a idade delas; que recebeu dinheiro pelo trabalho exercido como garçom, não pelas relações sexuais; que foi contrato por N.; que estavam no local primeiramente uma moça e após chegaram mais duas; que foi servir a citada festa; que preparou o churrasco; que havia bebida alcoólica, porém, não foi servida; que N. não achou estranho o fato do réu ter mantido relações sexuais com suas convidadas, respondeu que N. estava na sacada e só passou por ali, mas não falou nada, (03:10min). Afirmou também que depois de manter relações sexuais com as meninas, voltou e serviu o churrasco, terminou o seu serviço, foi pago pelos serviços

> de garçom e foi embora (03:42min); que ninguém aparecia ser menor de idade; que atendeu N. como garçom umas 4 ou 5 vezes; que nunca praticou sexo em troca de dinheiro; DEFESA: que recebia em média R$ 100 por hora de serviço; que a iniciativa do ato sexual partiu de uma loira alta; que não conheceu C. do C. A. P.; que nenhuma das pessoas estava sob efeitos de álcool ou drogas; que aparentemente todos estavam por vontade própria no local" (CD de fl. 1749).

A súplica absolutória de V. C. procede, em que pese ser fantasiosa a tese de que teria sido contratado para ser garçom/churrasqueiro em uma festa para 4 (quatro) pessoas, ocasião na qual manteve relações sexuais com as convidadas do réu N..

Isso porque, a conduta descrita no art. 218-B, § 2°, I, do CP, exige a premissa de que "para o agente ser punido é que ele não tenha sido enganado, pois, se mentiram a ele a respeito da idade da prostituta ou se as circunstâncias o levaram a acreditar que ela maior de idade, não haverá crime em razão do erro de tipo" (GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal Esquematizado. 2ª ed. Saraiva, 2012, p. 551).

Na hipótese, ficou claro que o acusado V. e a vítima D. se conheceram em Itapema na festa realizada no apartamento do réu N., local em que os demais presentes possuíam mais de 18 (dezoito) anos, cenário que permitiria ao réu V. supor que D. também fosse maior de idade.

Por conseguinte, demonstrado o desconhecimento do acusado V. acerca da real idade biológica da vítima, constata-se a inexistência de dolo específico em seus atos. Assim, em se tratando de delito que não admite punição na modalidade culposa, a absolvição do réu de V. C. é a medida de rigor.

Pondera-se que esses argumentos não podem ser utilizados em relação aos réus G. e N., uma vez que G. era professor da escola em que a vítima D. participava da fanfarra, grupo este composto apenas por menores de 18

(dezoito) anos, e porque o acusado N., conforme amplamente demonstrado nos autos, tinha conhecimento desses fatos.

Ante o exposto, mantém-se a condenação de N. G. de L. nas sanções do art. 218-B, §2º, inciso I do Código Penal; a condenação do réu G. O. nas sanções do art. 218-B, §1º do Código Penal; a condenação da ré E. M. nas sanções do art. 218-B, caput do Código Penal e; absolve-se o réu V. C. das sanções do art. 218-B,§1º do Código Penal, todos cometidos contra a vítima D. L. F..

2.3. Da acusação de favorecimento à prostituição (art. 218-B, §2º, I, do CP) perpetrado contra a vítima P. O. M. (apelante N. G. de L.)

No que tange ao pleito de absolvição do réu N. G. de L., quanto ao delito perpetrado contra a vítima P. O. M., melhor sorte não assiste ao recorrente.

A autoria e a materialidade do crime estão devidamente comprovadas pelo depoimento prestado pela vítima, e pelo documento acostado à fl. 1.743.

Sublinha-se, a vítima P. descreve com precisão como conheceu o réu N., discorrendo sobre os incentivos ganhos para manter relações sexuais com o acusado, o qual não teria conhecimento acerca de sua idade real:

> "[...] que era amiga de P., que conheceu N. G.; que o conheceu através de P.; que teve relações sexuais com N. G.; que P. lhe contou que saía com ele mediante pagamento e então a depoente também quis sair porque P. lhe ofereceu para fazer programas também; que P. então lhe convidou para fazer programas com ele também; que se encontraram no motel Três Chalés; que foram até lá de taxi e quem pagou o taxi foi o réu N. G.; que N. pegou a depoente e P. na rodoviária em Rio do Sul; que no motel estavam N. e as duas, a depoente e P.; que teve relações sexuais com N. e com P. também; que não lembra ao certo, mas acha que N. pagou R$300,00 ou R$500,00 para a depoente e para P.; que saiu outras vezes com N.; que foram várias as vezes, mais de dez vezes (02:48min); que

> completou dezoito anos no dia 14 de maio; que antes de completar dezoito anos saiu com N., poucas vezes, umas quatro vezes ou três; que N. achava que a depoente era maior; que às vezes recebia dinheiro e às vezes recebia presentes, com o roupas (03:15min); que nas vezes que saiu com N. tinha outras meninas junto; que o nome delas era D., D., A., S. e J. (03:39min); que conhece S.; que sabe que S. também saiu com ele; que não chegou a sair com N. e S.; que G. já lhe buscou em casa para se encontrar com N.; que isto aconteceu umas duas vezes; que G. lhe deixava no motel (04:14min); que depois N. lhe levava para casa; que N. avisava a depoente que G. passaria na sua casa para lhe buscar (04:29min); que conheceu a D., mas não através de N.; que N. perguntou sua idade e a depoente disse que tinha dezoito anos (04:53min); que não havia se prostituído antes; que teve outros parceiros sexuais antes de conhecer N.; que quando iam para motel havia bebida alcoolica; que quem pagava pelas bebidas era N.; que as meninas poderiam beber o que quisessem, bebidas alcoólicas ou não; que viajou com N.; que foram para Itapema; que nesta oportunidade foi a depoente, N. e a P.; que se hospedaram no Condomínio S.; que lá tiveram relações sexuais; que quando chegou em casa desta viagem ganhou mil reais; que lá ele pagava tudo o que gastavam (06:20min); que nunca foi obrigada a ingerir bebida alcóolica nos encontros, nem de entorpecentes; que não conheceu C. do C. A. P.; que na primeira vez que saiu com N. não saiu só para festas e diversão, mas também precisava de dinheiro (07:42min); que sempre disse a N. ser maior de idade; que não foi agredida, violentada ou forçada a manter relações sexuais com N. G. (08:28min); que não presenciou coação às pessoas para manter relações sexuais com N., nem ingerir bebidas alcóolicas" (CD de fl. 1777).

Observa-se, pois, o depoimento de P. não deixa dúvidas quanto à existência da prática do crime de favorecimento à prostituição cometido por N. G. de L.

A saber, a menor declarou que começou a fazer programas com N. porque sua amiga P. lhe induziu, oportunidade que tinha para se divertir, participar das festas e ganhar dinheiro.

Além disso, as declarações da vítima vão ao encontro de outras prestadas à autoridade judicial, pois indicam a participação de G. na função de buscar as infantes e levá-las ao acusado N., acrescentando, inclusive, quanto teria recebido pelos serviços sexuais prestados.

Consignou P., ainda, que antes de completar a maioridade, os encontros com N. aconteceram "poucas vezes, quatro, três vezes", circunstância suficiente para a caracterização do delito previsto no art. 218-B, § 2º, I, do CP, porquanto já havia sido atraída pela vítima P. à prostituição.

Descabe, também, falar na existência de erro quanto à idade da vitima P., sob o argumento de que a Magistrada singular adentrou em aspectos técnicos para afirmar que a vítima aparentava ter menos de 18 (dezoito) anos à época dos fatos.

Isso porque as características físicas dessa ofendida, consoante registro audiovisual (CD de fl. 1777), apontam que P. possuía menos de 18 (dezoito) anos de idade. Outrossim, dispensável a produção de prova específica com o fito de comprovar a idade da vítima, uma vez que é facilmente perceptível pela análise da compleição física da vítima P., que se tratava de pessoa menor de idade.

Aliás, importante destacar aqui, que o réu N. G. de L. é pai de três filhos, 2 (dois) rapazes e uma menina, de modo que se pode supor que acompanhou o crescimento e o desenvolvimento de seus filhos e, principalmente, por ser pai de uma mulher, teria condições de saber que as mulheres com quem se relacionou tratavam-se de menores de idade.

Ainda, por se tratar de pessoa pública, ligado ao público eleitor, o réu possuía ainda mais condições de distinguir uma adolescente de uma uma mulher na fase adulta.

Pertinente à correta fixação do número de encontros realizados entre a vítima P. e o réu N. para fins de aplicação da fração à continuidade delitiva, esse pormenor será avaliado adiante, na ocasião da dosimetria.

Ante o exposto, certo que a vítima P. e o apelante N. mantiveram relações sexuais enquanto P. era menor de idade, mantém-se a condenação do réu no particular.

2.4. Da acusação de favorecimento à prostituição (art. 218-B, §2º, I, do CP) perpetrado contra a vítima A. J. (apelante N. G. de L.)

A autoria e a materialidade do crime estão devidamente comprovadas pelo depoimento prestado pela vítima, e pelo documento acostado à fl. 1.746.

Sobre os acontecimentos, declinou a vítima A. J. em juízo:

> "[...] que conheceu G. porque uma vez ele foi buscar "a gente" lá no motel; que no motel estavam N., a depoente, a D. e mais algumas meninas; que conheceu N. antes de G.; que suas amigas comentaram que faziam festas com N. e a depoente se interessou e quis ir junto; que elas falavam que eram festas normais, com bebida, conversa, não rolava nada de mais; que a depoente tinha 16 anos; que as festas que participou ocorreram neste ano (2011); que conheceu N. no começo do ano; que sobre as festas as amigas não comentaram nada de mais, eu que me interessei, ninguém me obrigou a ir; que não haviam outros meninos, apenas outras meninas e o N. G.; que quanto às bebidas era à vontade e sem drogas; que bebiam socialmente; que algumas vezes N. levava e algumas vezes a depoente e as meninas pediam; que se encontrou com N. e com as meninas umas três vezes, sempre no motel Três Chalés; que sempre haviam três ou quatro meninas junto; que não tinham relação sexual; perguntado à depoente se teve relações sexuais nestas festas, disse que preferia não responder; que não está constrangida com a presença da sua mãe; que sua mãe já ouviu coisa bem pior (06:04min); que o meu primeiro depoimento ela ouviu então eu não tenho nada a esconder dela e nem de ninguém (06:09min); perguntado à depoente porque ela está falando outras coisa aqui (em juízo), porque lá foi bem pior e que aqui (em juízo) tinha que ser igual, perguntado

se está sendo diferente, disse que sim (06:18min); perguntado à depoente se está sendo ameaçada, se recebeu dinheiro para dizer outras coisas em juízo, disse que não; perguntado á depoente então porque o seu depoimento está sendo diferente, nada respondeu (06:45min); que o delegado foi grosseiro; que o delegado não lhe ameaçou, que o delegado não lhe deu dinheiro (08:34min); que o delegado não obrigou a depoente a assinar o seu depoimento sem ler; que o delegado não obrigou a depoente a mentir (08:38min); que tem certas coisas que preferia não falar, perguntado à depoente se é porque prefere esquecer, disse que sim (09:01min); que certa vez G. buscou a depoente e outras meninas no motel e as levou até a rodoviária; que da rodoviária pegaram um taxi e foram para suas casa; que quem pagava o taxi era N. (09:41min); que N. não sabia quantos anos a depoente tinha; que disse para N. que era maior de idade, porque as meninas não falavam as idades delas lá, mas todas falavam que eram maiores de idade (10:26min); que também haviam meninas maiores de idade; que a D. e a M. eram maiores de idade; que a Camila também era maior de idade; perguntado à vítima se N. já tomou viagra na sua frente, respondeu "não que eu saiba"; que bebiam socialmente, mas as meninas não ficavam embriagadas; que às vezes N. ligava para a depoente, e às vezes ela e suas amigas combinavam alguma festa e entravam em contato com N.; que não mantém contato com N. desde que ele foi preso (11:26min); que N. sempre usava preservativo (11:41min); que N. sempre dava presente para a depoente e para as meninas, como calça, sapatos, mas não dava dinheiro, só quando a depoente e as meninas pediam porque estavam precisando; que às vezes a gente escolhia os presentes ou a gente pedia dinheiro para ele e ia lá e comprava (12:15min); que às vezes ele dava cem, duzentos reais, a quantia que custava o vestido, ou a calça (12:35min); que nunca viajou com N. G.; que só pegou uma carona uma vez até a rodoviária; que ele tem uma land rover preta (13:33min); que nunca se encontrou com N. sozinha, sempre com mais meninas (14:35min); que quando foi para estas festas já havia tido relações sexuais antes; que nunca teve namorado (15:20min); que quem apresentou a depoente para N. foi a M. e a D. (16:00min); que foi buscada em casa pelo Delegado; que não leu o depoimento na delegacia antes de assinar porque não quis, mas ninguém a impediu (18:41min); perguntado à vítima se foi coagida pela Autoridade Policial ou apenas se sentiu constrangida, disse que na realidade se sentiu constrangida, que não foi coagida

> (19:33min); Pergunta do Juízo: "A promotora te perguntou que, primeiro você disse que não havia tido relações sexuais, depois a Promotora te perguntou se ele usava preservativo, você disse que ele usava preservativo, então, se ele usava preservativo não era pra fazer balão, então, você teve relações sexuais com ele? "Não, não havia"; Pergunta do Juízo: E ele usava preservativo para quê? Respondeu a vítima: "Pra fazer um balão" (20:01min) (CD de fl. 1521).

Verifica-se que as palavras da vítima e do réu N. são uníssonas ao afirmarem que entre ambos não houve relação sexual, e que a idade da vítima A. no "grupo" de relacionamento seria de 18 (dezoito) anos.

No entanto, as declarações da vítima no sentido da inexistência de relações sexuais nas festas promovidas pelo réu N. vão de encontro às demais provas angariadas no processo.

Na verdade, um choque de versões exsurge na ocasião em que a ofendida A. prefere não responder acerca da existência de relação sexual e, depois, assevera que o acusado N. sempre usava preservativo. Posteriormente, ao ser indagada pelo Juízo, num tom de escárnio, a vítima disse que o preservativo era utilizado "para fazer balão".

Não há como acreditar que o acusado N. se reunia com um grupo de garotas no motel, para comer pizza ou contarem piadas, tal como disse a vítima D., ou para demonstrar sua habilidade de usar preservativos como "balão", conforme a explicação dada pela vítima A. J.

O que é crível diante do contexto dos autos foi a parte do relato da vítima ao afirmar: "que N. sempre dava presente para a depoente e para as meninas, como calça, sapatos, mas não dava dinheiro, só quando a depoente e as meninas pediam porque estavam precisando; que às vezes a gente escolhia os presentes ou a gente pedia dinheiro para ele e ia lá e comprava" (CD de fl. 1521).

Ora, certamente o acusado N. fornecia esses incentivos às jovens, inclusive à vítima, em troca dos favores sexuais, consoante amplamente debatido no processo, e não por ato de caridade.

Demais disso, as vítimas P. O. M. e M. confirmaram a prática de atos sexuais nos encontros com N. G. de L., relatando a presença de A.:

> "[...] que saiu outras vezes com N.; que foram várias as vezes, mais de dez vezes (02:48min); que completou dezoito anos no dia 10 de maio; que antes de completar dezoito anos saiu com N. umas quatro vezes; que N. achava que a depoente era maior; que às vezes recebia dinheiro e às vezes recebia presentes, com o roupas (03:15min); que nas vezes que saiu com N. tinha outras meninas junto; que o nome delas era D., D., A., S. e J. (03:39min)" (P. O. M. - CD de fl. 1777).

> "[...] que a gente ficava lá conversando e bebendo, quem queria bebia bebida alcoolica, fazia festa, dançava, se divertia; que mantinham relação sexual com N. quando queriam, lá no motel [...]" (M. - CD de fl. 1521).

Em reforço, há o depoimento da testemunha D., relatando que a ofendida A. participou do encontro juntamente com as vítimas D. e P. Veja-se:

> "[...] que uma vez M. comentou com a depoente que conheceu N. através de B., que é o G. O. (11:02min); que a depoente também já participou da fanfarra; que em um dos encontros foi com A., que A. também conhecia M.; que um dia eu a M. estávamos numa festa e comentamos com a A. sobre N. e ela se interessou, disse que também queria ir (12:33min); que um dia que N. estava em Rio do Sul eu liguei para ele e disse que a gente tinha uma amiga que também queria ir para a festa com a gente, daí a A. veio junto (12:55min); que o que atraiu A. foram os presentes, as mesma coisa que a M. me falou foi o que atraiu a A. (13:19min); que desta vez que a A. participou se encontraram nos Três Chalés; que eu sabia que A. era menor de idade; que A. aparenta ser maior de idade; que para N. A. disse que tinha dezoito anos; que acha que A. recebeu alguma coisa por este encontro (16:34min); que quanto aos valores, às vezes N. dava para uma um vestido de duzentos reais e para outra uma roupa que valia uns duzentos reais, assim (17:30min); que às vezes

> quando eu precisava de dinheiro, falava "tô precisando de tanto" e ele sempre ajudava, nunca negou" (17:49min); que participou de uma festa com D., P. e A. no motel Três Chalés; que nesse dia quem buscou a depoente no motel foi o B. (19:40min); que B. levou a depoente e A. para casa (19:47min)" (CD de fl. 1521).

Portanto, não há dúvidas de que entre a vítima A. e o acusado N. houve relação sexual. Cinge-se a controvérsia, unicamente, quanto à alegada maioridade externada pela vítima.

Nesse ponto, o registro audiovisual indica que a aparência da vítima condiz que com a idade que possui, qual seja, 16 (dezesseis) anos. Ademais, as próprias reações da vítima denotam sua imaturidade, natural dessa fase transição da adolescência para a vida adulta.

Cumpre acrescentar, também, os argumentos anteriormente utilizados, de que o réu N. G. de L. é pai de uma filha e possuía uma vida pública intensa, de modo que teria discernimento suficiente para saber que a vítima A. J. era menor de idade.

Pelas razões expostas, vota-se pelo desprovimento do recurso no tópico, pelo que se mantém a condenação do réu N. G. de L. nas sanções do art. 218-B, §2º, I do Código Penal, também em relação à vítima A. J..

2.5. Da acusação de favorecimento à prostituição (art. 218-B, §§, do CP) perpetrado contra a vítima M. P. dos P. (apelantes N. G. de L. e G. O)

A materialidade e autoria do crime estão demonstradas pela prova oral colhida na instrução criminal, e pelo documento de fl. 1.744, comprovante da idade da vítima.

Conforme as declarações da vítima, conheceu o réu N. por meio de sua amiga J., pelo que negou qualquer participação do acusado G. nos encontros.

Outra, porém, é a conclusão alcançada.

Para ilustrar, extrai-se do depoimento da vítima M.:

> "[...] que atualmente mora em Imbuia na casa dos pais; que já morou sozinha em Ituporanga; que veio para Ituporanga para trabalhar e morar sozinha com suas amigas; que trabalhava na Celina Cabeleireiros; que morava com sua amiga A. e com a J.; que primeiro dividia aluguel com a A., depois passou a morar com J. em uma casa, com quem dividia aluguel; que depois disto as três começaram a morar juntas; que pagavam cerca de cento e vinte reais de aluguel cada uma; que o serviços no salão dava para pagar suas despesas; que na época que conheceu G. O. ele morava em Taió; que em Imbuia ele era professor de fanfarra; que conheceu N. através de J.; que conheceu N. nas festas; que às vezes se encontravam para tomar um café e às vezes outras vezes a gente se encontrava em um motel para fazer festas lá porque era mais reservado; que tomavam café em Rio do Sul; que quando a gente queria fazer festas a gente ia até lá em Rio do Sul no motel, de taxi, e chegando lá ele dava dinheiro para a gente pagar o taxi (04:40min); que a gente encontrava ele lá, que a gente não tinha dinheiro para pagar o taxi e as despesas, aí ele dava dinheiro pra gente; que a gente ficava lá conversando e bebendo, quem queria bebia bebida alcoolica, fazia festa, dançava, se divertia; que mantinham relação sexual com N. quando queriam, lá no motel; que isto acontecia em 2009; que o motel em Rio do Sul era o Três Chalés e no Blue Mon também; que N. levava as bebidas para o motel (06:24min); que a gente ia para lá de taxi e pagava com o nosso dinheiro, e chegando lá ele nos devolvia o dinheiro gasto com o taxi (07:04min); que nas festas haviam outras amigas deles também; que o nome das outras meninas eram C., S., L.; que na época tinha dezessete anos, mas não falava que tinha esta idade; "que a gente não conversava sobre essas coisas"; que não conversavam sobre dinheiro; que conversavam sobre estudos e coisas que haviam acontecido; que estas coisas aconteciam nos finais de semana; que quem pagava a conta era sempre N., porque a gente não tinha dinheiro; que se encontrou com N. cerca de vinte vezes; que se encontrou com ele menos vezes quando era menor; que só uma vez se encontrou N. e mais uma amiga sua em Florianópolis, mas a maioria das vezes se encontrava em Rio do Sul; que lá em Florianópolis nós ficamos em um hotel; que o hotel era perto da Beira Mar; que desta vez foi eu e a C.; que foram até lá com N. num carro preto; que a conta do hotel era N. quem pagava; que

> lá nos ficamos sozinhas, não ficamos com ele; que no outro dia ele nos trouxe de volta; que mantiveram relação com N. lá no hotel; que geralmente N. já estava no motel com C., que era namorada dele; que quando ia lá era menor, mas N. não sabia que tinha 17 anos; que manteve relações sexuais com N. quando era maior no ano de 2010, e se apegou ao acusado, sendo que às vezes saíam apenas os dois; que na época de 2009 não se recorda de ter havido relações sexuais, porque "era" mais festas; que N. não lhe ajudava com outros gastos; que nunca recebeu dinheiro; que no aniversário da depoente N. lhe deu um presente, mas não lhe dava dinheiro em troca das relações sexuais; que o acusado usava preservativo; que presenciava N. mantendo relação sexuais com outras meninas também (19:59min); que a própria depoente procurou um advogado para lhe ajudar porque estava muito nervosa por causa desse assunto (20:48min); que seu advogado é o S.; que não procurou nenhum Promotor de Justiça para auxiliá-la; que N. não pedia para a depoente convidar outras meninas para ir nas festas; que todas as participantes tinham corpo de mulher, e que não se podia dizer que havia menores de idade nas festas; que N. não pedia para que fossem convidados meninas às festas; que depois se apegou a N. saiam apenas os dois; que não tinha ciúme porque iam ao motel para fazer festa, dançar, beber; que G. não estava nas festas; que para prestar depoimento hoje a depoente veio de carro; que a depoente veio dirigindo; que a depoente tem carro; que trabalha em Imbuia, em uma loja da sua família (28:40min); que ninguém era obrigado a consumir bebida alcóolica; que disse ao N. que tinha mais de dezoito anos de idade (31:06min); que saía com N. quando queria; que na verdade N. nunca lhe perguntou se a depoente era maior ou menor de de idade (31:33min)" (CD de fl. 1521).

Da leitura do depoimento da vítima M., consta que a ofendida não nega ter mantido relações sexuais com o réu N., todavia, insiste em afirmar que os atos não ocorrem durante sua menoridade ou, se aconteceram, o acusado desconhecida sua idade real.

Cumpre esclarecer, o registro audiovisual (CD de fl. 1521) e a afirmação da Juíza *a quo*, dão conta que a vítima, por "coincidência", compareceu à audiência acompanhada por advogado, sendo que, ao

prestar suas declarações, a jovem demonstrava impaciência, ansiedade e dissimulação.

Ademais, malgrado a vítima M. tenha afirmado que conheceu N. por meio de sua amiga J., a testemunha D. M., participante de fanfarra, relatou que "uma vez M. (outra vítima) comentou com a depoente que conheceu N. (acusado) através de B., que é o G. O. (outro denunciado)" (11:02min)". Ou seja, o modus operandi não se alterou em relação à vítima M., porque o depoimento da vítima D. foi harmônico ao afirmar, em diversas passagens, que o réu G. era reconhecido por ter atraído as jovens, bem como fazia o serviço de leva e traz dos locais em que os encontros sexuais aconteciam, obviamente, mediante contraprestação pecuniária.

É certo, pois, que o esquema manteve-se íntegro, de modo que o réu G. O. levava as jovens até o réu N. que, mediante incentivos diversos, mantinha relações sexuais com as menores.

Aliás, em que pese a vítima M. ter consignado que o acusado N. não lhe ajudava com outros gastos ou lhe dava dinheiro, este fato foi desmentindo pela testemunha D. M.

Veja-se:

> "[...] que conheceu M. em março de 2009; que M. trabalhava em Ituporanga; que a depoente queria sair de Imbuia; que M. lhe contou que estava ficando com N., saindo em ele; que a M. perguntou se eu tinha interesse de conhecer ele, aí eu fui (01:45min); que N. ajudava bastante M.; que ele comprava presentes para ela, compra roupas, ajudava ela na faculdade dela (02:07min); que seu primeiro contato com N. foi no ano de 2010; que na primeira vez a M. convidou, perguntou se eu queria ir e eu aceitei; [...] que não é que ele dava certa quantia, mas ele ajudava bastante; ele dava uma roupa, um sapato, ajudava bastante; que não é que ele pagava R$300,00 ali, mas que a M. lhe disse que ele pagava a faculdade dela, chegou a comprar um carro para ela, ele ajudava bastante, e por isso a gente se baseava"

Com efeito, se por um lado a versão de D. M. encontra respaldo nas demais provas coligidas, as declarações da vítima M. destoam da realidade, na vã tentativa de livrar os réus da imputações que lhes foram dirigidas.

Ressalta-se, a vítima M. consignou que para prestar o depoimento foi dirigindo o automóvel de sua propriedade, bem como de que cursou Administração. Nesse particular, como bem anotou a *Magistrada a quo:*

> Ora, como uma jovem da idade de M., que no ano de 2009 saiu de casa para trabalhar em outra cidade num salão de beleza, auferindo apenas cerca de trezentos reais por mês, ou seja, menos de um salário mínimo, conseguiu comprar um carro e pagar sua faculdade? (fl. 2452).

Logo, clarividente as relações entre o acusado N. e a vítima D. nas festas promovidas, inclusive enquanto a ofendida não atingira a maioridade.

Superado esse pormenor, resta avaliar se o réu possuía condição, ou não, de saber a idade da vítima.

Nesse pormenor, ao contrário do que alega a vítima, existem elementos suficientes manter a condenação dos apelantes. Isso porque a vítima afirmou inicialmente que não comentava sobre sua idade com o acusado e, depois, disse que teria dito a N. que possuía 18 (dezoito) anos.

Não é crível, contudo, que o réu desconhecesse a idade da vítima, tendo em vista a forma como esta foi aliciada por G. O., este que era professor da fanfarra colegial.

Outrossim, consoante a própria vítima afirmou, ela e o acusado mantiveram um relacionamento mais próximo tanto que se "apegou" ao réu e, em certas oportunidades, saíram sozinhos.

Daí que, se houve uma aproximação no grau relatado pela vítima M. com o acusado N., não se mostra razoável que jamais tenham conversado acerca da idade da vítima, a qual foi agraciada com presentes de valores bem superiores àqueles dados às outras vítimas.

Ante o exposto, mantém-se a condenação do réu N. G. de L por infração ao art. 218-B, § 2º, I, do Código Penal, e G. O. Por violação ao art. 218-B, § 1º do Código Penal, ambos cometidos contra vítima M. P. dos P.

2.6. Do favorecimento à prostituição (art. 228, § 1º do CP) perpetrado contra a vítima J. P. R. (apelante G. O)

Inicialmente, há que ser mantida a *emendatio libelli* manejada pela Magistrada *a quo,* sobretudo porque a vítima J. completou a maioridade no ano de 2008, motivo pelo qual os fatos narrados na denúncia serão apreciados nos termos art. 228, § 1º, do CP, antes da alteração promovida pela Lei n. 12.015/2009.

Dito isso, a materialidade e autoria do crime perpetrado por G. O. encontram substrato no depoimento da vítima, bem como documento de fl. 1747.

Veja-se, por exemplo, as declarações da vítima em juízo:

> "[...] Que conheceu B. (01:00min); que conheceu B. através de umas amigas; que B. era professor de fanfarra; que participava da fanfarra; que atualmente mora em Alfredo Wagner; que pediu para G. lhe apresentar alguma coisa para se divertirem; que não sabia que G. conhecia N. G.; que G. a levou para conhecer N. G. em Rio do Sul; que também já foi para Florianópolis com o N.; que desta vez foi no carro de N.; que às vezes ia de ônibus; que isto aconteceu no ano de 2007, quando conheceu G.; que na época da fanfarra não era vigem, que tinha um namoradinho; que sua mãe sabia desse namorado; que as festas eram no motel Três Chalés em Rio do Sul; que às vezes ia até lá de taxi, e às vezes ia sozinha ou com amiga; que estas festas aconteciam mais nos fins de semana, às vezes um final de semana sim, outro não; que a depoente trabalhava em um salão de beleza nesta época; que trabalhou no salão da Celine e também no salão da sua tia; que no salão da sua tia ganhava cerca de um salário; que na época da fanfarra trabalhava na casa do seu tio, cuidando das crianças dele; que não ganhava nada para trabalhar na casa de seu tio; que nos finais de semana ia para as festas; que não contava para

> seu tio onde ia; que quando seu tio perguntava a depoente mentia; que desta vez que foi a Florianópolis não disse para sua mãe que estava na fanfarra; que nestas festas acontecia de tudo (08:16min); que às vezes tinha lanche, tinha bebida alcoolica (08:30min); que ingeria bebidas alcoólicas; que haviam várias meninas, às vezes quatro, às vezes cinco (08:46min); que do sexo masculino só o N. G. participava (08:50min); que mantinham relações sexuais com N. nestas festas; que era sempre N. quem pagava a conta, o transporte, a conta do motel, e também sempre dava presentes para as meninas (09:22min) que para voltarem para casa, N. também pagava o taxi, às vezes a quantia certa do taxi, sessenta ou setenta reais; que antes de morar sozinha não; que na época que estava na fanfarra G. lhe pedia que era para dizer para sua mãe que estava na fanfarra, apesar de ir para as tais festas (10:34min); que sua primeira relação sexual não foi com N. G.; que não ouviu falar de N. que preferia ter relações com meninas virgens (12:03min); que G. não lhe perguntou se era virgem (12:18min); que se haviam meninas maiores de idade nestas festas a depoente não lembra (12:51min); que em Florianópolis ficou na casa de uma menina e em outra vez que foi ficou em um hotel; que a conta era sempre N. que pagava (13:08min); que ouvia falar que era N. era Deputado naquela época (13:31min); que não havia drogas nas festas; que ia para estas festas por diversão e porque "a gente ganhava presentes de N. como roupas, sapatos, jóias" (14:29min); que N. usava preservativo; que presenciavam N. ter relações sexuais com outros meninas (14:57min); que as bebidas que tinham à disposição da depoente e das outras meninas eram do próprio motel (15:11min); que aqui em Ituporanga morou com sua prima e também já morou com sua amiga M. e com a A.; que M. também ia nas festas; que dizia para N. que tinha 18 anos (18:54 min); que N. sempre lhe deu bons presentes (20:55min).

De acordo o relato da vítima, J. P. R. manteve relações sexuais com o réu N. G. de L. desde 2007 até o ano de 2009. Verifica-se, ainda, que o réu N. era quem pagava a conta, o transporte (ida e volta), bem como dava presentes a todas as participantes, embora não tenha afirmado que essas vantagens advinham das relações sexuais realizadas com o acusado.

Merece atenção o fato de que o cenário para o qual a vítima J. foi atraída era similar àquele da vítima D. L. F., ou seja, ambas eram

participantes da fanfarra de que o réu G. O. era instrutor, fato que não pode ser desconsiderado.

A propósito, a vítima M., amiga da depoente J. P. R., conheceu o acusado N. mediante intermediação do acusado G. O., razão pela qual não há dúvidas de que esta vítima também foi atraída pelo acusado G. O. para satisfazer os desejos sexuais de N.G. de L.

Percebe-se, assim, G. O. conhecia a vítima J. da fanfarra que comandava, atraindo a infante, estudante à época, à prostituição, entregando-a aos caprichos sexuais do acusado N.

Pelo exposto, a manutenção da condenação do apelante G. O. como incurso nas sanções do art. 228, § 1º (antiga redação) cometido contra a vítima J. P. R. é a medida de rigor.

3. Da Dosimetria penal

3.1.Apelante N. G. de L.

3.1.1 Estupro de Vulnerável – vítima G. S. (art. 217-A, § 1º, do Código Penal)

Observa-se que a Magistrada *a quo* ao exasperar a pena-base considerou a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do réu, as circunstâncias e as conseqüências do crime.

A circunstância judicial da culpabilidade foi acertadamente majorada em decorrência da história pregressa do acusado N., porquanto ocupante de cargos eletivos, conhecedor da lei, responsável por zelar pelos interesses da coletividade (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2005.040300-5, de Joinville, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. em 27.6.2006).

O mesmo se diga em relação aos antecedentes, os quais encontram suporte na prática da contravenção penal de fl. 279 (Nesse sentido:

Apelação Criminal n. 2011.052536-2, de Blumenau, rel. Des. Torres Marques, j. em 16.1.2012).

Também:

> PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE INAPLICÁVEL QUANDO AFASTADA PELO CONSELHO DE JURADOS. FIXAÇÃO DA PENA. ART. 59 DO CP. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO POR CONTRAVENÇÃO PENAL. CONSIDERAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES.
>
> EXTINÇÃO HÁ MAIS DE 5 ANOS. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO-PROVIDO.
>
> 1. A aplicação de atenuante não-reconhecida pelo Tribunal do Júri implicaria violação da soberania de sua decisão.
>
> 2. A condenação anterior por contravenção penal, conquanto não caracterize reincidência, pode ser considerada como reveladora de maus antecedentes.
>
> 3. Podem ser consideradas maus antecedentes as condenações extintas há mais de 5 anos.
>
> 4. Recurso não-provido. (REsp 1090736/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. em 29.9.2009).

Por sua vez, ao contrário do que consignou a Togada singular, no tocante à conduta social, não há nos autos elementos a computá-la em desfavor do recorrente. É que tal circunstancia deve ser entendida como "o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc." (Nucci, Guilherme de S., Código penal comentado, 5ª ed., RT, 2005, p. 335), de forma que não basta, para sua negativização, o argumento de que o réu se tratava de uma pessoa pública, sobretudo porque presentes diversos testemunhos abonadores.

Igualmente, convém afastar a majoração em razão da personalidade, porquanto ausente prova técnica da deformação de sua personalidade, afinal,

> A circunstância judicial da personalidade refere-se às características morais e psíquicas do acusado, sejam elas adquiridas ou hereditárias, considerada a idiossincrasia do agente, de sorte que a sua valoração deve se dar por meio de estudo técnico específico e por meio de elementos concretamente explicitados nos autos, sem os quais não se pode considerá-la negativamente (ApCrim. 2010.026843-8, de Seara, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. em 23.5.2011).

E mais:

> [...] PERSONALIDADE TIDA COMO NEGATIVA EM RAZÃO DO REGISTRO DE AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. AUSÊNCIA DE DADOS TÉCNICOS. DESCONSIDERAÇÃO. AJUSTE DA PENA-BASE QUE SE IMPÕE. (ApCrim. 2011.070151-5, de Modelo, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 29.2.2012).

No mais, as circunstâncias do delito e suas consequências foram acertadamente mensuradas pela Julgadora *a quo*.

Assim, afastando-se a majoração efetuada em virtude da conduta social do agente e de sua personalidade, fixa-se a pena-base em 11 (onze) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Inexistentes agravantes ou atenuantes a serem relevadas na segunda fase dosimétrica, ao final deve ser aplicada a causa de aumento prevista no art. 226, II, do CP – concurso de agentes -, pelo que se aumenta a pena do recorrente N. G. de L. na fração de 1/4 (um quarto), tornando-a definitiva em 14 (quatorze) anos e 2 (dois) meses de reclusão, por infração ao art. 217-A, § 1º, cometido contra a vítima G.S.

3.1.2 Exploração Sexual de Vulnerável – vítima G. S. (art. 218-B, § 2º, do Código Penal)

No ponto, tem-se que a Magistrada *a quo* considerou para exasperar a pena-base a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, as circunstâncias e as conseqüências do delito.

A circunstância judicial da culpabilidade foi acertadamente majorada em decorrência da história pregressa do acusado N., porquanto ocupante de cargos eletivos, conhecedor da lei, responsável por zelar pelos interesses da coletividade (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2005.040300-5, de Joinville, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. em 27.6.2006).

O mesmo se diga em relação aos antecedentes, os quais encontram suporte na prática da contravenção penal de fl. 279 (Nesse sentido: Apelação Criminal n. 2011.052536-2, de Blumenau, rel. Des. Torres Marques, j. em 16.1.2012).

Também:

> PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE INAPLICÁVEL QUANDO AFASTADA PELO CONSELHO DE JURADOS. FIXAÇÃO DA PENA. ART. 59 DO CP. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO POR CONTRAVENÇÃO PENAL. CONSIDERAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES.
>
> EXTINÇÃO HÁ MAIS DE 5 ANOS. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO-PROVIDO.
>
> 1. A aplicação de atenuante não-reconhecida pelo Tribunal do Júri implicaria violação da soberania de sua decisão.
>
> 2. A condenação anterior por contravenção penal, conquanto não caracterize reincidência, pode ser considerada como reveladora de maus antecedentes.
>
> 3. Podem ser consideradas maus antecedentes as condenações extintas há mais de 5 anos.
>
> 4. Recurso não-provido. (REsp 1090736/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 29.9.2009).

Merece reparos, todavia, a majoração efetuada por conta da má conduta social do apelante, uma vez que não há nos autos elementos a computá-la em seu desfavor. É que tal circunstancia deve ser entendida como "o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do

trabalho, da escola, da vizinhança etc." (Nucci, Guilherme de S., Código penal comentado, 5ª ed., RT, 2005, p. 335), de forma que não basta, para sua negativização, o argumento de que o réu se tratava de uma pessoa pública, sobretudo porque presentes diversos testemunhos abonadores.

Igualmente, convém afastar a majoração em razão da personalidade, porquanto ausente prova técnica da deformação de sua personalidade, afinal,

> A circunstância judicial da personalidade refere-se às características morais e psíquicas do acusado, sejam elas adquiridas ou hereditárias, considerada a idiossincrasia do agente, de sorte que a sua valoração deve se dar por meio de estudo técnico específico e por meio de elementos concretamente explicitados nos autos, sem os quais não se pode considerá-la negativamente (ApCrim. 2010.026843-8, de Seara, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. em 23.5.2011).

E mais:

> [...] PERSONALIDADE TIDA COMO NEGATIVA EM RAZÃO DO REGISTRO DE AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. AUSÊNCIA DE DADOS TÉCNICOS. DESCONSIDERAÇÃO. AJUSTE DA PENA-BASE QUE SE IMPÕE. (ApCrim. 2011.070151-5, de Modelo, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 29.2.2012).

Em relação às consequências e as circunstâncias, as quais tratam, respectivamente, dos abalos psicológicos sofrido pela infante e do meio utilizado para consumação do delito (amarrando a vítima em uma cadeira), tem-se que apenas estas devem ser afastadas, em virtude da prática sexual menos usual, possa justificar o referido aumento.

Desse modo, excluídos os aumentos indevidos, minora-se a pena-base do réu N. para 5 (anos) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Na segunda fase, não se vislumbra a presença de atenuantes ou agravantes.

Logo, ausentes causas especiais de aumento ou diminuição, fixa-se a pena do réu N. G. de L. 5 (anos) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, por infração ao art. 218-B, § 2º, cometido contra a vítima G. S.

3.1.3 Do Favorecimento à prostituição – vítimas D. L. F., A. J. M. P. dos P. e P. O. M. (art. 218-B, § 2º c/c art. 71, do Código Penal)

Nesse ponto, observa-se que a Magistrada *a quo* considerou para exasperar a pena-base a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do réu e as circunstâncias do crime.

A circunstância judicial da culpabilidade foi acertadamente majorada em decorrência da história pregressa do acusado N., porquanto ocupante de cargos eletivos, conhecedor da lei, responsável por zelar pelos interesses da coletividade (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2005.040300-5, de Joinville, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. em 27.6.2006).

O mesmo se diga em relação aos antecedentes, os quais encontram suporte na prática da contravenção penal de fl. 279 (Nesse sentido: Apelação Criminal n. 2011.052536-2, de Blumenau, rel. Des. Torres Marques, j. em 16.1.2012).

Também:

> PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE INAPLICÁVEL QUANDO AFASTADA PELO CONSELHO DE JURADOS. FIXAÇÃO DA PENA. ART. 59 DO CP. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO POR CONTRAVENÇÃO PENAL. CONSIDERAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES.
>
> EXTINÇÃO HÁ MAIS DE 5 ANOS. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO-PROVIDO.
>
> 1. A aplicação de atenuante não-reconhecida pelo Tribunal do Júri implicaria violação da soberania de sua decisão.

> 2. A condenação anterior por contravenção penal, conquanto não caracterize reincidência, pode ser considerada como reveladora de maus antecedentes.
>
> 3. Podem ser consideradas maus antecedentes as condenações extintas há mais de 5 anos.
>
> 4. Recurso não-provido. (REsp 1090736/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. em 29.9.2009).

Por sua vez, ao contrário do que consignou a Togada singular, conduta social, não há nos autos elementos a computá-la em desfavor do recorrente. É que tal circunstancia deve ser entendida como "o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc." (Nucci, Guilherme de S., Código penal comentado, 5ª ed., RT, 2005, p. 335), de forma que não basta, para sua negativização, o argumento de que o réu se tratava de uma pessoa pública, sobretudo porque presentes diversos testemunhos abonadores.

Igualmente, convém afastar a majoração em razão da personalidade, porquanto ausente prova técnica da afirmada deformação da personalidade, afinal,

> A circunstância judicial da personalidade refere-se às características morais e psíquicas do acusado, sejam elas adquiridas ou hereditárias, considerada a idiossincrasia do agente, de sorte que a sua valoração deve se dar por meio de estudo técnico específico e por meio de elementos concretamente explicitados nos autos, sem os quais não se pode considerá-la negativamente (ApCrim. 2010.026843-8, de Seara, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. em 23.5.2011).

E mais:

> [...] PERSONALIDADE TIDA COMO NEGATIVA EM RAZÃO DO REGISTRO DE AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. AUSÊNCIA DE DADOS TÉCNICOS. DESCONSIDERAÇÃO. AJUSTE DA PENA-BASE QUE SE IMPÕE. (ApCrim. 2011.070151-5, de Modelo, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 29.2.2012).

Da mesma forma, o incremento formulado pela Julgadora quanto às consequências do crime "tendo em vista o longo período em que o réu logrou manter a rede de prostituição juvenil" (fl. 2481) deve ser afastado.

Isso porque tal característica foi apurada na terceira fase dosimétrica para fins de aplicação da fração referente à continuidade delitiva (art. 71 do CP).

Com efeito, cabe a orientação de que "a grande quantidade de delitos praticados em continuidade delitiva, se reconhecida essa causa de aumento, não se presta a indicar a existência de circunstância judicial desfavorável, sob pena de bis in idem. (HC 102.936/PE, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 20.10.2009).

Não destoa o entendimento desta Corte:

> PECULATO-APROPRIAÇÃO (CP, ART. 312, CAPUT) - SERVIDORA DA REDE DE ENSINO PÚBLICO ESTADUAL, À DISPOSIÇÃO DE COOPERATIVA EDUCACIONAL E EXERCENDO FUNÇÃO DE CAIXA, QUE RECEBE PAGAMENTOS REFERENTES A MENSALIDADES E SE APROPRIA DE PARTE DO NUMERÁRIO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS NOS AUTOS - CONJUNTO PROBATÓRIO VIGOROSO E SUFICIENTE PARA ARRIMAR O ÉDITO CONDENATÓRIO - ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL - CONDENAÇÃO MANTIDA. AUMENTO DA PENA-BASE EM FACE DA AMPLA REITERAÇÃO DA CONDUTA ILÍCITA - CONTINUIDADE DELITIVA - CONDUTA JÁ CONTEMPLADA NA TERCEIRA FASE DOSIMÉTRICA, SOB PENA DE BIS IN IDEM - IMPOSSIBILIDADE - PLEITO MINISTERIAL NÃO PROVIDO. [...] (Apelação Criminal n. 2006.041724-1, de Lages, rel. Des. Irineu João da Silva, j. em 13.2.2007).

Por conseguinte, considerando que entre as penas-bases dos delitos cometidos contra todas as vítimas foram idênticas, qual seja, 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, realizando a diminuição pelo afastamento

da conduta social, da personalidade do agente e das circunstâncias, fixa-se a pena-base dos delitos em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Na segunda fase, não há atenuantes ou agravantes a serem consideradas.

Por fim, reconhecida a continuidade delitiva (art. 71 do CP), acertado o aumento da pena mais grave em 2/3 (dois terços), uma vez que o delito foi perpetrado por mais de sete vezes, tal como asseverou a Magistrada *a quo* (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.071301-2, de Blumenau, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. em 30.11.2011).

Assim, aplicando-se a referida fração, tem-se por definitiva a pena de 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias.

3.1.4 Da contravenção penal prevista no art. 63, I do Decreto-Lei n. 3.688/1941 – vítimas G. S., D. L. F., P. C. A. de S., J. P. R., A. J. M. P. dos P. e P. O. M.

A pena-base do recorrente ficou acima do patamar mínimo legal em virtude do reconhecimento da culpabilidade, da personalidade, dos antecedentes e da conduta social do agente.

Como dito, a circunstância judicial da culpabilidade foi acertadamente majorada em decorrência da história pregressa do acusado N., porquanto ocupante de cargos eletivos, conhecedor da lei, responsável por zelar pelos interesses da coletividade (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2005.040300-5, de Joinville, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. em 27.6.2006).

O mesmo se diga em relação aos antecedentes, os quais encontram suporte na prática da contravenção penal de fl. 279 (Nesse sentido: Apelação Criminal n. 2011.052536-2, de Blumenau, rel. Des. Torres Marques, j. em 16.1.2012).

Também:

> PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE INAPLICÁVEL QUANDO AFASTADA PELO CONSELHO DE JURADOS. FIXAÇÃO DA PENA. ART. 59 DO CP. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO POR CONTRAVENÇÃO PENAL. CONSIDERAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES.
>
> EXTINÇÃO HÁ MAIS DE 5 ANOS. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO-PROVIDO.
>
> 1. A aplicação de atenuante não-reconhecida pelo Tribunal do Júri implicaria violação da soberania de sua decisão.
>
> 2. A condenação anterior por contravenção penal, conquanto não caracterize reincidência, pode ser considerada como reveladora de maus antecedentes.
>
> 3. Podem ser consideradas maus antecedentes as condenações extintas há mais de 5 anos.
>
> 4. Recurso não-provido. (REsp 1090736/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. em 29.9.2009).

Por sua vez, ao contrário do que consignou a Togada singular, conduta social, não há nos autos elementos a computá-la em desfavor do recorrente. É que tal circunstancia deve ser entendida como "o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc." (Nucci, Guilherme de S., Código penal comentado, 5ª ed., RT, 2005, p. 335), de forma que não basta, para sua negativização, o argumento de que o réu se tratava de uma pessoa pública, sobretudo porque presentes diversos testemunhos abonadores.

Igualmente, convém afastar a majoração em razão da personalidade, porquanto ausente prova técnica da afirmada deformação de sua personalidade, afinal,

> A circunstância judicial da personalidade refere-se às características morais e psíquicas do acusado, sejam elas adquiridas ou hereditárias, considerada a idiossincrasia do agente, de sorte que a sua valoração deve se dar por meio de estudo técnico específico e por meio de

> elementos concretamente explicitados nos autos, sem os quais não se pode considerá-la negativamente (ApCrim. 2010.026843-8, de Seara, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. em 23.5.2011).

E mais:

> [...] PERSONALIDADE TIDA COMO NEGATIVA EM RAZÃO DO REGISTRO DE AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. AUSÊNCIA DE DADOS TÉCNICOS. DESCONSIDERAÇÃO. AJUSTE DA PENA-BASE QUE SE IMPÕE. (ApCrim. 2011.070151-5, de Modelo, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 29.2.2012).

Assim, afastando-se a majoração efetuada em virtude da conduta social do agente e da personalidade, fixa-se a pena-base em 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de prisão simples cometido contra cada vítima, adequando o incremento realizado ao patamar de 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial, consoante a jurisprudência deste Sodalício.

Todavia, reconhecida a continuidade delitiva (art. 71 do CP), aplica-se o aumento de 2/3 (dois terços) na pena mais grave, pelo que se definitiva a sanção irrogada em 4 (quatro) meses e 13 (treze) dias de prisão simples.

3.1.5 Do concurso material de infrações (art. 69 do CP)

Somadas as penas dos crimes de estupro de vulnerável, exploração sexual de vulnerável e favorecimento à prostituição (mais de sete vezes), definitiva-se a pena de N. G. de L. em 28 (vinte e oito) anos, 4 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e; em relação à contravenção penal em 4 (quatro) meses e 13 (treze) dias de prisão simples.

3.2. Apelante C. do C. A. P.

3.2.1 Estupro de Vulnerável – vítima G. S. (art. 217-A, § 1º, do Código Penal)

Observa-se que a Magistrada *a quo* ao exasperar a pena-base considerou a culpabilidade, a conduta social, a personalidade da ré, as circunstâncias e as conseqüências do crime.

A circunstância judicial da culpabilidade foi acertadamente majorada em decorrência da condição de prima mais velha da vítima, bem como pela confiança que sua tia (mãe da vítima) lhe depositou.

Por sua vez, ao contrário do que consignou a Togada singular, no tocante à conduta social, não há nos autos elementos a computá-la em desfavor da recorrente. É que tal circunstancia deve ser entendida como "o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc." (Nucci, Guilherme de S., Código penal comentado, 5ª ed., RT, 2005, p. 335), de forma que não basta, para sua negativização, o argumento de que a ré se beneficiava com as recompensas financeiras que lhe eram proporcionadas, sobretudo porque presentes diversos testemunhos abonadores.

Igualmente, convém afastar a majoração em razão da personalidade, porquanto ausente prova técnica da deformação de sua personalidade, afinal,

> A circunstância judicial da personalidade refere-se às características morais e psíquicas do acusado, sejam elas adquiridas ou hereditárias, considerada a idiossincrasia do agente, de sorte que a sua valoração deve se dar por meio de estudo técnico específico e por meio de elementos concretamente explicitados nos autos, sem os quais não se pode considerá-la negativamente (ApCrim. 2010.026843-8, de Seara, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. em 23.5.2011).

E mais:

> [...] PERSONALIDADE TIDA COMO NEGATIVA EM RAZÃO DO REGISTRO DE AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. AUSÊNCIA DE DADOS TÉCNICOS. DESCONSIDERAÇÃO. AJUSTE DA PENA-BASE QUE SE IMPÕE. (ApCrim.

2011.070151-5, de Modelo, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 29.2.2012).

Da mesma forma, afasta-se a elevação da pena-base pela circunstância "da crueldade empreendida na prática do crime" (fl. 2484), uma vez que não foi suficientemente esclarecida na sentença objurgada.

No mais, tem-se que as consequências do delito foram acertadamente mensuradas pela Julgadora *a quo*, pois a vítima apresentou tendências suicidas, conforme depoimentos colhidos durante o processado.

Assim, afastando-se as majorações efetuadas em virtude da conduta social da agente, de sua personalidade, e das circunstâncias, fixa-se a pena-base da apelante em 10 (dez) anos de reclusão.

Inexistentes agravantes ou atenuantes a serem relevadas na segunda fase dosimétrica, ao final, deve ser aplicada a causa de aumento prevista no art. 226, II, do CP – concurso de agentes -, pelo que se aumenta a pena da recorrente C. do C. A. P. na fração de 1/4 (um quarto), tornando-a definitiva em 12 (doze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, por infração ao art. 217-A, § 1º, cometido contra a vítima G.S.

3.2.2 Da Exploração Sexual de Vulnerável – vítima G. S. (art. 218-B, § 1º, do Código Penal)

No ponto, a Magistrada *a quo* considerou para exasperar a pena-base a culpabilidade, a conduta social, a personalidade da agente, as circunstâncias e as conseqüências do delito.

A circunstância judicial da culpabilidade foi acertadamente majorada em decorrência da condição de prima mais velha da vítima, bem como pela confiança que sua tia (mãe da vítima) lhe depositou.

Por sua vez, ao contrário do que consignou a Togada singular, no tocante à conduta social, não há nos autos elementos a computá-la em desfavor da recorrente. É que tal circunstancia deve ser entendida como "o

papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc." (Nucci, Guilherme de S., Código penal comentado, 5ª ed., RT, 2005, p. 335), de forma que não basta, para sua negativização, o argumento de que a ré se beneficiava com as recompensas financeiras que lhe eram proporcionadas, sobretudo porque presentes diversos testemunhos abonadores.

Igualmente, convém afastar a majoração em razão da personalidade, porquanto ausente prova técnica da deformação de sua personalidade, afinal,

> A circunstância judicial da personalidade refere-se às características morais e psíquicas do acusado, sejam elas adquiridas ou hereditárias, considerada a idiossincrasia do agente, de sorte que a sua valoração deve se dar por meio de estudo técnico específico e por meio de elementos concretamente explicitados nos autos, sem os quais não se pode considerá-la negativamente (ApCrim. 2010.026843-8, de Seara, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. em 23.5.2011).

E mais:

> [...] PERSONALIDADE TIDA COMO NEGATIVA EM RAZÃO DO REGISTRO DE AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. AUSÊNCIA DE DADOS TÉCNICOS. DESCONSIDERAÇÃO. AJUSTE DA PENA-BASE QUE SE IMPÕE. (ApCrim. 2011.070151-5, de Modelo, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 29.2.2012).

Da mesma forma, afasta-se a elevação da pena-base pela circunstância "da crueldade empreendida na prática do crime" (fl. 2.485), uma vez que não foi suficientemente esclarecida na sentença objurgada.

No mais, tem que as consequências do delito foram acertadamente mensuradas pela Julgadora *a quo*, pois a vítima apresentou tendências suicidas.

Desse modo, excluídos os aumentos indevidos, minora-se a pena-base da ré C. para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Há de se proceder, de ofício, a readequação da pena de multa imposta cumulativamente ao tipo em destaque. Isso porque, da dosimetria aplicada, sobressai que a pena-base (1ª etapa) foi majorada em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses, de sorte que pena de multa foi estabelecida em 100 (cem) dias-multa, o que corresponde à dez vezes o mínimo disposto no art. 49 do Código Penal.

Nesse particular, deve-se atentar para o critério da simetria entre as penas privativas de liberdade e de multa que, *in casu*, não foi observado. Elevada a pena corporal no referido *quantum*, deve a pena de multa seguir igual fração de aumento, motivo pelo qual se estabelece a pena de multa no total de 26 (vinte e seis) dias-multa.

Na segunda fase, não se vislumbra a presença de atenuantes ou agravantes.

Ademais, ausentes causas especiais de aumento ou diminuição, fixa-se a pena da ré C. do C. A. P. em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, por infração art. 218-B, § 1º, cometido contra a vítima G. S..

3.2.3 Da contravenção penal prevista no art. 63, I do Decreto-Lei n. 3.688/1941 – vítima G. S.

A pena-base da recorrente C. do C. A. P ficou acima do patamar mínimo legal em virtude do reconhecimento da culpabilidade, da personalidade e da conduta social da agente.

Como dito, a circunstância judicial da culpabilidade foi acertadamente majorada em decorrência da condição de prima mais velha da vítima - , bem como pela confiança que sua tia (mãe da vítima) lhe depositou.

Por sua vez, ao contrário do que consignou a Togada singular, no tocante à conduta social, não há nos autos elementos a computá-la em desfavor da recorrente. É que tal circunstancia deve ser entendida como "o

papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc." (Nucci, Guilherme de S., Código penal comentado, 5ª ed., RT, 2005, p. 335), de forma que não basta, para sua negativização, o argumento de que a ré se beneficiava com as recompensas financeiras que lhe eram proporcionadas, sobretudo porque presentes diversos testemunhos abonadores.

Igualmente, convém afastar a majoração em razão da personalidade, porquanto ausente prova técnica da afirmada deformação da personalidade, afinal,

> A circunstância judicial da personalidade refere-se às características morais e psíquicas do acusado, sejam elas adquiridas ou hereditárias, considerada a idiossincrasia do agente, de sorte que a sua valoração deve se dar por meio de estudo técnico específico e por meio de elementos concretamente explicitados nos autos, sem os quais não se pode considerá-la negativamente (ApCrim. 2010.026843-8, de Seara, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. em 23.5.2011).

E mais:

> [...] PERSONALIDADE TIDA COMO NEGATIVA EM RAZÃO DO REGISTRO DE AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. AUSÊNCIA DE DADOS TÉCNICOS. DESCONSIDERAÇÃO. AJUSTE DA PENA-BASE QUE SE IMPÕE. (ApCrim. 2011.070151-5, de Modelo, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 29.2.2012).

Assim, afastando-se o incremento efetuado em virtude da conduta social do agente e da personalidade, fixa-se a pena-base em 2 (dois) meses e 10 (dez) dias de prisão simples, considerando apenas a circunstância judicial da culpabilidade, incremento realizado no patamar de 1/6 (um sexto), consoante a jurisprudência deste Sodalício.

Na segunda fase, inexistem atenuantes e agravantes e, diante a inexistência de causas especiais de aumento ou diminuição, torna-se

definitiva a pena da apelante em 2 (dois) meses e 10 (dez) dias de prisão simples, por infração ao art. 63, I, da Lei de Contravenções Penais.

3.2.4 Do concurso material de infrações

Somadas as penas dos crimes de estupro de vulnerável e exploração sexual de vulnerável, definitiva-se a pena de C. do C. A P. em 17 (dezessete) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além do pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, e; em relação à contravenção penal em 2 (dois) meses e 10 (dez) dias de prisão simples.

3.3. Apelante G. O.

3.3.1 Do favorecimento à prostituição de vulnerável – vítimas D. P. R. e M. P. dos P. (art. 218-B, § 1º, do Código Penal c/c art. 71)

Observa-se que a Magistrada *a quo* ao exasperar a pena-base considerou a culpabilidade, a conduta social, a personalidade do réu e as circunstâncias do crime.

A circunstância judicial da culpabilidade foi acertadamente majorada por conta da qualidade do réu, o qual se valia da sua confiança como professor de fanfarra como facilitadora para atrair as vítimas à prostituição (HC 118084/SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. em 16.12.2010).

Por sua vez, ao contrário do que consignou a Togada singular, no tocante à conduta social, não há nos autos elementos a computá-la em desfavor do acusado. É que tal circunstancia deve ser entendida como "o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc." (Nucci, Guilherme de S., Código penal comentado, 5ª ed., RT, 2005, p. 335), de forma que não basta, para sua negativização, o argumento de que a conduta do réu seria incompatível com sua função, sobretudo porque presentes diversos testemunhos abonadores.

Igualmente, convém afastar a majoração em razão da personalidade, porquanto ausente prova técnica da deformação de sua personalidade, afinal,

> A circunstância judicial da personalidade refere-se às características morais e psíquicas do acusado, sejam elas adquiridas ou hereditárias, considerada a idiossincrasia do agente, de sorte que a sua valoração deve se dar por meio de estudo técnico específico e por meio de elementos concretamente explicitados nos autos, sem os quais não se pode considerá-la negativamente (ApCrim. 2010.026843-8, de Seara, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. em 23.5.2011).

E mais:

> [...] PERSONALIDADE TIDA COMO NEGATIVA EM RAZÃO DO REGISTRO DE AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. AUSÊNCIA DE DADOS TÉCNICOS. DESCONSIDERAÇÃO. AJUSTE DA PENA-BASE QUE SE IMPÕE. (ApCrim. 2011.070151-5, de Modelo, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 29.2.2012).

Da mesma forma, o incremento formulado pela Julgadora quanto às circunstâncias do crime "tendo em vista o longo período em que o réu logrou manter a rede de prostituição juvenil com o corréu N." (fl. 2488) deve ser afastado.

Isso porque tal característica foi apurada na terceira fase dosimétrica para fins de aplicação da fração referente à continuidade delitiva (art. 71 do CP).

Com efeito, cabe a orientação de que "a grande quantidade de delitos praticados em continuidade delitiva, se reconhecida essa causa de aumento, não se presta a indicar a existência de circunstância judicial desfavorável, sob pena de bis in idem. (HC 102.936/PE, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 20.10.2009).

Não destoa o entendimento desta Corte:

> PECULATO-APROPRIAÇÃO (CP, ART. 312, CAPUT) - SERVIDORA DA REDE DE ENSINO PÚBLICO ESTADUAL, À DISPOSIÇÃO DE COOPERATIVA EDUCACIONAL E EXERCENDO FUNÇÃO DE CAIXA, QUE RECEBE PAGAMENTOS REFERENTES A MENSALIDADES E SE APROPRIA DE PARTE DO NUMERÁRIO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS NOS AUTOS - CONJUNTO PROBATÓRIO VIGOROSO E SUFICIENTE PARA ARRIMAR O ÉDITO CONDENATÓRIO - ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL - CONDENAÇÃO MANTIDA. AUMENTO DA PENA-BASE EM FACE DA AMPLA REITERAÇÃO DA CONDUTA ILÍCITA - CONTINUIDADE DELITIVA - CONDUTA JÁ CONTEMPLADA NA TERCEIRA FASE DOSIMÉTRICA, SOB PENA DE BIS IN IDEM - IMPOSSIBILIDADE - PLEITO MINISTERIAL NÃO PROVIDO. [...] (Apelação Criminal n. 2006.041724-1, de Lages, rel. Des. Irineu João da Silva, j. em 13.2.2007).

Assim, afastando-se as majorações efetuadas em virtude da conduta social do agente, de sua personalidade e das circunstâncias do delito, fixa-se a pena-base da apelante em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão para cada crime praticado contra as vítimas D. e M. (art. 218-B, § 1º, do CP) e; 3 (três) anos e 6 (seis) meses para o crime praticado contra a vítima J. P. R. (art. 228, § 1°, do Código Penal – antiga redação).

Há de se proceder, ainda, a readequação da pena de multa imposta cumulativamente ao tipo do art. 218, § 1º, do Código Penal. Isso porque, da dosimetria aplicada, sobressai que a pena-base (1ª etapa) foi majorada em 8 (oito) meses, ao passo que pena de multa foi estabelecida em 100 (cem) dias-multa, o que corresponde à dez vezes o mínimo disposto no art. 49 do Código Penal.

Nesse particular, deve-se atentar para o critério da simetria entre as penas privativas de liberdade e de multa que, in casu, não foi observado. Elevada a pena corporal no referido quantum, deve a pena de multa seguir

igual fração de aumento, motivo pelo qual se estabelece a pena de multa no total de 11 (onze) dias-multa.

Na segunda fase, não há agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase, presente a causa especial de aumento do art. 71 do CP, pelo que deve ser aplicada à pena mais grave, qual seja, 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, a fração referente à continuidade delitiva.

Observa-se que a Magistrada aplicou a fração de 1/3 (um terço) porque o crime teria sido cometido em cinco oportunidades.

Contudo, a referida fração deve ser mitigada ao patamar de 1/5 (um quinto), pois não é possível precisar quantas vezes o acusado G. praticou o delito contra cada vítima, pelo que se pode observar a existência de 1 (uma) conduta delitiva praticada contra cada ofendida.

Ou seja, sendo 3 (três) o número de vítimas que afirmaram terem sido levadas ao motel pelo réu G. O., o aumento deve ser no patamar de 1/5 (um quinto).

Afasta-se, ainda, a majoração da pena de multa efetuada pela Julgadora *a quo*, uma vez que "o art. 72 do Código Penal aplica-se restritivamente às hipóteses de concurso material e formal, não abrangendo o crime continuado" (Apelação Criminal n. 2010.064296-4, de Joinville, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 25.11.2011), razão pela qual as penas de multa não pode ser aplicadas distinta e integralmente.

Logo, definitiva-se a pena do réu G. O. em 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias, além do pagamento de 13 (treze) dias-multa, pelos crimes cometidos contra as vítimas D. L. F., M P. dos P. e J. P. R.

Por conseguinte, altera-se o regime de cumprimento de pena do acusado para o semiaberto, dado o quantum de pena aplicado (art. 33, § 2º, 'b').

4. Do prequestionamento

Os apelantes afirmam que os dispositivos suscitados em sede recursal devem ser apreciadas de maneira expressa, a fim de possibilitar o manejo de recursos aos Tribunais Superiores.

Todavia, convém ressaltar que a discussão de cada um dos dispositivos trazidos ao longo do recurso não tem razão de ser. Na realidade, o instituto do prequestionamento não deve se apegar ao formalismo. Sua finalidade é impedir que as matérias, não discutidas nos julgados, sejam objeto de recurso nas Cortes Superiores.

Assim, o julgador não está obrigado a mencionar todos os dispositivos legais que embasam o seu julgamento, mesmo que o objetivo da recorrente seja viabilizar a interposição de recursos aos Tribunais Superiores, bastando, portanto, a devida fundamentação do *decisum*.

Nesse diapasão, o argumento de que, para a interposição de recursos às Cortes Superiores faz-se necessário o prequestionamento explícito, não merece guarida, pois, consoante entendimento jurisprudencial do STJ, admite-se, também, de modo implícito, tal como realizado na espécie. (*v. g.* AgRg no AREsp 158.634/PR, rel. Ministro Jorge Mussi, j. em 28.8.2012).

Ainda que se entenda desnecessária a manifestação expressa de cada dispositivo legal, para fins de prequestinamento, adoto também como razões de decidir as bem lançadas razões do eminente Des. Ricardo Roesler, por entendê-las apropriadas:

> "Alguns dos recorrentes fizeram derradeiro pedido de prequestionamento que, penso, deva ser confrontado direta e expressamente. Há exigência específica dos tribunais superiores, sem o que a matéria retornará à análise do colegiado, uma vez que o cotejo é condição de

admissibilidade dos recursos extravagantes (inteligência das súmulas 282 e 356 do STF e súmulas 98 e 111 do STJ).

Entre os recorrentes, G.O. faz dedução, mesmo que genérica, ao fim do recurso, de prequestionamento dos dispositivos invocados. Pouco importa; à análise do prequestionamento basta o confronto analítico, no corpo do recurso, com requerimento de apreciação ao final.

Nesse passo, observo que o confronto é robusto, tanto de matéria constitucional quanto infraconstitucional. A propósito, quanto à ofensa ao art. 5.º, XXXVII, LIII e LVI, da CR, no que se refere tanto à usurpação de competência quanto à ilicitude da prova, não conheço da ofensa. Conforme tem apontado o próprio STF, deduções àqueles primados universais, quando muito, sugerem ofensa reflexa, o que não abre flanco ao extraordinário (STF, AI 846996 AgR-segundo/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

Do mesmo modo não conheço da suposta ofensa ao art. 102,I, *b*, da CR, que é de todo mal-versada: primeiro porque, bem se sabe, o foro por prerrogativa de função apenas se justifica enquanto mantida a condição de congressista (STF, ADI 2.797-DF e ADI 2.860-DF), e ao tempo da denúncia (junho de 2011, fl. II) o acusado já não ocupava cadeira no parlamento federal – assim tanto é que o próprio STF desafetou processos de sua competência, envolvendo o acusado N.G. de L., naquele ano (AP 479/SC, então sob relatoria do Min. Cezar Peluso; AP 466/SC, Rel. Min. Marco Aurélio; AP 458/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

Segundo porque o acusado, quando muito, seria submetido à jurisdição daquele tribunal por arrastamento – que se vê, agora, algo sem consequência.

O mesmo faço com relação aos demais dispositivos invocados com a mesma linha de argumentação – art. 2.º da Lei n.º 8.038/90, arts. 230 a 234 do RISTF.

Segue em segundo plano a discussão em torno da legalidade da prova, porque há elementos obtidos por derivação, sobretudo o depoimento de A.P. de F. No particular, a bem do que já assentei em face da condenação de E.M., é necessário que se afaste aquela prova. A testemunha fez por repercutir o que teria sido dito pelas vítimas, então assistidas por si, na fase inquisitória, o que evidente-

mente transparece a tentativa, por tortas linhas, de reavivar aquela prova, já viciada em seu nascedouro, assim dito em letras com vivas cores pelo STF (Recl 12.484/SC, Rel. Min. Dias Toffoli). A ofensa, todavia, se dissipa com a exclusão da prova, quer como razão de julgamento, quer como elemento material de prova (daí porque sua exclusão, mediante certificação, é necessária).

O mesmo se diga em relação ao ofício de fls. 1.483-1495, que segue a mesma pretensão de ressuscitar os elementos de prova colhidos de modo indevido na fase policial, e por isso devem ser sacado dos autos.

Com relação ao art. 93, IX, também não conheço da ofensa. Nada obstante a necessária exclusão destes autos da prova indiciária, não há por isso ausência de justa causa à ação penal. Bem se sabe que o inquérito é, por excelência, expediente dispensável se há outros elementos informativos que justifiquem a persecussão penal. Evidentemente, com a investigação vieram à tona os fatos, o bastante para iniciar a demanda. Ademais, com o seu fim discutir a ausência de justa causa é indicativo de contradição nos termos. Bem por isso não há também contrariedade ao disposto no art. 157, § 1.º, do CPP.

Quanto ao ponto, destaco ainda que não é caso de tratar-se de ofensa ao disposto no art. 5.º da Lei n.º 9296/96. Uma vez afastada a prova indiciária – e com ela sobretudo a intercepção telefônica realizada de modo distorcido – não se cogita de alguma repercussão nestes autos.

A acusada C. do C.A.P. Também formulou prequestionamento. Em relação ao art. 5.º, XXXV e LIV, vale a mesma consideração de ofensa reflexa, o que torna a dedução sem efeito (por todos, STF, AI 762.867-AgR/RS, Rel. Min. Luiz Fux). Não conheço também da ofensa ao art. 93, IX, seguindo o que já expus, e que vale da mesma forma à alegação de contrariedade dos arts. 5.º, LVI, e 102, I, *b*, da CR, e art. 157, § 1.º, do CPP.

Ainda sob a temática de derivação da prova ilícita, fala-se de ofensa ao art. 76, I, II e III, e 77, I, do Código de Processo Civil, bem assim de contrariedade à súmula 704/STF. Não há inovação, de toda sorte, em face do que deduzido pelo recorrente G.O.; bem por isso valem aquelas razões que já anotei sobre o tema, também em face dos dispositivos infraconstitucionais invocados, e da súmula em

questão. Igualmente não vinga, pelo que já dito, a suposta ofensa do art. 10 do CPP.

Há, por fim, petição de prequestionamento formulada pelo acusado N.G. de L. Afora a repetição da temática já elaborada pelos demais postulantes, o recorrente deduziu contrariedade ao art. 5.º, XX-XIX, em face da imputação do art. 218-B, § 2.º, do CP, em razão de condutas anteriores à sua vigência. Aqui também se cuida de repercussão indireta (STF, AI 739718-AgR/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa), o que também se percebe na dedução de contrariedade aos incs. X e XII e LV, e bem por isso não conheço da dedução.

De outro vértice, não vislumbro contrariedade ao art. 384 do CPP, por ofensa ao principio da correlação entre acusação e sentença. Observo, como já o fiz oportunamente, que houve adequação da narrativa a tipo distinto daquele descrito na denúncia. O ajuste foi promovido pelo juízo, e não pelo Ministério Público; logo, a modificação não exige a observação da liturgia prescrita pelo art. 384, que tem destinatário certo. Não se trata, enfim, de emenda da inicial, mas de simples leitura dos fatos e adequação normativa (subsunção).

À ofensa aos arts. 2.º, 4.º, 5.º, 6.º, § 1.º e 8.º, parágrafo único, da Lei n.º 9.262/96, cabem as razões já desfiadas em torno do tema. Tendo em conta o rumo da demanda, a dedução é alegórica. A defesa dos réus, em geral, que tende a enveredar nessa temática, o faz com muita opacidade, pois se louva na autoridade da decisão do STF sobre o tema, bem obedecida no ponto.

Deduziu-se também ofensa ao art. 225 do Código Penal, em sua redação primitiva, tendo em vista que parte dos crimes (relacionados particularmente em relação às vítimas P.C.A. de S. e J.P.R.) teriam ocorrido antes do advento da Lei n.º 12.015/09. Com relação ao crime estupro, nada há de ser dito; afinal, não há condenação em face daquelas vítimas. No que pertine à corrupção, rememoro que houve condenação por tipo distinto (já destaquei, também, a necessária correlação). Não há, bem por isso, ofensa ao dispositivo, bem assim ao disposto no arts. 29, 38 e 395 do CPP, que versam a mesma temática.

Em relação ao art. 147, onde também se discute a ausência de particular condição de procedibilidade, dele conheceu expressamente

> o Relator – no que acompanho, integralmente – e pelo que não remanesce objeto para apreciação.
>
> Houve também dedução de contrariedade ao disposto nos arts. 268 a 273, em face do defensor, que acompanhara precatória sem habilitação formal até então. Se cuida de argumento cosmético, pois na prática só houve mera irregularidade, ajustada no juízo de origem mais tarde. Por outro lado, não apontou-se algum prejuízo concreto. Daí porque não se cogita de nulidade (STJ, HC 83.243/PB, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura), e porque não conheço do prequestionamento".

5. Conclusão

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer parcialmente dos recursos e, nesta, dar-lhes parcial provimento para:

a) absolver o acusado N. G. de L. com fundamento no art. 386, III, do CPP, das condutas praticadas contra as vítimas P. C. A. de S. e J. P R;

b) declarar extinta a punibilidade dos réus N. G. de L. e C. do C. A. P. da condenação referente ao crime de ameaça, nos termos do art. 107, IV, do Código Penal;

c) absolver, com fundamento no art. 386, VI, do CPP, o acusado V. C. do crime de favorecimento à prostituição de vulnerável cometido contra a vítima D. L. F.;

d) negar provimento ao recurso interposto por E. M.;

e) dar provimento parcial ao recurso interposto por N. G. de L., pelo que se reduz a reprimenda aplicada ao réu para 28 (vinte e oito) anos, 4 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, por infração ao art. 217-A, § 1º, c/c art. 218-B, § 2º, I, c/c art. 71, todos do Código Penal e; em relação à contravenção penal prevista no art. 63, I, do Decreto-Lei n. 3.688/1941 c/c art. 71 do CP, reduzir a pena infligida para 4 (quatro) meses e 13 (treze) dias de prisão simples, todos em concurso material;

f) dar parcial provimento ao recurso interposto por C. do C. A. P., pelo que se reduz a reprimenda aplicada à ré para 17 (dezessete) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além do pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, por infração ao art. 217-A, § 1º c/c art. 218-B, § 1º, ambos do Código Penal, e; em relação à contravenção penal prevista no art. 63, I, do Decreto-Lei n. 3.688/1941 c/c art. 71 do CP, reduzir a pena infligida para 2 (dois) meses e 10 (dez) dias de prisão simples, todos em concurso material;

g) dar provimento parcial ao recurso interposto por G. O., pelo que se reduz a pena aplicada ao acusado para 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias, além do pagamento de 13 (treze) dias-multa, por infração ao art. 218-B, § 1º c/c art. 71, do Código Penal), pelos crimes cometidos contra as vítimas D. L. F., M P. dos P. e J. P. R, e, por conseguinte, alterar o regime prisional do acusado para o semiaberto.

É o voto.

Declaração de voto-vista do Exmo. Sr. Des. Ricardo Roesler

Após o voto do eminente Relator e de seu Revisor pedi vista dos autos, animado sobretudo pela complexidade de fatos e circunstâncias, bem evidenciados no robusto voto apresentado, e de determinadas variáveis cuja compreensão escapou-me na ocasião.

Revisitada a matéria, e sem a necessidade de repetir pormenores exaustivamente abordados no brilhante voto condutor, detenho-me a particulares, fazendo leitura com outro colorido. Eis os pontos:

1) Da falta de condição de procedibilidade dos crimes de estupro e corrupção de menores, em relação às vítimas D.L.F. (item 4, réu G.O.), P.C.A. de S. (item 5), réu N.G. de L. (item 6) e M.P. dos P. (item 8, réu G.O.)

Entre os réus foi ventilada a ausência de condição de ação em face dos crimes de estupro e corrupção de menores, por ausência de representação formal. Isso porque os fatos (ao menos parte deles) teriam ocorrido antes do advento da Lei n.º 12.015/09, que viria a tornar dispensável a representação. Logo, sem ela, a denúncia seria inepta.

Segundo o voto do Relator, a representação seria dispensável, porque contrária ao art. 227, § 4.º, do Constituição da República, na medida em que imporia limitação aos direitos da criança e do adolescente.

Particularmente, não tenho na exigência de representação, até então determinada pelo Código Penal, algo inconstitucional, nem percebo subjetivamente algum conflito.

O dispositivo constitucional em questão (art. 227, § 4.º) dispõe que "*a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente*". Parece-me que esse comando se vê bem apanhado na legislação penal, que inclusive tem tributado aos crimes de natureza sexual contra menores punição bastante severa e refinada, e desde muito – suponho mesmo antes da Constituição de 1988 – estabelecia mecanismos que permitissem a efetividade dessa proteção.

Penso, então, que a exigência que até há pouco perdurava não conflitava com o texto constitucional; servia, a bem da verdade, a outros desígnios. Conforme deduzia Cezar Roberto Bitencourt sobre aquela exigência,

> Embora a ação continue pública, em determinados crimes, por considerar os efeitos mais gravosos aos interesses individuais, o Estado atribui ao ofendido o direito de avaliar a oportunidade e a conveniência de promover a ação penal, pois este poderá preferir suportar a lesão sofrida a expor-se nos tribunais. Na ação penal pública condicionada há uma relação complexa de interesse, do ofendido e do Estado. De um lado, o direito legítimo do ofendido de manter o crime ignorado; de outro lado, o interesse público em puni-lo: assim, não se move sem a representação do ofendido, mas,

> iniciada ação pública pela denúncia, prossegue até decisão final sob o comando do Ministério Público (*Tratado de direito penal*: parte especial, vol. 4, 2006, p. 74).

Evidentemente que, a se cuidar de crianças e adolescentes, a manifestação (a representação) é tributada àqueles que lhes mantém a governança, o que eventualmente pode revelar algum impasse na apuração do ilícito. Nestes casos, no entanto, se eventualmente conflitassem os interesses, justificava-se a tomada da ação incondicionalmente pelo Ministério Público. Logo, a salvo os casos de abuso do poder familiar ou da tutela e curatela (antiga redação do art. 225 do CP), a demanda exigia a representação do ofendido ou representante.

Mas note-se que o STF já havia abrandado os rigores do art. 225 do CP; a exceção, bem conhecida, vinha regrada na súmula 608 daquele Tribunal ("*no crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada*"). Nos demais casos, a exigência sempre foi tomada por imperativo, cuja legitimidade é de fácil observação na jurisprudência daquela Corte, normalmente na análise indireta do tema (veja-se, por aproximação, HC 89.339/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, e HC 83.455/GO, Rel. Min. Ellen Gracie).

Supondo de qualquer forma que remanescesse rigorosamente algum argumento para discutir constitucionalmente a exigência da representação, não creio que pudesse ser arquitetada neste colegiado; afinal, a pretensão de apontamento de inconstitucionalidade no âmbito dos tribunais, quer pela via difusa, quer pela concentrada, deve observar a cláusula de reserva de plenário, nos termos da súmula vinculante 10 ("*viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte*").

Assim, presumo, a análise de constitucionalidade da antiga redação do art. 225 do Código Penal encontra obstáculo tanto de ordem material

quanto formal. De toda sorte, penso que a discussão só tem importância se persistir a releitura da sentença feita no voto condutor; afinal, o contexto revelou ser dispensável a representação (a condenação partiu de tipo penal que não exige tal condição).

Observo que em relação à vítima D.L.F. (item 4 da denúncia), o crime de estupro ali narrado descreve *violência real*, e não ficta: segundo a narrativa, o crime teria ocorrido após a vítima ter sido embriagada. O ato, portanto, foi animado pela incapacidade da ofendida de defender-se, pois não já não podia oferecer resistência (fls. IV e V). Em dado cenário, o caso é, evidentemente, de ação incondicionada. De todo modo, até aqui só se cogita de possibilidades no plano teórico, pois não sobreveio condenação por esse fato. Preocupa-me, todavia, que se discuta a necessidade de representação e com isso se forneça subsídios para novas investidas judiciais - inócuas, é certo, mas suficientes para embargar a solução da demanda.

No mais, tomo o que dito na sentença: as demais condutas foram amoldadas ao tipo de *favorecimento sexual*. Logo, passam imunes a particular exigência de representação.

Observo, a propósito, que a defesa do apelante N.G. de L. insiste na necessidade de representação porque as condutas narradas na denúncia implicariam a incidência do art. 218-B, § 2.º, II, do CP, tal como propõe a inicial acusatória, e não do tipo do art. 228, *caput* e § 1.º (como idealizado na sentença). Para tanto, sugere o recorrente, seria necessária a emenda de denúncia, na forma do art. 384 do Código de Processo Penal.

Todavia, a hipótese de *emendatio libelli*, neste caso, foi promovida pela magistrada, no julgamento, e não pelo Ministério Público (o órgão acusador defendeu a capitulação inicial até as derradeiras alegações – fls. 1.802-1.813). Nessa perspectiva, a conformação dada no julgamento, bem ambientada com a narrativa inicial, não encerra qualquer vício, pois observa o que é elementar: a correlação entre denúncia e sentença (STJ,

HC 196.472/CE, Rel. Min. Jorge Mussi). Dito de modo mais simples, não alterou-se os fatos, mas estipulou-se apenas nova definição jurídica. Note-se, além disso, que a punição pelo tipo eleito na sentença (art. 228, § 1.º, do CP) é sensivelmente mais branda que a capitulação proposta pela acusação.

Nesse ponto, portanto, destoo do voto do Desembargador-Relator, por três motivos: o primeiro, porque não vislumbro a inconstitucionalidade material do art. 225 do CP, em sua redação primitiva, e tampouco concebo a possibilidade de declaração, por este órgão fracionário, de ofensa à Constituição, em face da súmula vinculante 10; o segundo, porque a apuração da conduta de estupro contra D.L.F. não demandaria a representação, pois se cuida de violência real, e não ficta; o terceiro, porque a sentença não apenou os recorrentes com base no art. 218-B em relação aos crimes ocorridos entre 2007 e 2009, mas sim com lastro no art. 228 do CP.

Por fim, em relação à vítima M.P. dos P. (item 8 da inicial acusatória), a denúncia não é inepta porque os fatos ambientam-se entre julho de 2009 e 14.07.2010 - época, inclusive, em que a vítima alcançara a maioridade civil (fl. VIII); logo, a prática delituosa sobreveio à Lei n.º 12.015/09, quando então não se exigia mais a representação.

De toda sorte, ver-se-á, o ajuste em si é de ordem técnica, sem reflexo direto na fixação da pena quanto àqueles delitos.

2) Da atipicidade das condutas descritas nos itens 5 e 6 da denúncia, por ausência de prescrição legal

Em seu voto, o Relator afastou a condenação imposta aos acusados N.G. de L. e G.O., em face dos fatos narrados, ocorridos entre 2007 e 2009, contra as vítimas P.C.A. de S. e J.P.R. O julgamento foi motivado pela inexistência do tipo indicado na denúncia à época dos fatos (art. 218-B, § 2.º, I, do CP).

O tipo em questão foi instituído pela Lei n.º 12.015/09, e bem por isso não alcançaria aqueles fatos. No entanto, foi apontado na sentença que, nada obstante a exploração sexual de incapazes não encontrasse tipo específico naquele período, já havia punição à prática de prostituição infanto-juvenil.

A nova lei apenas fez migrar a capitulação para lugar próprio, com tipologia mais refinada. Antes disso, o Código Penal já dispunha de tipo equivalente, qual seja, o art. 228, § 1.º; já prescrevia, enfim, ser conduta típica "*induzir ou atrair alguém à prostituição, facilitá-la ou impedir que alguém a abandone*", com pena agravada "*se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos*" (redação do § 1.º do art. 227). Para além desses contornos, observo que mesmo a Lei n.º 8.069/90 já prescrevia, em seu art. 244-A, ser crime "*submeter criança ou adolescente, como tais definidos no caput do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual*".

Como bem destacou o Relator, a redação dada ao art. 218-A do Código Penal não criou um novo tipo, mas estabeleceu a continuidade normativo-típica com o que dispunha o Estatuto da Criança e do Adolescente; o fez, aliás, com perfeita simetria – inclusive no que pertine à quantificação da pena. Em outras palavras, a conduta nunca transitou pela atipicidade: inicialmente estabelecida na Lei n.º 8.069/90 e depois pelo Código Penal, a prostituição infanto-juvenil, em sua amplitude, sempre foi considerada fato típico.

Logo, a despeito da eventual tipificação inicial equivocada, penso que não se pode simplesmente considerar atípicas aquelas condutas, tendo em conta que o Código Penal já capitulava os fatos em questão, e de modo muito objetivo.

A rigor, assim, os fatos praticados entre 2007 e 2009 podiam perfeitamente serem subsumidos no art. 244-A, do ECA. No entanto, a magistrada preferiu aquele tipo mais brando, do Código Penal (art. 228,

§ 1.º); algo que, longe de fragilizar a imputação feita pelo Ministério Público, vem em benefício dos apelantes – e bem por isso está infenso a correções, a meu sentir.

Nesse ponto, portanto, sigo os passos do juízo de origem que, considerando a descrição da denúncia, enquadrou os fatos apontados valendo-se da vetusta redação do art. 228, § 1.º, do Código Penal. O só-fato de se perceber eventualmente a intermediação mediante algum pagamento (condição esta de fato não prevista em lei até então) não pode justificar o juízo de atipicidade; deveria, antes, servir ao agravamento da pena. Afinal, a conduta então repreendida - assim como hoje - é propriamente a corrupção (o favorecimento), que na ausência, àquela época, de tipo censurando que ela se desse mediante paga, deveria, antes de excluir a tipicidade, exasperar a punição.

No que pertine à fundamentação do ilícito, creio que a sentença o tenha feito à exaustão. Bem por isso louvo aquelas razões para justificar a imputação feita em face da vítima P.C.S.:

> Obviamente, o réu N.G. de L. figura como co-autor do crime aludido no art. 228, §1º do Código Penal, pois conforme narra a denúncia e conforme se denota de todo o conjunto probatório, o réu não só usufruía dos serviços sexuais prestados pelas adolescentes como mantinha aliciadores não eventuais (G., C. e D.), sempre encomendando o aliciamento de mais meninas aos mesmos. Portanto, N. não só fazia o papel de "cliente", mas também atraía, efetivamente, cada vez mais vítimas à prostituição.
>
> Como bem destacou o Ministério Público na denúncia, do que foi apurado, descobriu-se *"uma complexa rede de exploração sexual juvenil encabeçada por N.G. de L. – responsável pelo financiamento e usuário principal dos serviços sexuais. N., conforme se depreende da investigações, mantinha G.O. e C.C. como os principais aliciadores de meninas para a realização de orgias sexuais nos mais variados locais (hotéis, motéis, apartamento particular, etc.) e em diferentes cidades. N. pagava aos aliciadores determinada quantia por adolescente aliciada, além de pagar diretamente as meninas pelos "serviços sexuais"*. Também

narra a denúncia, no item 5: *"[...] a vítima P.C.A.S., de apenas 16 anos á época, foi atraída à prostituição/ exploração sexual por D. de Tal, a pedido de N.G. de L. (que encomendava a D., regularmente, o aliciamento de menores para a satisfação se sua lascívia)."* Salienta-se que o depoimento de P. na fase judicial confirma o aliciamento por D., além de que, dos depoimentos de outras vítimas, verifica-se que esta se fazia presente nas orgias sexuais, inclusive estava no apartamento de N. quando a vitima G. foi estuprada. Daí se extrai o vínculo existente entre ela e o réu N.

É importante destacar que "*não se exige, para a verificação da coautoria, que todos os agentes efetuem necessariamente, a ação descrita pelo verbo componente do núcleo do tipo, sendo suficientes a adesão ao plano criminoso e a ajuda àquele que, efetivamente, pratica os atos de execução."* (TJMG, AC 1.0512.06.031578-9/001, Rel. Des. Walter Pinto da Rocha, DJ 6/2/2007)

A adesão voluntária e a cumplicidade verificadas nas condutas do réu N. e dos aliciadores que para ele trabalhavam é patente e bastante para caracterizar a co-autoria.

Este Juízo não desconhece o entendimento jurisprudencial, existente na época da vigência da antiga redação do art. 228, § 1º, especialmente no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o cliente ocasional não deveria ser punido (Resp. 884333).

Não é o caso dos autos, contudo. Aliás, o presente caso é bastante peculiar, como se nota, pois o réu N.G. de L. não é só um cliente contumaz, mas também agia em comunhão de vontades e unidade de desígnios com seus aliciadores.

Ademais, sobre o crime de exploração sexual, ensina a doutrina:

"Comete o delito quem submete a criança ou adolescente à exploração sexual ou prostituição. Explorar significa tirar proveito, auferir vantagem. Pratica o crime aquele que se utiliza, diretamente, do corpo da criança ou do adolescente como produto de consumo, para práticas sexuais, bem como aquele que favorece, propicia, incentiva, induz, facilita ou promove a intermediação deste corpo em troca de dinheiro ou de qualquer outra vantagem." (CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, Malheiros:2005, p. 809)

O mesmo raciocínio se aplica em relação ao crime descrito no art. 228, §1º do Código Penal, que se distingue do crime punido pelo art. 244-A do ECA porque aquele pune as condutas "induzir, atrair, facilitar" e este a conduta "submeter".

Assim, analisando a descrição da denúncia, que narra, de forma individualizada, a conduta do réu, faz-se mister reconhecer definição jurídica diversa, nos moldes do art. 383, do Código de Processo Penal, pois o fato ocorreu antes da vigência da Lei n. 12.015/09, configurando, deste modo, o delito tipificado no art. 228, §1º c/c art. 29, *caput* do Código Penal.

Registra-se que os demais encontros relatados por P., aconteceram quando a vítima era maior, assim, não constituem crimes. Assim, feita a *emendattio libelli*, passo a apreciar a prova colhida.

A materialidade e confirmação da autoria do crime extrai-se da prova oral colhida, especialmente do depoimento da vítima, bem como documento de fl. 1.742, originário do SISP, sobre a menoridade da vítima.

O réu N.G. de L., confirma ter tido relações sexuais com a vítima. Nega que tinha conhecimento da sua idade, mas disse ter perguntado à ela sua idade em razão de seu "tamanhinho" (como o próprio réu se referiu) e acrescentou que quando olhou para ela pensou "esta é uma menina" (21:13min), mas mesmo assim manteve relações sexuais com ela. Nega o réu que pagou à vítima, o que entretanto é afastado pelo depoimento desta, que narra os fatos com detalhes.

Do depoimento judicial da vítima, extrai-se:

Que conhecia D.; que Débora era sua vizinha, que D. lhe apresentou N.G.; que teve relações sexuais com N.G.; que tinha dezesseis anos; que D. não lhe explicou como funcionavam os encontros com N.; que ela falou para mim, mas eu não sabia que teria mais meninas; que ela perguntou se eu queria conhecer ele, então eu disse que sim, só que ela não me falou que teria mais meninas; que D. não falou que era para fazer programa, "mas eu não sou boba, eu já sabia que era pago", só não sabia que teria outras meninas, daí eu cheguei lá na rodoviária com a D., a D. me levou de carro até a rodoviária, daí lá chegou a L., que ia junto também, daí foi eu, a L. e a D. (02:44min); que daí a gente foi para Floripa e a gente foi para um hotel e no outro dia de manhã e gente saiu com ele; daí a gente foi almoçar e

depois a gente foi para um motel, nós três com ele, a D., a L. e eu; que lá tiveram relação sexual; que teve relação sexual com N., só com N.; que D. e L. eram maiores de idade; que L. também teve relação sexual com N.; que ingeriram bebida alcoolica no motel; que quem pagou o motel, o hotel e o almoço foi o N.; que N. também pagou a passagem de ônibus daqui para Florianópolis; que recebeu R$700,0 (setecentos reais) pelo encontro; que nunca havia feito programa antes; que teve um parceiro sexual antes de N.; que D. não lhe deu dicas de relação sexual; que depois disto foram para o hotel e no outro dia de manhã foram embora de ônibus; que L. ficou lá; que depois disto D. foi mais uma vez em sua casa, mas depois sumiu, nunca mais vi ela; que ela falou para mim que ia para Curitiba na casa dos pais dela; que não disse se estava sendo ameaçada; que este encontro em Florianópolis quando tinha 16 anos ocorreu em 2009, mas não lembra a data (05:21min); que no final de 2010 eu voltei a ligar para ele e nós saímos e formos para um motel, Três Chalés, que eu fui de ônibus e ele me pegou na rodoviária; que aquele dia estava apenas eu e ele no motel; que recebeu dinheiro por este dia, mas não lembra quanto; que em outro dia levou a S., convidou-a para fazer programa; que depois disso ele me ligava para perguntar dela, daí eu saí uma ou duas vezes com os dois; nós duas fomos viajar com ele, para Florianópolis e Itapema; que lá em Florianópolis a depoente e S. ficaram hospedadas num hotel; que se encontraram com o reú N.G. e mantiveram relações sexuais com ele, as duas juntas; que receberam R$600,00 ou R$700,00 pela viagem, cada uma; que depois ele começou a ligar para a depoente só para perguntar de S.; que depois a depoente parou porque o réu N. ligava direto para S.; que depois ele voltou a ligar para a depoente e perguntou se tinha mais alguma amiga para apresentar para ele, tendo e depoente dito que sim; que então a depoente levou P. e as duas fizeram uns dois programas com eles, juntas; que depois disse a depoente começou a namorar e parou de fazer programas e as outras continuaram a fazer programas com N.; que quando ficaram em Itapema, a depoente e S., se hospedaram no apartamento de N. e lá tiveram relações sexuais com ele, e também receberam dinheiro por isso; que por todos os programas recebiam na faixa de seiscentos ou setecentos reais; que não sabe quantas vezes S. saiu sozinha com o réu N.G.; que quando apresentou P. para o réu N. explicou à ela que era para fazer programas; que cerca de duas vezes P. e a depoente fizeram programas com N., os quais ocorreram em Rio do Sul; que iam de

ônibus ou de taxi e paravam na rodoviária; que N. buscava elas na rodoviária; que todas as vezes que iam para o motel ingeriam bebidas alcoólicas (08:27min); que era N. quem pagava as bebidas para a depoente e as outras meninas que faziam programas junto com eles; que P. era menor quando fazia programas com o réu N.; que a depoente saiu uma vez com N. quando era menor; que teve relações sexuais com N. umas sete ou oito vezes; que em uma das viagens para Florianópolis C. também estava lá e ela e N. saíram para fazer programa; que nesta oportunidade a depoente e S. voltaram para o hotel e não foram fazer programa com eles (09:31min); que não foi forçada a manter relações sexuais com o réu N.G.; que o réu N. não sabia que a depoente era menor, acreditava que ela era maior de idade; que não era de conhecimento do réu N. que as meninas eram menores (12:00min); que N. falava muito para a depoente acerca de um amigo seu chamado M., mas não chegou a conhecer (13:50min); que na vez que ligou para N. convidando-o para sair fez isto porque precisava de dinheiro (15:00min); que quando a depoente disse a N. que tinha mais de dezoito anos o mesmo não a questionou, aceitou o que ela disse (15:32min).

Tem-se portanto que a vítima P. confirmou que teve relações sexuais com o réu N. mediante pagamento quando era menor de idade (tinha dezesseis anos), confirmou que por todas as vezes que manteve relações sexuais com N. recebia dinheiro por isso. P. também confirmou que foi D. quem a convidou para fazer programa com o réu N., o que comprova o aliciamento.

Ademais, convém ressaltar que da mesma forma que P. foi aliciada por D., outra menina que já fazia programas com o réu N., Paloma também aliciou outras meninas para N., como S. e P.

S. também confirmou que as relações sexuais que mantinha com N. era em razão de pagamento, não por outro motivo. Inclusive S. ressaltou que sequer gostava da presença de outras meninas nas oportunidades, vejamos:

[...] que é amiga de P.; que conheceu N.G. através dela; que ela me convidou para sair com ele; que nós fomos para o motel Três Chalés; que fomos até lá de taxi; que o taxi foi pago por N. G.; que foi eu e P.; que fomos de taxi até a rodoviária de Rio do Sul; que quem pegou a depoente e P. na rodoviária foi N.G.; que tiveram relações sexuais no motel; que saiu com N. umas dez vezes, e sempre junto

com a P.; que às vezes N. lhe dava presentes por estes programas e às vezes pagava duzentos ou trezentos reais; que ganhava presentes como perfumes, brincos; que não teve relações sexuais com Paloma nestas vezes; que parou de sair com N. porque ele pedia para ter envolvimento com mais gente; que nas vezes que teve relações com N., embora outras meninas estivessem junto, as relações sexuais aconteciam separadamente; que N. começou a pedir para a depoente ter relações com as meninas também, por exemplo, com a P., e a depoente não aceitou; que a depoente sempre se recusava a ter relações sexuais com outras meninas; que ingeriam bebida alcoolica; que quem pagava era N.G.; que a conta do motel também era paga por N.G.; que às vezes N. levava a depoente e P. de volta para casa e às vezes elas iam de taxi ou de ônibus; que uma vez dormiram em Rio do Sul porque foram para uma balada depois do programa; que quem pagou as despesas foi N.; que viajou com N.; que uma vez foram para Florianópolis e outra vez no Condomínio Splendour; que quando foram para Florianópolis foi com a P.; que se hospedaram no hotel Cambirela; que quem pagou o hotel foi N.; que neste fim de semana N. deu dinheiro para elas para fazerem compras, mas estava chovendo e não foram fazer compras, então ficaram com o dinheiro; que na vez que foram para o Splendour foi a depoente e P. (05:51min); que se hospedaram no Splendour mesmo, que N. também; que lá tiveram relações sexuais; que neste dia não receberam; que não havia saído por dinheiro com alguém antes.

Quanto à menoridade da vítima, a versão desta e do réu divergem. N. disse que perguntou à vítima a sua idade em razão de seu "tamanhinho" – o que demonstra que o réu suspeitou que a vítima era menor em razão da sua aparência física. A vítima, por seu turno, diz que afirmou a N. que tinha 18 anos e este não a questionou, aceitou o que disse.

Não é crível, contudo, que o réu não tinha conhecimento sobre a idade da vítima, tendo em vista a forma como foi aliciada e a sua aparência física. P. ainda representa ter menos de 18 anos, conforme se verifica da gravação de seu depoimento pelo sistema audiovisual, imagina-se, então, no ano de 2009 (dois anos antes da gravação) quando os fatos ocorreram.

Também não é crível que o réu N. tenha se relacionado com tantas meninas menores de idade sem sequer suspeitar disso.

> Ainda, consoante se extrai do depoimento de P., as relações sexuais aconteciam não por amizade, como quer fazer crer o réu N.G., mas sim porque a vítima precisava de dinheiro, conforme afirmou quando lhe foi perguntado. Evidentemente, era isto que se passava também com as outras vítimas, que coincidentemente tinham as mesmas condições financeiras de Paloma (nenhuma "amiga" de N. era rica, ou de classe média). Enfim, as outras também tinham relações sexuais com o acusado porque precisavam de dinheiro.
>
> Destarte, no que tange ao crime praticado contra a vítima P.C.A. de S., o conjunto probatório é robusto, impondo-se a condenação do réu nas sanções do art. 228, §1º c/c art. 29, *caput* ambos do Código Penal (fls. 2.439-2.445, como no original).

Há também prova bastante da autoria e da materialidade da prática do mesmo ilícito em face da vítima J.P.R., como descrito minuciosamente na sentença, e que tomo como razão de decidir:

> A materialidade e autoria do crime estão sobejamente comprovadas pelo depoimento da vítima e prova testemunhal colhida, bem como documento de identidade de fl. 1747.
>
> O réu N.G. de Lima admite que manteve relações sexuais com a vítima, negando, contudo que tais relações ocorreram mediante pagamento e que tinha ciência da menoridade de J.
>
> Colhe-se, entretanto, do depoimento da vítima:
>
> Que conheceu B. [apelido de G.O.] (01:00min); que conheceu B. através de umas amigas; que B. era professor de fanfarra; que participava da fanfarra; que atualmente mora em Aldredo Wagner; que pediu para G. lhe apresentar alguma coisa para se divertirem; que não sabia que G. conhecia N.G.; que G. a levou para conhecer N.G. em Rio do Sul; que também já foi para Florianópolis com o N.; que desta vez foi no carro de N.; que às vezes ia de ônibus; que isto aconteceu no ano de 2007, quando conheceu G.; que na época da fanfarra não era vigem, que tinha um namoradinho; que sua mãe sabia desse namorado; que as festas eram no motel Três Chalés em Rio do Sul; que às vezes ia até lá de taxi, e às vezes ia sozinha; que estas festas aconteciam mais nos fins de semana, às vezes um final de semana sim, outro não; que a depoente trabalhava em um salão de beleza nesta época; que trabalhou no salão da C. e também no

salão da sua tia; que no salão da sua tia ganhava cerca de um salário; que na época da fanfarra trabalhava na casa do seu tio, cuidando das crianças dele;que não ganhava nada para trabalhar na casa de seu tio; que nos finais de semana ia para as festas; que não contava para seu tio onde ia; que quando seu tio perguntava a depoente mentia; que desta vez que foi a Florianópolis não disse para sua mãe que estava na fanfarra; que nestas festas acontecia de tudo (08:16min); que às vezes tinha lanche, tinha bebida alcoolica (08:30min); que ingeria bebidas alcoólicas; que haviam várias meninas, às vezes quatro, às vezes cinco (08:46min); que do sexo masculino só o N.G. participava (08:50min); que mantinham relações sexuais com N. nestas festas; que era sempre N. quem pagava a conta, o transporte, a conta do motel, e também sempre dava presentes para as meninas (09:22min) que para voltarem para casa, N. também pagava o taxi, às vezes a quantia certa do taxi, sessenta ou setenta reais; que antes de morar sozinha não; que na época que estava na fanfarra G. lhe pedia que era para dizer para sua mãe que estava na fanfarra, apesar de ir para as tais festas (10:34min); que sua primeira relação sexual não foi com N.G.; que não ouviu falar de N. que preferia ter relações com meninas virgens (12:03min); que G. não lhe perguntou se era virgem (12:18min); que se haviam meninas maiores de idade nestas festas a depoente não lembra (12:51min); que em Florianópolis ficou na casa de uma menina e em outra vez que foi ficou em um hotel; que a conta era sempre N. que pagava (13:08min); que ouvia falar que era N. era Deputado naquela época (13:31min); que ia para estas festas por diversão e porque "a gente ganhava presentes de N. como roupas, sapatos, jóias" (14:29min); que presenciavam N. ter relações sexuais com outros meninas (14:57min); que as bebidas que tinham à disposição da depoente e das outras meninas eram do próprio motel (15:11min); que aqui em Ituporanga morou com sua prima e também já morou com sua amiga M. e com a A.; que M. também ia nas festas; que dizia para N. que tinha 18 anos (18:54 min); que N. sempre lhe deu bons presentes (20:55min).

Conforme se verifica do depoimento da vítima, esta manteve relações sexuais com o réu N.G. de L. desde 2007 parou de se encontrar com ele um ano antes, aproximadamente, da sua prisão.

Embora a vítima não tenha admitido que o réu N. pagava pelas relações sexuais, disse que ele sempre lhe dava presentes, sempre bons presentes, assim como para as outras meninas. Além disso,

N. sempre pagava a conta do motel, dos hotéis onde a vítima e as outras meninas ficavam hospedadas quando viajavam com ele, o taxi para que elas fosses até o motel, etc.

Salienta-se, novamente, que a prostituição não se configura somente quando o pagamento é feito em dinheiro.

A vítima também pode ser atraída por presentes, luxos e confortos a que não teria acesso pela própria condição financeira.

Por outro lado, vale registrar que não é crível que o réu N.G. de Lima desse apenas presentes à J., pois às outras meninas pagava pelos encontros (M., D., S., P., P.), porque com J., que inclusive fazia programas com algumas destas meninas, por exemplo M., haveria de ser diferente?

No que se refere ao réu G.O, restou evidente a sua participação no delito a partir das declarações da vítima. A vítima confirmou que conhecia G. e também confirmou que participava da fanfarra (logicamente conheceu o réu na fanfarra, pois este era instrutor). Apesar da vítima ter relatado que pediu a G. que ele a apresentasse ao réu N., é obvio que na realidade o que aconteceu foi o inverso, foi G. quem tomou a iniciativa de apresentar J. ao réu N.G. de L., atraindo-a à prostituição, da mesma forma como agiu em relação à vítima D. (que também participava da fanfarra) e em relação à vítima M., que, aliás, era amiga de J.

Resta clara, portanto, a configuração da prostituição e do aliciamento.

Quanto à menoridade da vítima, registra-se que os fatos ocorreram no ano de 2007, quando aquela tinha apenas 15 anos de idade (certidão de nascimento de fl. 1.747).

Ora, hoje, passados quase cinco anos, a vítima ainda tem aparência bastante jovem. Evidente que à época aparentava, com toda a certeza, ser menor de idade. Se não bastasse, a vítima J. foi atraída à prostituição por G., que era seu professor de fanfarra. G. sabia que J. era menor de idade, porque a fanfarra era sempre relacionado à escola, e J. ainda era estudante. E, por fim, não há dúvidas de que se G. sabia que J. era menor, o réu N. também sabia.

Também não é crível que o réu N. tenha se relacionado com tantas meninas menores de idade sem sequer suspeitar disso.

> De outro vértice, impõe-se reconhecer a continuidade delitiva com relação às vezes em que o réu N.G. de L. cometeu o crime contra vítima J., praticando atos sexuais com ela mediante pagamento, fatos que ocorreram, por pelo menos sete vezes, consoante se depreende do contexto fático narrado pela vítima. Isso porque os encontros ocorriam em fins de semanas alternados, durante aproximadamente três anos (de 2007 a 2010, segundo a vítima). Logo, obviamente, quando a vítima era menor os fatos ocorreram pois mais de sete vezes. Tem-se que os delitos ocorreram nas mesmas condições de tempo, modo de execução e lugar, aplicando-se, desta forma, o art. 71, *caput* do Código Penal.
>
> Por outro lado, com relação ao réu G.O., apenas há prova de que atraiu a vítima à prostituição, ou seja, há prova de apenas um fato criminoso, pois embora a testemunha D. e a vítima A. confirmem que o réu fazia o serviço de "leva e traz", não são específicas em relação às vezes em que J. estaria incluída.
>
> Portanto, impõe-se a condenação do réu N.G. de L. nas sanções do art. 228, §1º, c/c art. 29, *caput,* ambos do Código Penal, por mais de sete vezes, em continuidade delitiva – art. 71, *caput* do Código Penal, e também a condenação do réu G.O., nas sanções do art. 228, §1º, c/c art. 29, *caput* do Código Penal, em razão do crime cometido contra a vítima J.P.R. (fls. 2.457-2460, como no original).

Dessa breve radiografia, da qual desdobram diversas condutas, há prova suficiente, como afirmado na sentença, para justificar a condenação. O tipo de fato exige habitualidade, revelada com muito conforto no correr da instrução. Tenho, por isso, que a adequação feita na sentença é pontual, justificada e coesa. Não há então, até aqui, retoques necessários.

A dosimetria, de todo modo, reclama ajuste.

Quanto ao favorecimento à prostituição de vulnerável, a pena foi fixada com a seguinte orquestração:

> Conforme se extrai dos autos, o réu foi Deputado Federal e antes disso ocupou diversos cargos públicos, tinha pleno conhecimento da lei e o dever de agir de acordo com ela, zelar pelos interesses da coletividade em geral, o que compreende, evidentemente, o bem

jurídico infringido pelo mesmo, ou seja, a dignidade sexual de uma adolescente, sendo portanto, de elevada reprovabilidade a sua conduta. O réu registra antecedente criminal (fl. 279). Conduta social censurável e personalidade deturpada, pois como se percebe dos fatos comprovados nos autos, o réu costuma agir com perversão em matéria de sexualidade, captando adolescentes para a prática de verdadeiras orgias, a fim de satisfazer sua lascívia. Não bastasse isto, tem-se que o réu é uma pessoa dissimulada, visto que se tratava de pessoa pública, ou seja, acima de qualquer suspeita, e valia-se de sua influência e de seu alto poder aquisitivo tanto para cometer os crimes de exploração sexual, como para propiciar que esta conduta criminosa se mantivesse em sigilo, bem como para que se alastrasse, atraindo cada vez mais vítimas, por intermédio das próprias adolescentes, pobres e iludidas com o dinheiro e os benefícios que o acusado podia lhes proporcionar. O motivo do crime, apesar de repugnante, é normal ao tipo. As consequências também são normais ao tipo. As circunstâncias são graves, tendo em vista o longo período em que o réu logrou manter a rede de prostituição juvenil (de 2007 a 2011), as inúmeras vítimas que atraiu à prostituição, bem como a reiteração criminosa. Vale registrar que o réu cometeu bem mais de sete crimes – o que é considerado na continuidade delitiva – sendo valorada nesta fase a exasperação das vezes consideradas na continuidade delitiva. Entendo que isto não caracteriza *bis in idem*, ao contrário, visa atender o princípio da individualização da pena, porque alguém que comete sete ou oito delitos não pode ser punido com a mesma pena que aquele que comete mais de cinquenta. As vítimas, por sua vez, não contribuíram para a prática do crime.

Tendo em vista as circunstâncias judiciais desfavoráveis, que são cinco, bem como a gravidade de cada circunstância, sem deixar de observar o princípio da proporcionalidade, consideradas as penas mínima e máxima previstas no tipo – 04 (quatro) a 10 (dez) anos, fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Na segunda fase, inexistem agravantes ou atenuantes.

Inexistindo, também, causas de aumento ou diminuição de pena, torno-a definitiva em 07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, para cada um dos crimes praticados contra as vítimas D.L.F., A.J., M.P. dos P. e P.O.M.

> Ainda, sendo idênticas as circunstâncias judiciais, fixo em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão a pena de cada um dos crimes praticados contra as vítimas P.C.A. de S. e J.P.R. – de acordo com a pena prevista na antiga redação do art. 228, §1º do Código Penal.
>
> Reconhecida a continuidade delitiva, e aplicando o art. 71, majoro a pena mais grave - 07 anos e 04 meses - em 2/3, fração máxima, visto que o crime foi cometido mais de sete vezes. Assim, torno definitiva a pena em 12 (doze) anos, 02 (dois) meses e 20(vinte) dias de reclusão (fls. 2.481-2.482).

Conforme destacou com propriedade o Relator, ao rever amplamente a pena aplicada aos demais tipos, o agravamento da pena-base em face da culpabilidade e dos antecedentes está bem fundamentado. Por outro lado, a dedução de que a conduta social é censurável ressente-se de alguma justificação idônea. No ponto, confunde-se a natureza dos crimes com o modo de portar-se o acusado N.G. de L. no ambiente social em que transitava.

O equívoco é comum, onde a repulsa ao fato imputado abre passagem à censura social do acusado; anima-se quem sabe, além disso, pelo natural e tentador encanto que se nutre em tentar desvendar o outro, mas que quase sempre é apenas especulação. Sem elementos reais, o que se pode fazer é projetar o modo como o sujeito se porta. De toda sorte, a negativação da conduta social exige bem mais.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, o agravamento da pena, em face da suposta conduta social negativa deve considerar *"o conjunto do comportamento do agente em seu meio social, na família, na sociedade, na empresa, na associação de bairro, etc*" (*Tratado de direito penal*, parte geral, vol. 1, Saraiva, 2006, p. 703). Assim, agravar-se a pena pela natureza do ilícito atenta contra a legalidade por dois vieses: o primeiro, pela atecnia, tendo em vista que o objeto de investigação não é o crime em si, mas o modo de portar-se no meio social; segundo, porque a abjeção do crime já

se projeta na pena abstrata (note-se que os crimes ligados à liberdade sexual destacam-se, proporcionalmente, pelo apenamento mais severo em regra).

Do mesmo modo, o agravamento em face da personalidade, que se afirmara *deturpada*, deve ser afastado. O incremento da pena é justificado no caso com o argumento de que o acusado agiria com perversidade, tendo em vista o aliciamento de adolescentes. Essa análise, no entanto, exige um grão de sal.

Cuidar de perversão como sintoma de personalidade – abstraída a percepção do senso comum, evidentemente – não é por si tarefa simples. Não é algo, creio, que se possa vaticinar simplesmente com apegos morais.

Ordinariamente a predileção por jovens poderá encontrar resposta para além de um sintoma de desvio de personalidade; desde os gregos a juventude traduz-se em vitalidade e força, e bem por isso desde então é tida como objeto de fascínio e admiração (Giovanni Levi e Jean-Claude Schmitt, *História dos jovens*: da antiguidade à era moderna, vol. 1, Cia. das Letras, 1996 - introdução). E a modernidade faz sua releitura sobre o tema, enaltecendo-a e cultuando-a a seu modo.

Há no jovem, portanto, um apelo simbólico muito forte, cuja a ideia de aproximação, sobretudo estética, é bastante aceita, difundida e sobretudo desejada. Daí, creio, é muito delicado simplesmente afirmar-se que dada preferência sexual é sinônimo de distúrbio. Evidentemente, pode bem sê-lo, mas não me parece que se possa fazer esse juízo unicamente pelos fatos descritos na denúncia, sem amparo técnico mais apurado; seria o mesmo, por exemplo, que adotar a prática de séculos passados de condenar a homossexualidade também como sintoma de perversão, por não ser até então comportamento aceito pelo senso comum (Michel Foucault, *Os anormais*, Martins Fontes, 2006). Para se afirmar que dada conduta reflete traço peculiar de personalidade, é necessário que se prove, por meio de exame técnico, o que não se fez.

No mais, observe-se o óbvio ululante: se a conduta proscrita é o aliciamento sexual juvenil, ela não pode caracterizar, também, o agravamento da personalidade - não sem incorrer no duplo apenamento pelo mesmo fato (*non bis in idem*).

De resto, valer-se do prestígio ou da condição financeira para o cometimento dos delitos, quando muito versariam elementos para agravar as circunstâncias do crime, mas não a personalidade do agente. Para tanto seria indispensável estabelecer alguma relação lógica.

Quanto às circunstâncias do crime, cujo agravamento se deu ao fundamento de que o acusado mantivera por longo tempo rede de prostituição, vale a advertência já feita pelo douto Relator: a continuidade delitiva, reconhecida na espécie, é decorrente, por óbvio, da longevidade da atuação criminosa; não pode, por isso, servir ao agravamento na primeira fase, ou haverá duplo apenamento. Eis porque o decotamento é necessário.

Assim, considerando que a pena-base é de 3 (três) anos, e três circunstâncias são afastadas, a redução proporcional, seguindo o parâmetro adotado na sentença, implica a fixação da pena nesta fase em 4 (quatro) anos de reclusão.

Não há agravantes ou atenuantes, e na ausência de causas extraordinárias de aumento ou diminuição, a pena ao fim não se altera.

Por fim, considerando que as penas pelos crimes praticados contra P.C.A. de S. e J.P.R. (art. 228, § 1.º, c/c art. 227, § 1.º, todos do CP) foram apuradas em conjunto com os crimes praticados contra D.L.F., A.J., M.P. dos P. e P.O.M. (art. 218-B, § 2.º, do CP), em continuidade delitiva, não há propriamente alteração dosimétrica (o agravamento pela continuidade já alcançou, sem considerar essas condutas, o teto de 2/3); faço, de toda sorte, algum ajuste ao final.

3) Da prova ilícita por derivação

Embora a matéria pareça propriamente temática preliminar – assim é, inclusive, deduzida – preferi sua análise como subsídio de prova; afinal, a discussão somente assume algum relevo se a condenação no juízo de origem, e sua consequente manutenção neste tribunal dependerem de alguma prova ilegal.

A defesa envidou considerável esforço na desqualificação de provas, quer indiciárias quer judiciais, o que já foi reconhecido em alguma medida. Relembro que o processo ressente-se da prova indiciária, que por determinação do STF (Recl 12.484/SC, Rel. Min. Dias Toffoli) foi desentranhada dos autos. A decisão tomou como fundamento a incompetência da autoridade policial local para apurar os fatos na época, considerando a particular condição do acusado N.G. de L. Daí a exclusão sumária de toda prova lá gestada.

Não é possível precisar em que consistiam aqueles elementos (evidência de que se cumpriu a determinação judicial com muito rigor), mas ao que indicam os próprios recorrentes cuidava-se, entre outros, de testemunhos e de escutas telefônicas. E deles, nos autos, não remanescem cópias. Bem por isso boa parte da dedução de nulidade tem apenas apelo pirotécnico.

De todo modo, a se ter em conta a maneira banalizada e pirrônica com que essa argumentação foi articulada ao longo do processo, tanto aqui quanto no Supremo Tribunal Federal, alguma cautela, e sobretudo um olhar mais sereno é necessário, a fim de que em meio à cortina de fumaça não se imiscuam elementos que possam colocar em dúvida a propriedade das provas apuradas em juízo.

Dito isso, reconheço particularmente que houve alguma insistência do juízo de origem na tentativa de aviventar determinadas provas inquisitórias (os interrogatórios policiais).

Talvez porque a determinação para que fossem sacados os subsídios indiciários tenham causado certa desorientação inicial na apuração da prova (a partir do que a defesa de alguns, de forma muito ingênua, tem deduzido a ausência de elementos mínimos para a deflagração da demanda), pareceu necessário algum reforço à prova judicial. E esse reforço, há de se reconhecer, foi brejeiramente providenciado em dois momentos: um deles, com a oitiva do delegado que inquirira as vítimas, relatando, entre algumas impressões pessoais, o que lhe fora dito na instrução do inquérito (expediente de fls. 1.483-1.495); a outra, o depoimento da testemunha A.P. de F., que acompanhara algumas vítimas na delegacia, e em juízo reproduziu o que teria ouvido na ocasião (mídia de fl. 1.777).

A oitiva da autoridade policial é algo mesmo difícil de justificar-se, considerando que só poderia dizer dos fatos em face do que investigou ou lhe fora dito em razão do ofício. Ora, se o inquérito houve de ser expungido, ouvir a autoridade indiciária para supri-lo é fazer "chover no molhado". Disso, aliás, já se precaveu parte da defesa, invocando a nulidade. Não se trata então de um presságio, mas de uma advertência bastante substancial e que não pode ser tomada com arrogância. Daí porque, não tenho dúvidas, a prova é imprestável, e deve ser excluída como as demais que a precederam.

Por outro lado, o testemunho de A.P. de F., conselheira tutelar, também padece do mesmo vício. A testemunha não prestou declarações propriamente em razão de seu ofício, mas relatando o escutara como acompanhante das vítimas quando ouvidas pela autoridade policial. O fato, aliás, até foi observado pelo juízo durante a inquirição, que em algumas ocasiões advertiu o próprio órgão acusador sobre o cuidado para que não fossem revisitados todos os termos das declarações das vítimas prestadas na delegacia (advertência, fácil presumir, inócua naquele contexto).

Ambas as provas, portanto, almejavam o impossível: reviver o que circunstancialmente foi feito no curso do inquérito, providência quem

sabe animada por certa retração das vítimas quando ouvidas em juízo. Mas isso, claro, não as legitima; os desdobres da prova indiciária, apenas com colorido diferente, são imprestáveis tanto quanto a prova inicialmente colhida de modo indevido. O STF tem recorrentemente feito a advertência:

> (...) A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("*FRUITS OF THE POISONOUS TREE*"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO.
>
> - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subseqüente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária.
>
> - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "*due process of law*" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes.
>
> - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "*frutos da árvore envenenada*") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. (...).
>
> - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. (...) (HC 93.050/RJ. Segunda Turma. Rel. Min. Celso de Mello. Decisão de 10.06.08 - grifado como no original).

Bem porque viciadas não servem de base condenatória. Todavia, à exceção de um único caso, farei ver, essas provas não chegaram a assumir essa feição – principalmente porque a prova judicial é bastante robusta – mas foram sim empregadas como reforço de argumentação eventualmente em alguns casos. Sendo assim, não invalidam o processo, desde que pontualmente afastadas. Conforme assentado oportunamente pelo Min. Moreira Alves, "*a previsão constitucional não afirma ´que são nulos os processos em que haja prova obtida por meios ilícitos´*", mas apenas a prova com dada formação (STF, HC 69.912/RS). Nesse passo, é apenas necessário algum acerto na sentença, que se mantém independentemente da consideração daqueles elementos.

Quanto ao ponto, apenas uma ressalva: uma das provas em questão (as declarações de A.P. de F.) foi utilizada para declarar-se a absolvição de N.G. de L. do crime de estupro, em face da vítima D.L.F. (item II.14 da sentença). Nada obstante sua condição de ilicitude, hoje se tem admitido que mesmo a prova viciada pode ser empregada em benefício do acusado (por todos, STF, HC 74.678/SP, Rel. Min. Moreira Alves), razão pela qual sua exclusão não prejudica a solução absolutória.

4) da acusação de favorecimento à prostituição imposta a E.M.

A recorrente responde unicamente pelo crime de favorecimento, por em tese submeter a própria filha, D.L.F., a manter relações sexuais com o acusado N.G. de L., em troca de alguma recompensa – ou ao menos de anuir com essa conduta. E.M. é, entre todas as mães, a única denunciada pela prática do ilícito, pois teoricamente sabia do relacionamento da filha, da vocação desses encontros e teria se omitido. Segundo a denúncia, a acusada teria sido estimulada por G.O., o intermediador, a permitir os encontros, porque eventualmente poderia ser proveitoso à sua filha.

Penso que o tipo de favorecimento à exploração sexual pode ser facilmente identificado quando há contornos de intermediação (o que se

vê comodamente em relação ao acusado G.O.). Em relação à genitora, no entanto, esse confronto é sensivelmente mais difícil; e assim é simplesmente pelo vínculo que une uma a outra, que de regra não se fragiliza com a simples oferta de dinheiro.

Evidentemente, não se pode deixar guiar pela inocência, e deve-se considerar sempre certa relativização de valores. Toda medida de comportamento apurada de modo cartesiano é perigosa e irreal. Esse cuidado permite, por exemplo, observar que eventualmente a prostituição ou à submissão de alguém a essa prática nem sempre tem conotação financeira imediata; pode ser animada pela falsa sensação de status, ou mesmo pela perspectiva ilusória de alguma ascensão social. A condição de genitor, é certo, não faz ninguém imune a essa ilusão, e o cotidiano, principalmente no âmbito penal, não permite a quem julga seduzir-se pela inocência. Bem ao contrário, a realidade é por vezes terrificante, e lamentavelmente não são poucos os casos em que os pais submetem seus filhos à exploração sexual por terceiros.

Todavia, imputar-se essa conduta à mãe exige certa ordem de provas que, ao menos até aqui, não vislumbro com a mesma solidez apontada pelo juízo de origem.

Não há objetivamente demonstração de que a vítima tenha sido oferecida aos acusados em troca de alguma coisa. É bem verdade que o depoimento da vítima, assim como o interrogatório da acusada foram visivelmente arranjados de modo a evitar qualquer repercussão em torno tanto da apelante como dos demais acusados.

A recorrente, a propósito, revelou-se muito reflexiva no interrogatório, com respostas bastantes ensaiadas e furtivas até mesmo quanto à relação da filha com o acusado N.G. de L.; não foi capaz de precisar quando soube dos fatos, por exemplo.

A filha, a seu turno, procurou deduzir que a mãe pouco sabia sobre o ocorrido, e que na prática só teria tido conhecimento quando fora chamada para depoimento, e então não pode mais esconder o fato; sugeriu, enfim, que antes da repercussão do fato a mãe não tinha conhecimento do seu envolvimento com o recorrente N.G. de L. (mídia de fl. 1.777).

Não há dúvidas de que a mãe sabia e consentia com o relacionamento; ela própria, de modo torto, apontou certo envolvimento emocional entre ambos – a efemeridade de um namoro. De todo modo, isso é pouco para sugerir a responsabilidade da mãe pela corrupção sexual de sua filha.

Há, além disso, variáveis que parecem ter se seguido inauditas até aqui: o crime em questão teve enorme repercussão na mídia, e grande impacto – presumível, evidentemente – nos lugares onde se ambientavam as condutas. A declaração das testemunhas abonatórias dá exemplo disso. Em alguns casos, aliás, as vítimas se viram rotuladas nas localidades onde moravam, dado o mal-estar provocado pela divulgação dos fatos, o que talvez justifique porque houve certa ordem de oscilações entre os testemunhos.

Além disso, em relação a alguns fatos foi cogitada na denúncia tipos paralelos, como o de ameaça (que naugrafara não propriamente pela falta de provas, mas da indispensável representação). Houve, portanto, certa sorte de fatores que, projetada nas pequenas localidades bem justificam algum receio de quem se viu obrigado em juízo a relatar o ocorrido. Daí, penso, gravitam muitas variáveis que impedem que se tome as contradições e claudicâncias dos testemunhos da acusada E.M. e de sua filha, D.F.L., como argumento para induzir a condenação.

A única prova que se tem capital à condenação é o relato da testemunha A.P. de F., que teria acompanhado a vítima em seu depoimento à autoridade policial.

Supondo que a prova fosse válida, não creio que pudesse orientar a condenação, pois o testemunho nada revela objetivamente sobre o conhecimento da acusada E.M. a respeito do comércio sexual que envolvia sua filha. Aliás, de sua oitiva é destacado na sentença que, embora negado pela vítima inicialmente o conhecimento dos fatos pela mãe, teria D.F.L. confidenciado à testemunha:

> Que foram vários os encontros, segundo o que D. relatou; que ao certo não pode responder; que nesta época D. tinha quinze anos; que depois D. acabou admitindo que sua mãe sabia dos encontros, mas que seu pai não podia saber (07:05min); que D. disse que ela e sua mãe eram muito abertas uma com a outra; que ela contava as coisas para a mãe; que D. disse que G. conversou com sua mãe, explicou para sua mãe e a convenceu; que ele que a levava e ele que a trazia dos encontros com N., e dizia que nada de mal ia acontecer com ela (07:21min); (fl. 2.432, como no original)

Até aqui a impressão é de que a vítima tivesse confessado à genitora em que realmente consistiam os encontros. Na sentença, todavia, não se complementa a declaração da testemunha, que logo após perguntada pelo Ministério Público se a acusada tinha então clareza da natureza dos encontros da filha com o acusado N.G. de L., limitou-se a dizer que presumia que assim fosse, mas que não podia afirmar com certeza (a partir de 7 min 29 seg – mídia de fl. 1.777).

Ora, por presunção não se pode julgar; não é o bastante para se cogitar que a mãe houvesse consentido com a prostituição da filha em troca de um punhado de trocados ou um par de brincos (como a vítima admitiu ter ganhado em determinada ocasião).

Há, de todo modo, algo ainda mais delicado a se considerar. Ao tratar do tema, a testemunha na verdade não relata o que lhe fora dito, mas o que a vítima teria declarado à autoridade policial. E eis o problema.

É tema recorrente nestes autos a imprestabilidade da prova feita no inquérito, tendo em vista a condição de parlamentar de que gozava N.G.

de L. à época da investigação. Evidentemente, como já dito, tanto a prova do inquérito quanto a dele derivada é contaminada, por arrastamento. Embora a ação tenha frutificado sem a necessidade do inquérito, quanto ao crime em particular invoca-se prova dele derivada – o testemunho da conselheira que acompanhou a vítima.

Por isso tenho que em relação aos demais fatos a instrução judicial foi robusta o suficiente para induzir a condenação. É neste ponto que se insiste em reavivar o inquérito, por linhas tortas, sobretudo porque não há provas fora desse expectro que induzam a condenação, de modo singelo. Ouvir uma testemunha, perguntá-la sobre o que ouviu de declarações prestadas à autoridade policial, em inquérito cuja nulidade já foi declarada, é algo um tanto ingênuo, e uma insistência perigosa e desnecessária em um processo cuja investigação inicial já se deu de modo equivocado.

Por fim, observo que mesmo diante da tentativa desastrada de mãe e filha de providenciar um arremedo de álibi, é evidente que a acusada tinha conhecimento do relacionamento mantido pela vítima. Quem sabe seja algo a se considerar com lamento, pois não há como se admitir, senão com um espírito de censurável inocência, que pudesse crer a genitora em um relacionamento sério e duradouro entre D.L.F. e o acusado.

Por outro lado, é preciso desmistificar a ideia de que a vítima tenha sido encaminhada a algum tipo de sacrifício, para satisfazer os desejos do acusado e eventual capricho da recorrente, assim simplesmente. Se há elementos para admitir que houve certa forma de corrupção, há também outros que demonstram que a vítima já revela alguma experimentação: declarara outras experiências sexuais no seu interrogatório, já manteve relacionamento afetivo com coabitação, e demonstrou postura bastante desinibida perante o juízo.

A propósito, a apelante E.M., que é também genitora da vítima D.F.L., deduziu em alegações finais e replicou argumentação bastante

apropriada para eximir-se da responsabilidade penal; aduziu que a vítima, antes dos fatos que lastreiam a ação penal, já teria mantido união estável (possivelmente por 18 meses).

A pretensão, evidentemente, é de afirmar a autorregência da vítima, de fazer crê-la capaz de entender sua conduta e conduzir-se por si. Como reforço de argumentação alegou, ainda, a emancipação civil em 1.º de maio de 2011.

Noto que a imputação dos crimes considerou objetivamente a idade da vítima, então com 15 (quinze) anos. Estes argumentos, por outro lado, não chegaram a ser objeto de maior dedicação do juízo. E penso que mereçam, sim, uma atenção maior.

A emancipação civil, na verdade, data de dezembro de 2011, e não de maio daquele ano (fls. 1.730-1.732). De todo modo, foi bem dito na sentença, ela não teria de fato reflexo objetivo aqui, no ambito penal. O que, todavia, parece merecer cuidado maior, é a convivência de fato da vítima com terceiro, mesmo que por pouco tempo, antes dos episódios deduzidos na inicial – do que, creio, se fez boa prova.

Destaco que, embora não tenha sido ouvido o pai da vítima em juízo, ele declarou, extrajudicialmente, que de fato sua filha teria iniciado namoro com W.L.C. ainda nos idos de maio de 2008, e com ele passou a conviver em união estável em janeiro de 2009. A separação teria ocorrido em março de 2010 (fl. 1.729).

A relação de tempo é variável segundo os que foram ouvidos. Todavia, o fato é corroborado pelo então convivente, W.L.C., que confirmou um convívio comum com a vítima num período de 6 (seis) meses, quando morou com a apelante E.M. e demais filhos, irmãos da vítima (mídia de fl. 1.777).

Segundo a sentença, esse convívio não pareceu bastante para revelar alguma experiência da vítima (não o bastante para afastar a presunção decorrente da menoridade); a mim, todavia, é algo que não pode ser ignorado.

Alguém que mantém relacionamento afetivo/sexual desde os treze, seguindo, como ela mesmo enfatiza em juízo, os exemplos que trouxe de seu convívio familiar (tanto sua mãe quanto sua avó casaram-se muito prematuramente), por menos idade que tenha já se sente senhora de suas vontades. E ao menos que houvesse descortinada prova de que a acusada houvesse consentido concretamente com a prostituição, não se pode simplesmente ignorar o cenário e o histórico familiar para condenar a mãe. Ao menos em alguma medida é indispensável observar o primado da adequação social.

Isso posto, acolho o recurso da acusada E.M., e julgo improcedente a denúncia, na forma do art. 386, VII, do CPP, e por conseguinte absolvo a recorrente da imputação de favorecimento à prostituição.

5) do prequestionamento

Alguns dos recorrentes fizeram derradeiro pedido de prequestionamento que, penso, deva ser confrontado direta e expressamente. Há exigência específica dos tribunais superiores, sem o que a matéria retornará à análise do colegiado, uma vez que o cotejo é condição de admissibilidade dos recursos extravagantes (inteligência das súmulas 282 e 356 do STF e súmulas 98 e 111 do STJ).

Faço observação porque há os que entendam não haver necessidade de pontual identificação do prequestionamento, a pretexto de admitir o reconhecimento implícito. O próprio Relator, aliás, aponta precedente do STJ neste sentido (AgRg no AREsp 158.634/PR, Rel. Min. Jorge Mussi). Mas tenho, particularmente, cautela com o tema.

É bem verdade que o enfrentamento implícito tem sido admitido eventualmente pelo STJ; de todo modo, é preciso compreender o alcance daquele entendimento.

Não se pode confundir o prequestionamento com a ausência de indicação dos dispositivos, e sobretudo com o confronto (mesmo velado) das normas contra as quais se aponta ofensa. A própria Corte Superior, com alguma reiteração, tem exigido a indicação de dispositivos, sobretudo quando se pretenda, adiante, o manejo do Especial pela alínea *c* do art. 102 da CR (por todos, AgRg no Resp 1.313.899/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques); quando menos tem afirmado que para que se reconheça o prequestionamento expresso "*é necessário que o Tribunal* a quo *emita juízo de valor a respeito da aplicação da norma federal ao caso concreto*" (Resp 1.343.927/RS, Rel. Min. Herman Benjamin - grifei). Nesse passo, os precedentes apontados revelam que, ao menos no âmbito da Segunda Turma daquele Tribunal, tem sido exigida certa ortodoxia no trato das deduções de prequestionamento.

Por outro lado, se alguma hesitação há no STJ - e não creio que seja disso que se cuide na prática - na Suprema Corte sequer mesmo é motivo de indagação em regra, pois ambas as Turmas não admitem o prequestionamento implícito (entre tantos, veja-se RE 681.953-AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello; AI 735.115-AgR/RS, Rel. Min. Dias Toffoli; ARE 652.661-AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; AI 765.066-AgR/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie; RE 177.048/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio).

Daí porque, não tenho dúvidas, é necessário o cotejo analítico.

A propósito, entre os recorrentes G.O. faz dedução, mesmo que genérica ao fim do recurso, de prequestionamento dos dispositivos invocados ao longo de sua defesa, sem invocá-los pontualmente no pedido. Pouco importa; à análise do prequestionamento basta o confronto analítico, no corpo do recurso, com requerimento de apreciação ao final.

Nesse passo, observo que o confronto é robusto, tanto de matéria constitucional quanto infraconstitucional. A propósito, quanto à ofensa ao art. 5.º, XXXVII, LIII e LVI, da CR, no que se refere tanto à usurpação de competência quanto à ilicitude da prova, não conheço da ofensa. Conforme tem apontado o próprio STF, deduções de ofensa àqueles primados universais, quando muito, sugerem conflito reflexo, o que não abre flanco ao extraordinário (STF, AI 846.996 AgRg-segundo/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

Do mesmo modo não conheço da suposta ofensa ao art. 102, I, *b*, da CR, que é de todo mal-versada: primeiro porque, bem se sabe, o foro por prerrogativa de função apenas se justifica enquanto mantida a condição de congressista (STF, ADI 2.797-DF e ADI 2.860-DF), e ao tempo da denúncia (junho de 2011, fl. II) o acusado já não ocupava cadeira no parlamento federal – assim tanto é que o próprio STF desafetou processos de sua competência, envolvendo o acusado N.G. de L., naquele ano (AP 479/SC, então sob relatoria do Min. Cezar Peluso; AP 466/SC, Rel. Min. Marco Aurélio; AP 458/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

Segundo porque o acusado, quando muito, seria submetido à jurisdição daquele tribunal por arrastamento – que se vê, agora, algo sem consequência.

O mesmo faço com relação aos demais dispositivos invocados com a mesma linha de argumentação – art. 2.º da Lei n.º 8.038/90, arts. 230 a 234 do RISTF.

Segue em segundo plano a discussão em torno da legalidade da prova, porque há elementos obtidos por derivação, sobretudo o depoimento de A.P. de F. No particular, a bem do que já assentei em face da condenação de E.M., é necessário que se afaste aquela prova. A testemunha fez por repercutir o que teria sido dito pelas vítimas, então assistidas por si, na fase inquisitória, o que evidentemente transparece a tentativa, por tortas

linhas, de reavivar aquela prova, já viciada em seu nascedouro, assim dito em letras com vivas cores pelo STF (Recl 12.484/SC, Rel. Min. Dias Toffoli). A ofensa, todavia, se dissipa com a exclusão da prova, quer como razão de julgamento, quer como elemento material de prova (daí porque sua exclusão, mediante certificação, é necessária).

O mesmo se diga em relação ao ofício de fls. 1.483-1495, que segue a mesma pretensão de ressuscitar os elementos de prova colhidos de modo indevido na fase policial, e por isso devem ser sacado dos autos.

Com relação ao art. 93, IX, também não conheço da ofensa. Nada obstante a necessária exclusão destes autos da prova indiciária, não há por isso ausência de justa causa à ação penal. Bem se sabe que o inquérito é, por excelência, expediente dispensável se houver outros elementos informativos que justifiquem a persecução penal. Evidentemente, com a investigação vieram à tona os fatos, o bastante para iniciar a demanda. Ademais, ao final do processo discutir a ausência de justa causa é indicativo de contradição nos termos. Bem por isso não há também contrariedade ao disposto no art. 157, § 1.º, do CPP.

Quanto ao ponto, destaco ainda que não é caso de tratar-se de ofensa ao disposto no art. 5.º da Lei n.º 9.296/96. Uma vez afastada a prova indiciária – e com ela sobretudo a intercepção telefônica realizada de modo distorcido – não se cogita de alguma repercussão nestes autos.

A acusada C. do C.A.P. também formulou prequestionamento. Em relação ao art. 5.º, XXXV e LIV, vale a mesma consideração de ofensa reflexa, o que torna a dedução sem efeito (por todos, STF, AI 762.867-AgR/RS, Rel. Min. Luiz Fux). Não conheço também da ofensa ao art. 93, IX, seguindo o que já expus, e que vale da mesma forma à alegação de contrariedade dos arts. 5.º, LVI, e 102, I, *b*, da CR, e art. 157, § 1.º, do CPP.

Ainda sob a temática de derivação da prova ilícita, fala-se de ofensa ao art. 76, I, II e III, e 77, I, do Código de Processo Civil, bem assim de contrariedade à súmula 704/STF. Não há inovação, de toda sorte, em face do que deduzido pelo recorrente G.O.; bem por isso valem aquelas razões que já anotei sobre o tema, também em relação aos dispositivos infraconstitucionais invocados, e da súmula em questão. Igualmente não vinga, pelo que já dito, a suposta ofensa do art. 10 do CPP.

Há, por fim, petição de prequestionamento formulada pelo acusado N.G. de L. Afora a repetição da temática já elaborada pelos demais postulantes, o recorrente deduziu contrariedade ao art. 5.º, XXXIX, em face da imputação do art. 218-B, § 2.º, do CP, em razão da imputação de condutas anteriores à sua vigência. Aqui também se cuida de repercussão indireta (STF, AI 739718-AgR/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa), o que também se percebe na dedução de contrariedade aos incs. X e XII e LV, e bem por isso não conheço da dedução.

De outro vértice, não vislumbro contrariedade ao art. 384 do CPP, por ofensa ao principio da correlação entre acusação e sentença. Observo, como já o fiz oportunamente, que houve adequação da narrativa a tipo distinto daquele descrito na denúncia. O ajuste foi promovido pelo juízo, e não pelo Ministério Público; logo, a modificação não exige a observação da liturgia prescrita pelo art. 384, que tem destinatário certo. Não se trata, enfim, de emenda da inicial, mas de simples leitura dos fatos e adequação normativa (subsunção).

À ofensa aos arts. 2.º, 4.º, 5.º, 6.º, § 1.º e 8.º, parágrafo único, da Lei n.º 9.262/96 (cuidando da ilicitude de provas), cabem as razões já desfiadas em torno do tema. Tendo em conta o rumo da demanda, a dedução é alegórica. A defesa dos réus, em geral, que tende a enveredar nessa temática, o faz com muita opacidade, pois se louva na autoridade da decisão do STF sobre o tema, bem obedecida no ponto.

Deduziu-se também ofensa ao art. 225 do Código Penal, em sua redação primitiva, tendo em vista que parte dos crimes (relacionados particularmente em relação às vítimas P.C.A. de S. e J.P.R.) teriam ocorrido antes do advento da Lei n.º 12.015/09. Com relação ao crime de estupro, nada há de ser dito; afinal, não há condenação em face daquelas vítimas. No que pertine à corrupção, rememoro que houve condenação por tipo distinto (já destaquei, também, a necessária correlação). Não há, bem por isso, ofensa ao dispositivo, bem assim ao disposto no arts. 29, 38 e 395 do CPP, que versam o mesmo tema.

Em relação ao art. 147 do CP, onde também se discute a ausência de particular condição de procedibilidade, dela conheceu expressamente o Relator – no que acompanho, integralmente – contexto em que não remanesce objeto para apreciação.

Houve também dedução de contrariedade ao disposto nos arts. 268 a 273, em face do defensor, que acompanhara precatória sem habilitação formal até então. Se cuida de argumento cosmético, pois na prática só houve mera irregularidade, ajustada no juízo de origem mais tarde. Por outro lado, não apontou-se algum prejuízo concreto. Daí porque não se cogita de nulidade (STJ, HC 83.243/PB, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura), e porque não conheço do prequestionamento.

6) sobre o voto condutor e a propriedade da manutenção das condenações

Ressalvadas essas impressões particulares, acompanho o voto do eminente relator Relator, pela excelência do trabalho e o cuidado na reanálise da prova. O processo, robusto, recebeu análise primorosa e detalhada, seguindo em boa parte a ordenação que orientou a sentença, com ajustes muito pontuais de modo a dar às condenações a conformação adotada nas cortes superiores.

De tudo, então, apenas um breve apontamento, quer pela repercussão, quer pela gravidade do que se narra e do que afinal se provou nestes autos; mas nada, enfim, que se possa comparar ao brilho do que foi exposto no voto condutor.

Embora o processo judicial não se furte ao cartesiano, nele se cuida das vidas dos atores envolvidos nos fatos narrados. Eis a razão pela qual o caso tomou notoriedade, desdobrou-se e culminou com o desbaratamento do que parece ser um esquema – com relativa sofisticação, é verdade – de aliciamento de jovens. Bem porque trata da arregimentação de menores para a prática de aventuras sexuais por ex-parlamentar é que o caso, ao menos aos olhos do senso comum, recebeu toda sorte de atenção possível da mídia.

O reflexo, aliás, se fez sentir desde seu nascedouro, a partir da investida policial que se veria naufragada adiante, tendo em conta a prerrogativa de que gozava um dos envolvidos à época. Mesmo entre encontros e desencontros, e quem sabe por se tratar de fatos ambientados em cidades interioranas, de rigores próprios e critérios morais normalmente mais severos e inflexíveis, os fatos foram pouco a pouco sendo desvendados e o processo floresceu, já divorciado daquelas circunstâncias iniciais que eventualmente lhe animaram. Tomou forma e sustentou-se, amparado então no que se revelou ao longo da instrução; o bastante para justificar as condenações que se seguiram.

A excelência da instrução, aliás, foi decisiva. Noto que os acusados negaram as ligações entre si, peremptoriamente; da convergência de seus testemunhos não se consegue observar um único ponto de identificação com os fatos. Negativa, diga-se de passagem, bastante conveniente a partir da decisão do Supremo Tribunal, que muito apropriadamente excluiu a prova mal feita, indiciária.

No entanto foram traídos, particularmente os acusados N.G. de L. e G.O., pelos testemunhos daquelas que, soube-se com a instrução, participavam das reuniões de apelo hedonista. E o que se colheu a partir daí é, no mínimo, vergonhoso e lamentável.

No que pertine à corrupção (que aqui considero de modo amplo, e não só no estreito sentido técnico), a prova mostrou que as reuniões nada tinham daquela filosofia setentista de libertação, em que se pregava o amor livre e outras práticas de culto ao prazer, como sugeriu o acusado N.G. de L. em seu interrogatório (mídia de fls. 1.479). A ideia é tentadora e provocativa de certo modo, pois sugere encontros despretensiosos, guiados unicamente pela proposta de livre e descompromissado divertimento, inclusive sexual.

Do todo, o que parece real – não creio que se discuta o contrário – é que não havia nestes encontros propriamente intimidação ou ameaça. Não eram, todavia, necessariamente aventuras descompromissadas; pagava-se, como afirmaram formalmente algumas vítimas, pelas relações sexuais. Algumas delas confidenciaram isso muito porntualmente, aliás, a exemplo de P.C.A. de S., que declarou bem menos romantismo nestes encontros que o proposto pelo acusado; afimou, sim, que recebia dinheiro (às vezes R$ 700,00 por relação – mídia de fl. 1.777).

Outros casos são ainda mais lamentáveis, e traduzem um contexto de degradação particular; entre eles, é prova da triste realidade a vítima P.O.M., que declarou entregar-se àquela rotina de encontros sexuais por necessidade financeira. Daí se justificar (presumo) a paga oscilar sensivelmente, variando entre R$ 200,00 e R$ 1.000,00 (mídia de fl. 1.777), e ter se tornado, mesmo que apenas por algum tempo, uma prática habitual.

Há ainda outro caso de miséria pessoal, como o de M.P. dos P., que retificando a declaração prestada à autoridade policial, afirmou, em escrito particular, que recebera de N.G. de L. dinheiro, mas apenas *emprestado*,

"*para pagar o aluguel que já estava vencido e comprar comida*" (fl. 1.868). Ainda que isso fosse de algum modo palatável, real, é deveras lamentável.

Se não pela necessidade, os encontros eram animados em outros casos pelo oferecimento de regalos, de pequenas dávidas representadas, por exemplo, por um par de brincos ou roupas. Eis em que se resumia a recompensa. Evidentemente, foi declarado por muitas das vítimas, não havia de regra inocência nesse cenário, e tampouco se admitia o capricho da ingenuidade; afinal, ninguém distribui pequenos mimos simplesmente em troca de boa conversa, sobretudo ambientadas em motéis ou muito distante dos olhares mais cotidianos. Tudo girava em torno de um jogo de interesses, que variava de acordo com a necessidade de cada vítima, e determinava a estratégia de *sedução*.

O próprio acusado N.G. de L., aliás, ao se referir a uma das vítimas – daquela que lhe sobreveio condenação por estupro – enfatizou certo ar de deslumbramento entre as jovens, presumível diante das possibilidades que propunha: bancava festas, em motel da cidade de Rio do Sul ou em apartamento que ele mesmo fazia questão de "apresentar" (o que por si dá indicativos de considerável suntuosidade); servia-se também de outros lugares, públicos, como forma de pôr-se em evidência, de chamar a atenção a si e revelar, quem sabe, uma falsa impressão de alteridade. De outro vértice, era o cenário perfeito para incutir nas vítimas um sentimento bovarista, a falsa ideia de que desfrutavam de um estilo de vida distinto, usufruindo de oportunidades a poucos permitidas, onde eram, de modo distorcido, reverenciadas pela beleza e pela juventude, como simples objetos. Visivelmente vendiam-se sonhos, tão efêmeros quanto os encontros, mas suficientes quem sabe para iludir algumas dessas vítimas.

A estes fatos N.G. de L. emprestou algum ar de normalidade, justificando a comodidade e a conveniência de realizar encontros, por exemplo, em seu apartamento. Mas a leitura dos fatos, mesmo aqui, é

muito inocente; afinal, se de algum modo pudesse ser muito oportuno que ali se fizessem os encontros, para tê-los, então, despretensiosos, como justificar que algumas dessas menores viessem até Florianópolis – algumas eventualmente instaladas em um dos hotéis mais luxuosos desta Capital, tal como declarado por uma das vítimas e confirmado pelo próprio acusado N.G. de L. (mídia de fl. 1.749) – unicamente pelo prazer da companhia de uma boa conversa? É de se perguntar, fora do contexto da denúncia, o que jovens assim, de pouca idade e experiência pudessem oferecer a um homem experimentado, com trânsito em ambientes muito distintos da realidade e das preferências comuns da adolescência – sobretudo com a frequência com que estes encontros ocorriam?

Havia, evidentemente, a tentativa de estabelecer certo grau de normalidade aos encontros, que se verifica nos depoimentos pela aparente preocupação de N.G. de L. com o cotidiano das vítimas (fala-se muito na insistência com os estudos, por exemplo). Mas não exige muito perceber que se tratava de um discurso ensaiado, ordenado precisamente para afastar qualquer pecha ou rótulo às vítimas. Mantê-las em evidência, obviamente, era necessário para a manutenção do ciclo.

Isso se nota, de modo bastante grosseiro, no que relatam algumas das menores ouvidas. Todas, aparentemente, de origem franciscana, ou algo próximo disso, imprimem um discurso de fala mecânica e de ilusória maturidade, como que convencidas de que foram submetidas àquela rotina simplesmente por sua vontade, sem considerar o universo de tentações; algumas delas, aliás, valendo-se daquela falsa certeza com que são normalmente traídos os adolescentes, lançam-se no ingênuo discurso da liberdade, da autodeterminação e independência, com o que pretendem impor algum grau de autoridade; mas são desnudadas – e peço perdão pelo trocadilho – com pequenas contradições e com a pouca responsabilidade nos relatos (o que merece, bem por isso, um olhar indulgente).

Veja-se que, enquanto algumas afirmam ter mantido relacionamento sexual por livre e espontânea vontade, outras, de modo bastante infantil, chegam a ser jocosas pela pouca experiência, na tentativa de contrapor o óbvio. Exemplo disso é o relato de A.J., que, negou-se a confidenciar se havia de fato relações sexuais nos encontros, mas afirmou, ingenuamente, que o acusado N.G. de L. valia-se de preservativos nas ocasiões; reperguntada então pelo magistrado, afirmou que o acusado os usava para fazer *balões* nos encontros furtivos (mídia de fl. 1.521)... O que dizer se agem feito crianças que escondem suas traquinagens e diabruras, convictas da própria impunidade? É evidente que muitas delas, mesmo depois de toda a repercussão que o caso tomou, não foram capazes de medir minimamente as consequências dos fatos, dando prova da própria inexperiência e imaturidade.

Além disso, tome-se o fato de que não raro as viagens eram embaladas por alguma mentira, seja com o discurso de compromisso com um grupo de fanfarra, seja por razões outras, inconfessadas (mas assumidas perante o juízo). Exemplo disso trouxe a vítima D.L.F. Embora assim pareça ter agido para não submeter sua mãe a um juízo condenatório, ele revelou que, longe de serem encontros de pessoas com filosofia de vida com aspirações libertárias, eram, evidentemente, reuniões clandestinas, e bem por isso planejadas com alguma arquitetura, e de modo furtivo.

Não fosse bastante, todos os encontros eram regados com bebidas de toda sorte, como relatam generosamente as vítimas. Fazem apenas uma ressalva (muitas vezes, inclusive, em tom de repreensão): só bebia quem assim desejasse. Também pudera; afinal, era necessário que tudo parecesse *natural*, e que todos agissem livremente sem pudores ou culpa, e sem as inconvenientes amarras morais tradicionais, que aparentemente os acompanhavam somente até a porta desses lugares. Mas tanto a realidade era outra que toda sorte de estratagemas e cuidados se faziam necessários, a fim de que evitar certos olhares.

Não havia nada de fantástico nestes encontros. Eram reuniões em que o acusado N.G. de L. satisfazia seus desejos e fetiches pagando, direta ou indiretamente, pelo sexo que consumia. Embora em princípio não se cogite de sevícias, não há dúvida que essa voluntariedade tinha preço certo. Havia, ainda, requintes que apontam despudorada corrupção, que vai desde o voyeurismo (segundo afirmou M.P. dos P. - mídia de fl. 1.521), passando pela prática de lesbianismo (assim disse L.A.M. - mídia de fl. 1.262) e chegando até a proposta de sexo grupal (conforme depôs S.G.D.P. - mídia de fl. 1.777).

Não está em discussão disputar uma ou outra prática a partir de um juízo vitoriano ou psicológico, mas discutir o que refletem formalmente no cenário em que são propostas: embora práticas dessa natureza transitem em campo bastante obscuro para muitos e tenham certa aceitação entre outros, é insofismável que não possam ser tidas corriqueiras e indiferentes entre jovens como as que aqui desfilam como vítimas, notadamente porque foram seduzidas não pela novidade das experiências sexuais, pela curiosidade inconseqüente e provocante da adolescência, mas pela compensação financeira. Tudo não passava de um sórdido mercado. Eis o que divisa o discurso hedonista da descortinada corrupção que foi denunciada.

Com relação ao acusado G.O., mesmo que tenha negado participar de qualquer tipo de negócio voltado à prostituição, e sequer mesmo que tivesse apresentado quaisquer das vítimas ao acusado N.G. de L., algumas entre as ouvidas, a exemplo de D.M. admitiram que ele intermediava os encontros, prestando-se, inclusive, a levá-las ao encontro de N.G. de L. (mídia de fl. 1.606). Também J.P.R. admitiu ter sido apresentada por G.O., quando participava do grupo de fanfarra (mídia de fls. 1.521). Não fosse bastante censurar o acusado pela prática do odioso ofício, servil aos caprichos de N.G. de L., é notadamente reprovável seu envolvimento porque se valia da condição de professor de fanfarra, o que lhe conferia a confiança e a facilidade inerentes à função que ocupava – e justifica, de

certo modo, como no caso de D.L.F., dispor até mesmo de procuração para que ela o acompanhasse livremente.

No mais, sujeitava-se mesmo a levar e trazer algumas das vítimas a estes encontros, o que por si dispensa a prova de que o serviço tenha sido remunerado ou de alguma forma compensado para configurar a prática criminosa. Ainda que se presuma, e com muita propriedade, que o serviço tivesse seu preço (que altruísmo se pode presumir disso?), é indiferente cogitar-se disso. Provada sua participação, configura-se a elementar do tipo, que não exige demonstração de paga.

Bem porque a prova é escorreita a partir do testemunho das vítimas, é desnecessário que se some a estas provas o testemunho de A.P. de F., que chega como dispensável reforço argumentativo. Deve-se então, a par do que já foi dito, excluir aquele testemunho da fundamentação.

Mas de tudo, o mais lamentável e chocante é, certamente, o caso de G.S., em tese vítima de estupro por N.G. de L. e C. do C.A.P. É também onde a defesa de ambos mais se debruçou ao longo do processo, quer na discussão de preliminares, quer no enfrentamento do mérito.

O caso da vitima G.S. é a pedra de toque de todo o processo; foi a partir da sua revelação que todo o mais foi desbaratado. Sua dinâmica é de enredo policialesco: o ex-marido da recorrente C. do C.A.P., que conhecia o ocorrido, confidencio-o ao tio da ofendida e, a partir da confirmação por parte da vítima, os genitores da menor procuraram a polícia, e deflagrou-se a investigação.

O que parece inicialmente algo mirabolante não exige muito para ser compreendido: a vítima G.S. é sobrinha de C. do C.A.P. (daí justificar-se todos se conhecerem). Ao que se infere do processado, em determinada ocasião a vítima teria ido, em companhia de sua tia (que então mantinha algum vínculo afetivo com N.G. De L.) até o apartamento do acusado,

a passeio. O que sucede dali em diante, mesmo que os acusados não confessem, não deixa dúvidas da ocorrência do crime.

A vítima, que à época contava com 14 anos, relatou ter bebido em companhia de ambos, e só recorda de ter amanhecido nua entre ambos, com sangue entre as pernas. Ao indagar a tia (acusada), viria a confirmação de que teria perdido a virgindade naquela noite.

Nem tudo de fato está muito claro, e disso se ocupou a defesa para potencializar eventuais fissuras. De início indagou-se em torno do exame de corpo de delito, que atestou a integridade himenal – em tese incompatível com o sangue em que em tese se via embanhada a vítima. Mas o fato é aclarado pelo médico G.S.B., ouvido em juízo que, conforme degravado na sentença, declarou:

> [...] que o padrão himenal de Gisleine não permite afirmar se houve ou não a conjunção carnal (03:21min); é um padrão hiperplásico, de bordas franjadas, não sendo possível visualizar por completo toda a borda himenal (03:31min); acrescentou que a complascência himenal não há como indicar se há ruptura recente ou antiga, não há como determinar se quele hímem foi submetido a algum ato sexual ou não (04:27min); neste caso não havia condições de determinar se havia ruptura (04:44min); esclareceu que neste caso o hímem era franjeado, sendo esta a principal característica, impedindo de visualizar toda a borda, o que pode até esconder uma lesão ou uma ruptura (05:47min); acrescentou que não havia sinal de violência recente e violência antiga não poderia ser examinada (06:27min) (fl.2.410, como no original).

Logo, pormenores como a eventual ausência de sangue não revelam interesse concreto, e sua invocação parece mais embalada por um espírito de emulação do que de efetiva tentativa de esclarecimento. Não conflitam, por isso, a declaração da vítima.

Eventualmente também se discute a informação dada pela vítima que lhe teriam adicionado algo à bebida (refere-se a algum pó branco), o que equivale dizer que lhe teriam oferecido substância para render-lhe

a resistência, tal como o que vulgarmente se conhece por "boa noite, Cinderela". Isso de fato não está claro, e pode antes ter sido fruto de associações muitas, de um exercício de presunção. Pouco importa; não é objeto de controvérsia que a menor tenha bebido. E foi o próprio acusado N.G. De L. quem deu provas disso, quando relatou que a menor teria de fato bebido em determinada casa noturna, na companhia da tia (C. do C.A.P.), de si e de outras "amigas" (mídia de fl. 1.749).

De incontroverso, portanto, se tem o fato de que menor ingeriu bebida alcoólica, pois mesmo C. do C.A.P. admitiu que, de tão alterada que estava, teria tentado beijar N.G. de L., que estava ao volante, de volta ao apartamento, o que foi motivo de exasperação entre os réus (mídia de fl. 1.749).

Essa narrativa propõe muitas indagações; a primeira, incensurável, é a de como e com que fim se tenha permitido que uma menor, de 14 anos, participasse de qualquer encontro numa casa noturna, e tivesse deliberado acesso a bebidas, notadamente sendo sobrinha da acusada C. do C.A.P. Quanto a estas circunstâncias, o acusado N.G. de L. limitou-se a afirmar que teria levado todas à casa noturna com o intuito de acompanhá-las, apenas, a pretexto de simples divertimento. Mas, enfim, que interesse teria em levar consigo uma menor, considerando principalmente o fato de ser pessoa pública e de destacada notoriedade à época (o que fez questão de frisar em diversas ocasiões em seu depoimento)?

Logo, o que segue inconteste é o fato da menor ter se embriagado, quando sob sua tutela. Dali em diante, como descreditar-se o enredo que é narrado? E, se o próprio acusado revelou que em seu apartamento ocorriam cotidianamente festas com suas amigas – como de fato se via acompanhado na ocasião – o que então se pretendia com a companhia da menor?

Fato é que os acusados nada esclareceram com alguma substância. Já a vítima, ao contrário, visivelmente abalada em seu depoimento, narra

o episódio com muita firmeza, assim como um segundo encontro, em que a tia teria pedido a menor que se submetesse aos caprichos sexuais de N.G. de L., porque precisava de dinheiro (ao que parece para pagamento de seu aluguel – mídia de fl. 1.643).

Há detalhes no relato mais estarrecedores, que no entanto são dispensáveis; a própria vítima os confidenciou com indisfarçável repulsa e constrangimento. Foi firme, aliás, quando inquirida, repetindo até mesmo às perguntas mais inoportunas, com a eventual agressividade de quem se viu prematuramente devassada e exposta à situação tão degradante. Desses pormenores (a mim dispensáveis para o reconhecimento da culpa) há esmiuçamento na sentença. Por isso poupo-lhes da revisitação desconfortável.

É o que basta. Nada se trouxe que pudesse fragilizar o relato da vítima, que vem amparado pelos relatos circunstanciais das demais jovens que também compartilharam a ocasião. Não há, enfim, nada que demova a autoridade do depoimento da vítima.

7) da dosimetria

A partir das premissas de julgamento proposta pelo Relator, em boa medida e muito adequadamente conformadoras dos termos da condenação inicial, penso que pequenos ajustes, pontuais, são necessários. O que proponho é o que segue:

7.1.) Acusado N.G. de L.

7.1.1) aplicação da pena ao crime de exploração sexual de vulnerável (vítima G.S.):

Na primeira fase dosimétrica o Relator considerou três circunstâncias para agravamento da pena (culpabilidade do agente, circunstâncias e consequências do crime), afastando a consideração da conduta e da personalidade. Além da bem posta supressão já ordenada, penso que seja

também o caso de excluir-se a exasperação em face das *circunstâncias* do crime.

O aumento em questão foi animado pela particular dinâmica do ilícito, quando a menor teria sido "amarrada" a uma cadeira e então submetida à relação sexual. Ao que se percebe do seu relato, não se tratava de manter relação sexual com violência física (tanto que não é de estupro que se cuida nesse caso - mas de exploração sexual). O fato de ter sido *amarrada*, então, traduz apelo fetichista, e não coativo. Trata-se, apenas, de algo sexualmente simbólico naquele cenário, uma predileção; e mesmo que não se conceba a ideia popular e mitológica de que toda a licencialidade masculina se justifica no discurso de predisposição genética, é delicado simplesmente tarifar e glosar práticas sexuais tão grosseiramente, notadamente quando se transita no âmbito penal.

Observo na valorização dessa circunstância o mesmo reflexo que já apontei decorrente da martirização das práticas sexuais em outras ocasiões, ou, como diz Foucault, de uma aparente necessidade de *pedagogização* e *psiquatrialização* do sexo, na perspectiva de se tomar por *anormal* ou perverso toda forma de prazer concebida com alguma distância das seculares práticas sexuais cultuadas nos ambientes familiares (*História da sexualidade I*: a vontade de saber, Graal, p 98 e segs.). O que se propõe, em regra, é uma catalogação de duvidosa cientificidade de condutas consideradas perversas, desregradas, desviadas, só porque fogem àquele modelo de catequização tradicional. Embora a análise do art. 59 permita considerável margem de manobra, sobretudo com a inspiração própria do senso comum a respeito de valores éticos e morais, não creio que a forma pela qual o crime se consumara no caso concreto possa direcionar algum aumento - não ao menos sem alguma consideração mais substancial - para além de um capricho sexual menos ortodoxo. Logo, afasto a circunstância.

Nesse contexto, e seguindo a proporcionalidade da quantificação feita na sentença e igualmente observada pelo Relator, fixo a pena base em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão. Na ausência de atenuantes e agravantes, bem como de causas de aumento e diminuição, torno por definitiva a reprimenda, nestes moldes.

Se, todavia, mantida for aquela circunstância, há a necessidade de alteração do voto, que indica quantitativo de pena diverso no cálculo dosimétrico e na sua conclusão (item 3.1.2 do voto condutor).

7.1.2) Favorecimento à prostituição de vulnerável (vítimas D.L.S., P.C.A. de S., J.P.R., A.J., M.P. dos P. e P.O.M.):

Mantendo o que está lançado na sentença, de modo a condenar o acusado pelo crime em razão de todas as vítimas relacionadas na denúncia, (lembrando que o Relator reconhece a tipicidade apenas em face das vítimas D.L.S., A.J., M.P. dos P. e P.O.M.), há retoque a ser feito no cômputo da pena.

Com os pertinentes reparos, o Relator chegou à pena de 9 (nove) anos, 3 (três) meses e 20 (vinte) dias de reclusão. Todavia, tendo em conta que o Relator considerou a incidência de apenas 2 (duas) circunstâncias negativas (culpabilidade e antecedentes), a pena para o crime deveria ter sido fixada na primeira fase em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses (a sentença considerou ordinariamente 1/6 para cada circunstância).

A partir daí, observando a majoração pela continuidade (fração de 2/3), a pena ficaria estabelecida em 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

7.2.) Acusada E.M.

7.2.1.) Favorecimento à prostituição (vítima D.L.F.):

Tenho pela absolvição da acusada, em face da ausência de provas concretas da prática delituosa.

8) Remodelação da dosimetria

Com os ajustes propostos, a pena segue assim fixada:

8.1) Em relação ao acusado N.G. de L.:

a) 14 (quatorze) anos e 2 (dois) meses de reclusão pela condenação por estupro de vulnerável;

b) 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão em face da condenação por exploração sexual de vulnerável;

c) 8 (oito) anos, 10 meses e 20 (vinte) dias de reclusão em decorrência da condenação por favorecimento à exploração sexual;

c) 4 (quatro) meses e 13 (treze) dias de prisão simples, pela prática da contravenção prescrita pelo art. 63, I, da LCP.

Dado o concurso de infrações, a pena somada equivale a 28 (vinte e oito) anos, 4 (quatro) meses e 20 dias de reclusão, mais 4 (quatro) meses e 13 (treze) dias de prisão simples.

A pena de reclusão deverá ser cumprida inicialmente no regime fechado, vedada a concessão de qualquer benefício - substituição ou suspensão da pena privativa de liberdade (arts. 44 e 77 do CP).

8.2) Em relação à acusada C. do C.A.P.:

a) 12 (doze) anos e 6 (seis) meses de reclusão pela condenação por estupro de vulnerável;

b) 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, em decorrência da condenação por exploração sexual de vulnerável;

Somada, a pena alcança o montante de 17 (dezessete) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, além de 2 (dois) meses e 10 (dez) dias de prisão simples.

A pena de reclusão deverá ser inicialmente cumprida no regime fechado. Inviável o deferimento de substituição ou suspensão da pena (arts. 44 e 77 do CP).

8.3) Em relação ao acusado G.O.:

Quanto a este último, acompanho no todo a fixação projetada pelo nobre Relator.

São as razões do meu voto.

Florianópolis, 29 de novembro de 2012.

Ricardo Roesler
DESEMBARGADOR

MANDADO DE SEGURANÇA

Mandado de Segurança n. 2012.012711-4, da Capital

Relator: Des. Volnei Celso Tomazini

> MANDADO DE SEGURANÇA. PORTARIA JUDICIAL QUE DISPÕE SOBRE A INSTALAÇÃO DE PROGRAMA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE.. ATO QUE DEVE SER MANTIDO, COM ADEQUAÇÕES. NECESSIDADE DE INCLUSÃO DAS DEMAIS ENTIDADES INSCRITAS ANTERIORMENTE À EDIÇÃO DA PORTARIA. OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO CÓDIGO DE NORMAS DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA. PARTICIPAÇÃO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL QUE SE MOSTRA INAFASTÁVEL. EXCLUSÃO DA EXIGÊNCIA DE UTILIZAÇÃO DE ELEMENTO IDENTIFICADOR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2012.012711-4, da comarca da Capital (Tribunal de Justiça), em que é impetrante Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e impetrado Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Videira:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Ricardo Roesler (Presidente) e Desa. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Norival Acácio Engel.

Florianópolis, 7 de agosto de 2012.

Volnei Celso Tomazini

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado pelo Ministério Público contra a Portaria n. 001/2012, expedida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da comarca de Videira, a qual dispõe sobre a instalação do programa de prestação de serviços à comunidade daquela comarca.

Sustentou o impetrante que referida Portaria reveste-se de ilegalidade, uma vez que fere o procedimento a ser realizado pelo juiz, referente à execução da pena restritiva de direitos, de acordo com o que se extrai do Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça de Santa Catarina, além da ilegalidade referente à audiência admonitória, de forma colegiada, sem a presença de defesa técnica (fls. 2-20).

Prestadas as informações pela autoridade apontada como coatora, a liminar para suspender os efeitos da Portaria foi indeferida (fls. 488-491).

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Promotor de Justiça designado Jonnathan Augustus Kuhnen, que opinou pela concessão de medida de segurança.

Após, os autos foram encaminhados ao Procurador do Estado de Santa Catarina para parecer, o qual, preliminarmente, arguiu a conexão destes autos com outro que tramita na Justiça Federal, bem como a incompetência desta Câmara e, no mérito, defendeu a legalidade do ato impugnado.

É o relatório.

VOTO

1. Inicialmente, há que ser afastadas as preliminares suscitadas pelo Procurador do Estado de Santa Catarina.

Aduz o douto Procurador do Estado a existência de conexão entre este Mandado de Segurança e a Ação Civil Pública n. 5002379-13.2011.404.7203 proposta pela OAB/SC, que tramita na Vara Federal da Subseção de Joaçaba.

Ocorre que a demanda que tramita na Vara Federal tem objeto diverso do presente mandado de segurança, porquanto naquela ação o ato impugnado é a Portaria do Juiz da comarca de Tangará, ao passo que o presente *mandamus* versa sobre Portaria do Juiz de Direito da Comarca de Videira.

Assim, embora os atos tenham sido subscritos pela mesma autoridade – Juiz de Direito Flávio Luís Dell'Antônio -, as Portarias impugnadas possuem peculiaridades diferentes, de modo que as demandas possuem pedido e causa de pedir diversos, razão pela qual não deve ser acolhida a preliminar de conexão.

Também não merece prosperar a alegada incompetência desta Câmara Criminal para processar e julgar este mandado de segurança. Isso porque o art. 30, I, "h", do Regimento Interno deste egrégio Tribunal de Justiça, estabelece:

> Art. 30 – Compete a cada uma das Câmaras Criminais:
>
> I- processar e julgar:
>
> [...]
>
> H) mandados de segurança contra atos dos juízes criminais e auditor da Justiça Militar.

Assim, tendo o ato impugnado sido subscrito por juiz criminal, há que ser reconhecida a competência da Segunda Câmara Criminal para processar e julgar o presente feito.

Por fim, entende-se que o Mandado de Segurança é cabível na hipótese, porque direciona-se contra ato concreto (Portaria n. 01/2012),

que viola ou ameaça direito líquido e certo do impetrante, como se verá adiante.

2. No mérito, convém ressaltar, em princípio, o aspecto histórico acerca da importância da instituição de penas alternativas.

Veja-se.

No contexto internacional, aponta-se como importante precedente que recomendou a imposição de penas alternativas, a Assembléia Geral das Nações Unidas, que proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), com o propósito de reconhecer a dignidade da pessoa humana como fundamento da liberdade, da justiça e da paz.

A partir de então, editaram-se as Regras Mínimas para tratamento dos presos, de 1955, com a recomendação de aplicação de penas não privativas da liberdade. Em 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Políticos e Civis veio reforçar a implantação, execução e fiscalização das alternativas à pena de prisão.

Em 1986, foram redigidas as Regras Mínimas para Elaboração de Penas Não Privativas de Liberdade, conhecidas como Regras de Tóquio, que recomendam a adoção de alternativas penais como, por exemplo, a restrição de direitos, a indenização da vítima e a composição do dano causado, além de ressaltar a observância imprescindível das garantias da pessoa condenada.

Aliás, sobre o tema, cumpre citar o antecedente histórico traçado por Fernando Capez:

> O 6º Congresso das Nações Unidas, reconhecendo a necessidade de buscar alternativas para a pena privativa de liberdade, cujos altíssimos índices de reincidência (mais de 80%) recomendavam uma urgente revisão, incumbiu o Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente de estudar a questão. Apresentada a proposta, foi aprovada no 8º

> Congresso da ÔNU, realizado em 14 de dezembro de 1990, sendo apelidada de Regras de Tóquio, também conhecidas como Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade (Curso de Direito Penal, p. 371).

Assim é que, no âmbito do Direito Penal Internacional, ficou inconteste a preocupação com a prevenção e ressocialização, mais do que com a simples punição do indivíduo que comete delitos, de modo que o encarceramento deve ser reservado somente para aquelas situações indispensáveis.

No âmbito nacional, a reforma do Código Penal (1984) introduziu no ordenamento jurídico as penas restritivas de direitos, entre elas a de prestação de serviços à comunidade.

Em que pese a discussão sobre a força cogente das Regras de Tóquio ou não, fato é que os parâmetros ali fixados serviram de baliza à legislação brasileira, mais especificamente às Leis n. 9.099/1995 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais) e Lei n. 9.714/1998, esta que ampliou o número de penas alternativas à prisão.

Acerca da prestação de serviços à comunidade, o Código Penal prevê, em seu artigo 46:

> Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a 6 meses de privação de liberdade.
>
> § 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.
>
> § 2º A prestação de serviços à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.
>
> § 3º as tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

Ainda, o artigo 149 da Lei n. 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais), dispõe:

> Art. 149. Caberá ao juiz da execução:
>
> I – designar a entidade ou programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou convencionado, junto ao qual o condenado deverá trabalhar gratuitamente, de acordo com as suas aptidões.

Em estrita consonância com a legislação penal e processual penal, o Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina, nos seus artigos 326 e seguintes, previu:

> Art. 326. Para a execução da pena restritiva de direito, em consonância com o preceito do art. 149 da Lei de Execução Penal, há de se pressupor o conhecimento das aptidões e condições pessoais do apenado, o conhecimento das instituições onde os serviços poderão ser prestados e controle eficaz do cumprimento de pena.
>
> Art. 327. Para a implantação do Programa de Serviços à Comunidade ou a Entidades Públicas, é necessário:
>
> A) levantamento das instituições existentes na comarca, de caráter assistencial, particular ou pública, e sem fins lucrativos, aptas para a recepção dos apenados;
>
> B) conhecimento das condições pessoais do condenado, quanto à natureza dos serviços que poderá prestar; e
>
> C) serviço de apoio para o recolhimento de informações e acompanhamento de resultados.
>
> Art. 328. O levantamento das instituições com possibilidade de serem conveniadas será realizado pelo Serviço de Assistência Social.
>
> § 1º O assistente social coletará informações sobre a natureza das atividades da instituição, o número eventual de vagas, a habilitação exigida para o trabalho a ser realizado pelo prestador, condições físicas e de pessoal para acompanhar o cumprimento, restrições quanto ao tipo de delito, horários para a prestação do serviço, tudo conforme formulário de código SIPJ/1594.

> § 2º Os dados obtidos pelo assistente social, nos termos do parágrafo anterior, deverão compor um fichário, que instrumentará a escolha do local onde o prestador de serviço deverá cumprir a pena.
>
> Art. 329. Feito o levantamento de que trata o artigo antecedente, e procedida a escolha da instituição beneficiária, deverá ser firmado um convênio entre o juízo da execução e o estabelecimento de prestação de serviço, com regulação do modo de cumprimento da pena, definição do número de vagas e do sistema de controle, conforme formulário de código SIPJ/1592.
>
> Art. 330. Caberá ao juiz da execução, na conformidade do art. 149 da Lei de Execução Penal, a designação da entidade ou programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou conveniado, que dará cumprimento à pena.
>
> § 1º O Serviço de Assistência Social deverá previamente entrevistar o apenado, utilizando formulário de código SIPJ/1596, para conhecer as suas aptidões e condições pessoais, visando subsidiar o juiz de elementos para a sua decisão e para que o prestador possa ser encaminhado para a instituição mais adequada.
>
> § 2º Deverá, também, fiscalizar o cumprimento da pena, acompanhando a execução e visitando periodicamente a instituição conveniada, emitindo relatórios regulares, conforme formulário de código SIPJ/1597.
>
> § 3º Nas comarcas onde não houver assistente social do Poder Judiciário, o programa poderá ser implantado com a colaboração da Prefeitura Municipal.
>
> § 4º A entidade beneficiada com a prestação de serviços encaminhará mensalmente, ao juiz da execução, relatório circunstanciado das atividades do condenado, bem como, a qualquer tempo, comunicação sobre ausência ou falta disciplinar (Lei de Execução Penal, art. 150).

Denota-se, portanto, que a lei procura observar e respeitar o princípio da individualização da pena, que, segundo Guilherme de Souza Nucci, *"quer dizer que a pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinquente a exata medida punitiva pelo que fez. Não teria sentido igualar os desiguais [...]"* (Código Penal Comentado, p. 46).

Sobre o referido princípio e a prestação de serviços à comunidade, o doutrinador explica que

> [...] trata-se de justa disposição feita pela lei, pois não é de se admitir que a pena de prestação de serviços à comunidade, através de reeducação pelo trabalho, transforme-se em medida humilhante ou cruel. Por isso, torna-se indispensável estabelecer ao condenado atividades que guardem sintonia com suas aptidões (ob. cit. p. 379).

Feitas essas breves considerações, passa-se à análise dos fatos que ensejaram a interposição do presente mandado de segurança.

No mês de janeiro do corrente ano, o Juiz de Direito Flávio Luís Dell'Antônio, em exercício na comarca de Videira, publicou a portaria n. 001/2012, que define o programa de Prestação de Serviços à Comunidade, que abrange os seguintes municípios: Videira, Iomerê, Arroio Trinta e Salto Veloso.

Da análise da Portaria em comento, convém citar o seguinte excerto:

[...]

> 2. Em razão das peculiaridades da Comarca e sobretudo objetivando manter um efetivo e permanente controle sobre o cumprimento das penas restritivas de direitos na modalidade de prestação de serviços à comunidade, DEFINIR como local para o cumprimento da prestação de serviços à comunidade a "Secretaria de Infraestrutura do Município de Videira, cuja pena ou transação penal será cumprida mediante a prestação de serviços, sempre aos sábados, das 08h às 12h e das 13h30min às 17h30min.
>
> 2.1 Havendo requerimento expresso dos Exmos. Srs. Prefeitos dos Municípios de Iomerê, Arroio Trinta e Salto Veloso, bem como de entidades sem fins lucrativos, poderá ser definido por este Juízo outros locais para o cumprimento das penas de Prestação de Serviços à Comunidade, desde que não extrapole o limite territorial da Comarca.
>
> 3. Quando do cumprimento da Prestação de Serviços à Comunidade, cujos serviços serão varrição de ruas, praças e espaços públicos, jardinagem, roçadas com foices, capinas, pinturas com cal

> e demais serviços ligados a Secretaria de Infraestrutura, os Apenados ou beneficiados com a transação penal (art. 76 da Lei 9.9099/95) deverão usar, obrigatoriamente, os seguintes Equipamentos de Proteção Individual – EPI's:
>
> A) Proteção para a cabeça: boné modelo árabe, na cor amarela com a aba na cor preta;
>
> B) proteção para as mãos: luvas de raspa de couro;
>
> C) proteção para membros inferiores: calçado de segurança tipo "botina";
>
> D) proteção do corpo: protetor solar com fator de proteção mínimo FPS – 15 (fl. 24).

Segundo aponta o ilustre representante do *parquet*, a Portaria publicada pelo juízo *a quo* padece, em tese, de ilegalidade, porquanto deixou de observar as formalidades constantes nos arts. 326 a 330 do Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina, que conferem transparência aos convênios celebrados entre Poder Judiciário, Municípios e entidades de assistência social, acerca da execução das penas restritivas de direitos.

Além disso, destaca que o Magistrado violou o princípio da individualização da pena, ao centralizar o cumprimento da medida alternativa à Secretaria de Infraestrutura da Prefeitura de Videira, sem o exame da aptidão e condições pessoais dos apenados e transacionados, em afronta aos dispositivos legais que regem a matéria.

Sustenta que houve, também, ofensa ao princípio da dignidade humana, no que se refere às exigências contidas no item 3 da portaria, mais especificamente a alínea "a" (boné modelo árabe, na cor amarela, com a aba na cor preta).

Ainda, salienta que não houve a participação dos representantes dos demais municípios que integram a comarca, tampouco a Ordem dos

Advogados do Brasil e do Ministério Público, no escopo de encontrarem, juntos, uma solução adequada à questão.

O órgão ministerial assevera, também, que a "audiência admonitória coletiva", realizada pelo juiz, ofendeu o princípio do contraditório e da ampla defesa, uma vez que muitos dos reeducandos se encontravam desamparados de defesa técnica.

O magistrado, ao prestar as informações, afirmou que, ao assumir a Vara Criminal da comarca de Videira, no final de novembro do ano de 2011, constatou que o sistema de prestação de serviços à comunidade era falho e ineficiente, isso porque não havia um controle e fiscalização dos apenados e transacionados.

Sendo assim, optou por implementar a centralização do cumprimento de prestação de serviços à comunidade, nos moldes como havia feito na comarca de Tangará, em função dos resultados positivos que obteve naquela comarca. Para tanto, em parceria com a Prefeitura de Videira, determinou na portaria que os serviços prestados à comunidade deveriam ser realizados através da Secretaria de Infraestrutura.

Pois bem.

Relatados os fatos, convém registrar que devem ser prestigiadas ações como a do nobre Magistrado, ao se preocupar com o bem estar social da população, além de se importar com a ressocialização dos apenados e, assim, buscar uma maior eficiência do sistema que envolve a execução das penas restritivas de direitos.

Nesse prisma, verifica-se que a iniciativa reflete a tendência do denominado ativismo judicial, que decorre das omissões ou abusos dos poderes legislativo e executivo, de modo que há a necessidade de uma intervenção do poder judiciário na busca da justiça social.

Sobre o ativismo judicial, Luís Roberto Barroso leciona que

> Está associada a uma participação mais ampla e extensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Artigo publicado na Revista Autalidades Ju´ridicas, n. 4, jan/2009, p. 3)

No entanto, exige-se um delineamento dos limites para o ativismo judicial, de modo a evitar a hipertrofia do Judiciário e a descaracterização da separação de poderes.

Nesse contexto, o ativismo judicial deve se basear na racionalidade das decisões e no diálogo entre os poderes, ou seja, o Judiciário não pode se valer de medidas unilaterais, uma vez que isso pode resultar no desequilíbrio entre os poderes.

Ainda segundo Barroso:

> O risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas (op. cit. p. 16).

Uma vez estabelecidas tais premissas, constata-se que o Magistrado, ao editar a Portaria atacada, decidiu centralizar o cumprimento da pena restritiva de direitos, na espécie de prestação de serviços à comunidade,

para a Secretaria de Infraestrutura do município de Videira. Como já citado anteriormente, a justificativa para a decisão era a ineficiência da fiscalização e controle das entidades participantes.

Extrai-se dos autos que as entidades que recebiam os apenados e beneficiados com a transação penal eram as seguintes: Lar o Bom Samaritano, Corpo de Bombeiros, Quartel da Polícia Militar, Hospital Divino Salvador, Secretarias dos municípios de Iomerê, Salto Veloso, e Arroio Trinta, sendo que a fiscalização era realizada pelos representantes das próprias entidades, ficando o assistente social apenas responsável pelo encaminhamento e assinatura do formulário (conforme certidão à fl. 408).

Dessa forma, a portaria, no item 2, ao prever apenas um local para o cumprimento das prestações de serviços à comunidade, em princípio, ofende o princípio da individualização da pena.

O argumento do Magistrado de que a maioria das pessoas condenadas ou beneficiadas com as transações penais possuem baixa escolaridade não pode servir como justificativa para legitimar a escolha apenas da Secretaria de Infraestrutura. Isso porque a lei determina expressamente que as aptidões pessoais de cada um devem ser respeitadas e levadas em consideração.

Ainda, é possível observar que as entidades inscritas anteriormente à expedição da Portaria judicial eram de segmentos diversos, quais sejam, lar de idosos, hospital, corpo de bombeiros, quartel da polícia militar, além das secretarias de infraestrutura dos demais municípios que compõem a comarca de Videira.

Desse modo, a supressão das citadas entidades do programa de prestação de serviços à comunidade, em detrimento de um único local, além de ofender o princípio da individualização da pena, como mencionado anteriormente, prejudica, também, as entidades assistenciais e públicas que recebiam os apenados e transacionados, que eram beneficiadas com a prestação de serviços destes.

Ademais, a importância da heterogeneidade das entidades participantes contribui, também, para a efetiva reintegração dos apenados e transacionados na comunidade, de modo a garantir a ressocialização dos apenados, que é um dos objetivos da pena.

Por certo que o sistema implantado pelo digno Juiz trouxe benefícios e resultados positivos para a comarca de Tangará, conforme os dados trazidos pelo próprio togado.

Contudo, ao aplicar o mesmo sistema em Videira, deixou-se de avaliar alguns fatores importantes: a comarca de Tangará, que abarca os municípios de Tangará, Pinheiro Preto e Ibiam, é uma comarca de entrância inicial e, segundo os dados coletados na página eletrônica do IBGE, conta com uma população de aproximadamente 14.000 habitantes.

Obviamente, o volume de processos e de execuções penais em andamento na referida comarca é inferior quando comparado à comarca de Videira, de entrância final, cuja população, englobando seus municípios (Videira, Iomerê, Arroio Trinta e Salto Veloso) soma o total aproximado de 60.000 habitantes. Portanto, referidas comarcas apresentam realidades muito distintas, o que não deve ser desconsiderado.

Assim, centralizar o cumprimento de prestação de serviços à comunidade em um só local, em uma comarca que possui um maior número de habitantes e um volume de processos mais elevado, acaba por prejudicar os resultados positivos que se pretende alcançar com a pena alternativa.

Ainda, cumpre ressaltar que a aplicação da medida, nos moldes delineados pelo Juiz de primeiro grau, sobrecarregaria os servidores da Prefeitura, que teriam de fiscalizar as atividades e a frequência dos apenados e beneficiados pela transação penal, uma vez que, se o normal seria promover o controle de cerca de 20 indivíduos por entidade, passarão a coordenar

mais de 70, e com numero crescente, à medida que novos apenados recebam a pena restritiva de direitos ou surjam mais transacionados.

Sendo assim, a Portaria deve incluir no programa todas as entidades, as que participavam antes da expedição da Portaria judicial, bem como a secretaria de infraestrutura do município de Videira, que, atualmente, também manifestou o interesse em participar do programa de prestação de serviços à comunidade.

Ademais, vale salientar que a concentração dos apenados somente na Secretaria de Infraestrutura do município de Videira é pouco razoável para aqueles que residem nos outros municípios e que precisam se deslocar até Videira para cumprir a pena restritiva de direitos. Tal sistema acabaria incentivando o descumprimento da medida, o que, por certo, não é a intenção do juízo *a quo*.

No mais, o argumento do Magistrado de que não excluiu as demais entidades não merece guarida, porquanto o item 2.1 e o item 4 da Portaria não são claros e demonstram exatamente o contrário.

A uma porque o item 2.1 dispõe que a inclusão de outras entidades ou secretarias interessadas em participar do programa de prestação de serviços à comunidade depende de requerimento expresso dos prefeitos ou responsáveis pelas entidades, de modo que se pode concluir que aquelas entidades que antes participavam do programa, foram implicitamente excluídas.

A duas porque o item 4 determinou que a destinação dos apenados ou beneficiários da transação penal somente poderão ser encaminhados para locais diversos daquele instituído no item 2, se apresentarem motivo relevante ou a necessidade de outra destinação. Essa medida, a nosso sentir, trata a individualização da pena como uma exceção à regra, quando a lei prevê exatamente o oposto.

Como se não bastasse isso, o argumento de que a centralização do cumprimento da prestação de serviços à comunidade na Secretaria de Infraestrutura do município de Videira importaria na desnecessidade da participação da assistente social e, por conseguinte, da entrevista prévia, o que facilitaria o andamento do sistema, não pode prosperar.

Isso porque a inexistência, na Portaria judicial, da previsão acerca da entrevista prévia realizada pela assistente social, ou de sua participação no programa de prestação de serviços à comunidade contraria a determinação legal contida tanto na Lei de Execução Penal quanto no Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina.

O papel da assistência social, na instituição da entrevista prévia, é garantir a efetividade e o respeito ao princípio da individualização da pena.

Ressalta-se que a portaria, publicada em janeiro de 2012 (menos de 2 meses após assumir a vara criminal da comarca de Videira), mesmo que bem intencionada, é fruto de uma ação unilateral. Poderia o juiz, no escopo de encontrar uma solução adequada para os problemas que havia constatado, debater com os demais interessados a respeito (Ministério Público, o poder executivo dos municípios, os responsáveis pelas entidades que se mostravam falhas na execução do programa, a assistência social).

Assim, o ativismo judicial, conforme esposado anteriormente, deve se revestir de racionalidade, do diálogo entre os poderes, evitando-se, assim, a adoção de medidas unilaterais, que não é o propósito do Estado Democrático de Direito.

Portanto, a portaria deve ser readequada, para permitir a participação da assistência social na aplicação das penas restritivas de direito, especificamente na prestação de serviço à comunidade.

Cumpre, ainda, analisar a previsão contida no item 3 da Portaria, atacada nesta ordem de segurança, acerca dos uniformes utilizados pelos

apenados e transacionados para o cumprimento da prestação de serviços à comunidade:

> 3. Quando do cumprimento da Prestação de Serviços à Comunidade, cujos serviços serão varrição de ruas, praças e espaços públicos, jardinagem, roçadas com foices, capinas, pinturas com cal e demais serviços ligados a Secretaria de Infraestrutura, os Apenados ou beneficiados com a transação penal (art. 76 da Lei 9.9099/95) deverão usar, obrigatoriamente, os seguintes Equipamentos de Proteção Individual – EPI's:
>
> A) Proteção para a cabeça: boné modelo árabe, na cor amarela com a aba na cor preta;
>
> B) proteção para as mãos: luvas de raspa de couro;
>
> C) proteção para membros inferiores: calçado de segurança tipo "botina";
>
> D) proteção do corpo: protetor solar com fator de proteção mínimo FPS – 15 (fl. 24).

Denota-se que o Juiz, ao especificar o equipamento de proteção individual a ser utilizado, ofende, ao nosso sentir, o princípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso XLIX, é expresso em garantir ao preso o respeito à sua integridade física e moral. Como se não bastasse isso, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF).

Especificamente em relação às penas alternativas, compete destacar que dentre as diretrizes existentes das Regras de Tóquio, há a preocupação com a dignidade da pessoa humana, ao estabelecer que: *"3.9. A dignidade do delinquente submetido a medidas não privativas de liberdade deve estar protegida em qualquer momento"*.

Sendo assim, sob essa ótica, observa-se que as determinações contidas na Portaria judicial em comento acaba por violar o princípio da dignidade

humana do apenado e transacionado, uma vez que o equipamento de proteção individual, nos moldes confeccionados, vai além do seu objetivo, que deveria ser o de manter a segurança do trabalhador.

Isso porque o referido "boné modelo árabe, na cor amarela com a aba na cor preta" se reveste de verdadeiro item que sinaliza a condição de apenado perante a sociedade, passível de identificação imediata, expondo-o à situação humilhante, que não pode ser o objetivo pretendido pelo Estado.

Mudando o que deve ser mudado, vale destacar o voto do eminente Desembargador Alexandre d'Ivanenko, ao decidir sobre a utilização do uniforme pelo apenados ou beneficiados com a transação penal no Programa Viva Legal, da comarca de Tangará:

> [...]
>
> CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. MANIFESTA OFENSA A DIREITOS LÍQUIDOS E CERTOS, COM REFLEXOS NO DIREITO DE IR E VIR. AGRAVANTE DESOBRIGADA AO USO DE ELEMENTO IDENTIFICADOR DURANTE O CUMPRIMENTO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS.
>
> [...] verifico que consta das fls. 82-86 portaria do Juízo de Direito da comarca de Tangará, obrigando os apenados ou beneficiados com a transação penal a vestir jaleco identificador, na cor laranja, com a inscrição "PROGRAMA VIVA LEGAL – Comarca de Tangará".
>
> Essa exigência, todavia, mostra-se incompatível com o estágio atual de evolução do direito penal ao retroceder ao tempo em que as residências tinham suas portas sinalizadas e os condenados eram marcados com letras identificadoras.
>
> Embora os condenados devam ser impelidos ao cumprimento das penas que porventura lhes sejam impostas, isso não autoriza o Estado a expô-los à curiosidade e ao escárnio públicos, obrigando-os a usarem jalecos identificadores, como se estivéssemos ainda na idade média.
>
> Ora, a Constituição da República, no inc. II do seu art. 5º, garante que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer

> alguma coisa senão em virtude de lei" e, neste caso, não há lei no ordenamento jurídico pátrio que institua o uso obrigatório de elemento identificador durante o cumprimento de penas restritivas de direitos como a de prestação de serviços à comunidade, a qual a ora agravante foi condenada.
>
> Só por afronta a esta garantia constitucional de natureza fundamental a obrigatoriedade do uso de jaleco identificador instituída pelo Juízo de Direito da comarca de Tangará já seria totalmente descabida e ilegal.
>
> Não bastasse isso, a Carta Magna ainda prevê expressamente como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, no inc. III do seu art. 1º, "a dignidade da pessoa humana" e identificar condenados, seja com jalecos de cor laranja seja com letras escarlates, expondo-os à humilhação pública, retira-lhes a dignidade constitucionalmente garantida.
>
> Ante a manifesta ilegalidade da exigência feita no primeiro grau, relativa ao uso de jaleco identificador, de forma a atingir direitos líquidos e certos da agravante, direitos estes que têm, inclusive, natureza fundamental reflexos na sua liberdade de ir e vir, entendo que, muito embora o presente agravo não mereça conhecimento, deve-se conceder habeas corpus de ofício para desobrigar a agravante do uso do jaleco de cor laranja constante no item 3 da Portaria de fls. 82-86 (Recurso de Agravo n. 2011.057959-2, de Tangará, j. 1.11.2011).

Portanto, a exigência do item 3, alínea a, da Portaria judicial n. 01/2012, referente ao boné modelo árabe, deve ser suprimida, com efeito imediato.

Cumpre ressaltar, por fim, que não há ilegalidade na realização de audiência admonitória coletiva, alicerçado no princípio da economia processual, porque, em princípio, foram respeitadas as garantias processuais dos condenados e beneficiários da transação penal.

Logo, os atos judiciais praticados sob a égide da Portaria 01/2012 deverão ser preservados, com exceção do sinal identificador, exigência esta que deverá ser imediatamente suprimida, cujos efeitos serão estendidos

aos apenados e transacionados que estão cumprindo prestação de serviços à comunidade.

Conclusão

Diante de todo o exposto, voto pela concessão parcial da ordem para: a) determinar a inclusão expressa das entidades assistenciais e públicas que já estavam cadastradas no programa de prestação de serviços à comunidade anteriormente à expedição da Portaria judicial n. 01/2012; b) suprimir do item 3 da portaria a alínea "a" que exige a utilização de boné modelo árabe na cor amarela e aba na cor preta; c) determinar a readequação da portaria com as normas contidas no Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina, com a participação e fiscalização efetiva da assistência social, em relação à entrevista prévia e cumprimento da pena restritiva de direitos por parte dos apenados e beneficiários da transação penal da comarca de Videira e; d) preservar os atos judiciais praticados sob a égide da Portaria 01/2012, com exceção do sinal identificador, que deverá ser imediatamente suprimido.

É o voto.

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO

Exceção de Suspeição n. 2012.074447-7, de Bom Retiro

Relator: Des. Torres Marques

> EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. ALEGADA INIMIZADE CAPITAL ENTRE PESSOA JURÍDICA E MAGISTRADO. TESE DESCABIDA. HOSTILIDADE PRÓPRIA DA RELAÇÃO ENTRE PESSOAS NATURAIS. EXCEÇÃO REJEITADA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Exceção de Suspeição n. 2012.074447-7, da comarca de Bom Retiro (Vara Única), em que é excipiente Jair Philippi Madeiras Ltda., e excepto M. B. F.:

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, rejeitar a exceção de suspeição. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Des. Alexandre d'Ivanenko e Moacyr de Moraes Lima Filho. Funcionou pela Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 23 de outubro de 2012.

Torres Marques
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca de Bom Retiro (Vara Única), a empresa Jair Philippi Madeiras Ltda., por meio de seu procurador, ajuizou exceção de suspeição contra o Juiz de Direito M. B. F., nos autos da ação penal n. 009.11.000708-3, na qual aquela responde, juntamente com Jair Philippi Madeiras, pela prática, em tese, das condutas ilícitas previstas no art. 38-A e no art. 46, parágrafo único, c/c os arts. 2º, 3º, e 53, II, "c", todos da Lei n. 9.605/98.

A pessoa jurídica excipiente sustentou que o excepto não deveria ter recebido a denúncia, uma vez que é suspeito, porquanto é seu inimigo capital, nos termos do art. 254, I, do Código de Processo Penal.

Alegou que a inimizade entre as partes decorre do fato de o excepto ter implicado com o barulho produzido pela excipiente, que chegou a ameaçar o fechamento da empresa. Além disso, aduziu que o magistrado, após mudar de residência, impediu que os caminhões da excipiente e de outra empresa transitassem pela rua em frente à sua casa, pois faziam poeira (fls. 2/4).

A autoridade judicial, contudo, rejeitou a exceção de suspeição e determinou a remessa dos autos a este Tribunal de Justiça (fls. 66/73).

VOTO

Trata-se de exceção de suspeição oposta contra o magistrado que recebeu a denúncia ofertada contra a empresa excipiente e Jair Philippi Filho, pela suposta infração aos arts. 38-A e 46, parágrafo único, c/c os arts. 2º, 3º, e 53, II, "c", todos da Lei n. 9.605/98.

De início, convém registrar que a empresa excipiente, ao ajuizar a presente exceção de suspeição, alegou a incidência da regra prevista no art. 254, I, do Código de Processo Penal, em razão da inimizade capital entre esta e o excepto.

Todavia, a inimizade capital pressupõe elementos de hostilidade próprios da relação entre pessoas naturais, razão pela qual se apresenta descabida referida tese no caso em apreço, ou seja, entre pessoa física e pessoa jurídica.

Mutatis mutandis, colhe-se das lições de Pontes de Miranda, ao tratar da matéria na esfera cível, regida pelo art. 135, I, do Código de Processo Civil, que disciplina a mesma hipótese prevista no art. 254, I, do Código de Processo Penal:

> O artigo 135, inciso I, não cogita da amizade íntima do juiz com o advogado ou o procurador da parte; só se referiu à inimizade com a parte. Nem da amizade íntima com o órgão da entidade estatal, ou paraestatal, ou de pessoa jurídica de direito privado, se a parte é aquela entidade, ou essa (Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo II, 3 ed. Forense, p. 425).

Em caso semelhante, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. Alegação de imparcialidade na ação cominatória promovida por associação administradora de loteamento contra proprietários de um dos lotes. Atos processuais do magistrado decorrentes de regular exercício da função jurisdicional. Inadmissibilidade de relação de amizade entre pessoa física e pessoa jurídica. [...] Exceção rejeitada (Exceção de Suspeição n. 990.10.377461-2, de Ribeirão Preto, rel. Des. Luis Ganzerla, j. 8/11/2010).
>
> EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. INIMIZADE CAPITAL ENTRE PESSOA JURÍDICA E MAGISTRADO. DESCABIMENTO. O artigo 135, inciso I, do Código de Processo Civil não se revela apto a afastar magistrado do feito em que é parte pessoa jurídica, tendo por âmbito, apenas, os sentimentos de afetividade ou hostilidade manifestados entre pessoas físicas. Exceção rejeitada (Exceção de Suspeição n. 183.057-0/6-00, de Santa Rosa de Viterbo, rel. Des. Eduardo Pereira, j. 16/11/2009).

No mesmo sentido, extrai-se dos precedentes da Corte de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

> EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. INEXISTE HIPÓTESE CARACTERIZADORA DE SUSPEIÇÃO DO JUIZ. Descabida a alegação de inimizade entre a pessoa jurídica da excipiente e a pessoa física do magistrado excepto. Precedente da Corte. Não alegada eventual inimizade entre os representantes da pessoa jurídica e o excepto, não incide a hipótese prevista no art. 135, I, do CPC, adotada como fundamento para a exceção arguida. Hipótese que enseja a rejeição da exceção. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO REJEITADA. UNÂNIME (Exceção de Suspeição n. 70023074438, de Taquara, rela. Desa. Nara Leonor Castro Garcia, j. 3/7/2008).
>
> AGRAVO INTERNO. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO REJEITADA DE PLANO MEDIANTE DECISÃO MONOCRÁTICA. INEXISTE INIMIZADE ENTRE PESSOA FÍSICA E PESSOA JURÍDICA, SENÃO COM SEUS REPRESENTANTES, DIRETORES, OU SÓCIOS, DESDE QUE DEVIDAMENTE INDIVIDUALIZADOS [...] RECURSO INTERNO IMPROVIDO (Agravo Interno n. 70019265453, de Taquara, rel. Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos, j. 16/5/2007).

Nesses termos, considerando a impossibilidade de haver relação de amizade ou inimizade entre pessoa física e pessoa jurídica, tem-se que a pretensão da excipiente não merece prosperar.

Ante o exposto, rejeita-se a exceção de suspeição.

MANDADO DE SEGURANÇA

Mandado de Segurança n. 2012.035349-6, de Chapecó

Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho

MANDADO DE SEGURANÇA – IMPETRAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU AO GRUPO ESTADUAL DE COMBATE ÀS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS DE SANTA CATARINA (GAECO-SC) O ACESSO INTEGRAL ÀS PROVAS JÁ PRODUZIDAS EM INQUÉRITO POLICIAL QUE INVESTIGA SUPOSTO CRIME DE HOMICÍDIO – NEGATIVA DO MAGISTRADO *A QUO*, SOB O FUNDAMENTO DE QUE O GAECO NÃO ESTÁ LEGITIMADO PELO RESTRITO ROL PREVISTO NA LEI N. 9.296/96 E NA RESOLUÇÃO 59 DO CNJ, CONFIGURANDO-SE, PORTANTO, UM TERCEIRO – DECISÃO QUE VIOLA A FUNÇÃO PRÓPRIA E INERENTE AO *PARQUET*, NA QUAL SE COMPREENDEM SEUS ÓRGÃOS *INTERNA CORPORIS* E OS AUXILIARES POR INCORPORAÇÃO, AINDA QUE TEMPORÁRIOS – GRUPO ESPECIAL QUE INTEGRA O CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – INTELIGÊNCIA DO ART. 8º, II, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 197/00 E ATO N. 149/2011/PGJ – ATUAÇÃO DO GAECO QUE SE CARACTERIZA POR AÇÕES CONJUNTAS COM OUTROS ORGANISMOS, INCLUSIVE POLICIAIS, EM PARCERIA COM O PROMOTOR NATURAL DE CADA CASO, PRESTANDO APOIO AOS ÓRGÃOS DE EXECUÇÃO – LIMINAR CONFIRMADA – CONCESSÃO DO *WRIT*.

1 Os Grupos de Atuação Especial de Combate às Organizações Criminosas (GAECOs) foram criados pelo Ato n. 149/2011, com objetivo de uniformizar a nomenclatura das estruturas de investigação dos Ministérios Públicos do Brasil, diante de uma

definição prevista na 23ª reunião ordinária do Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas (GNCOC), que foi criado em 2002 pelo Conselho Nacional de Procuradores Gerais (CNPG).

2 O Ministério Público de Santa Catarina direcionou seu Órgão Auxiliar para promover atividades investigativas com a união de esforços, abstraindo-se divergências coorporativas, buscando ampliar os resultados das diligências preliminares na formação da prova com o fito de ter mais possibilidade de êxito nas ações penais futuras.

3 Nesse modelo, vislumbra-se a presença de Promotor de Justiça, Delegado de Polícia Civil, Oficial da Polícia Militar, Servidores do Ministério Público, Agentes da Polícia Civil e Praças da Polícia Militar que, em conjunto, otimizam os trabalhos de investigação, bem como tem maior facilidade de ampliar parcerias, sempre necessárias, para o bom resultado das diligências.

4 "A criação de grupo especializado por meio de Resolução do Procurador-Geral da Justiça, com competência e membros integrantes estabelecidos previamente ao fato criminoso, não ofende o art. 29, IX, da Lei n. 8.625/96, nem o princípio do Promotor Natural" (STJ, rel. Min. Arnaldo José da Fonseca).

5 Assim, tolher do GAECO, que integra um Órgão Auxiliar do Ministério Público, aprioristicamente, a possibilidade de dar maior operacionalidade para a execução de atos investigatórios, é o mesmo que subtrair a atribuição de investigação do próprio Ministério Público, como órgão de Execução, conferida pela Constituição Federal – art. 129, I, CFRB e princípio dos poderes implícitos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2012.035349-6, da comarca de Chapecó (1ª Vara Criminal), em que é impetrante M. P. do E. de S. C., e impetrado J. de D. da 1. V. C. da C. de C.:

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conceder a ordem, confirmando a liminar.

O julgamento, realizado nesta data, 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. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 31 de julho de 2012.

Moacyr de Moraes Lima Filho
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado pelo Ministério Público de Santa Catarina contra ato dito manifestamente ilegal praticado pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Chapecó, objetivando seja cassada a decisão que indeferiu o acesso integral às provas já produzidas no Inquérito Policial que investiga a morte de M. C. – à época Vereador do município de Chapecó/SC – ao Grupo Estadual de Combate às Organizações Criminosas de Santa Catarina (GAECO-SC).

Em linhas gerais, o impetrante discorre que, uma vez que a polícia civil local estava em vias de concluir o referido inquérito com hipótese de auto-eliminação/suicídio e, portanto, fato atípico, o Ministério Público de

Santa Catarina instaurou Procedimento de Investigação Criminal – PIC, com delegação para instrução ao GAECO-Chapecó, que integra o órgão auxiliar do Centro de Apoio Operacional da instituição.

Nesse contexto, além da instauração do mencionado PIC, o Procurador-Geral do Ministério Público oficiou à Polícia Federal e ao Ministro da Justiça, requerendo auxílio na investigação, bem como a realização de nova perícia, o que foi por este determinado.

Com o objetivo de se proceder à investigação, o órgão Ministerial de execução, por intermédio do GAECO-SC, postulou ao Magistrado *a quo* "*o acesso aos autos da interceptação/quebra de sigilo ao GAECO-MPSC, bem como que a autoridade policial disponibilizasse os áudios totais das interceptações e o banco de dados total da quebra de sigilo (cadastros, ERBs, antenas, relação de telefones, ligações efetuadas e recebidas)*" (fl. 5).

No entanto, tal pedido foi indeferido pelo Juiz *a quo*, ao argumento de que "*se extrai da disciplina da matéria que somente o juiz de direito, os servidores por ele indicados, a autoridade policial responsável pela investigação e seus agentes, assim como o representante do Ministério Público oficiante no feito é que estão autorizados a ter acesso às informações obtidas por meio das medidas sigilosas adotadas (Lei n. 9.296-96, art. 6º)*" (fl. 5).

Assim, por entender que a prerrogativa de acesso às informações sigilosas estende-se para GAECO, que integra o seu órgão auxiliar, o Ministério Público postula a concessão definitiva do pedido para: a) garantir o acesso a todas as interceptações, relatórios e quebras de sigilo telefônico havidas nos presentes autos ao Ministério Público, por intermédio do GAECO-SC; b) garantir ao *Parquet* e por conseguinte à Polícia Federal o acesso às informações (com a determinação da quebra de sigilo telefônico, número de IMEI, para determinados terminais telefônicos das empresas Claro, Vivo, Tim, Oi Móvel e Oi Fixo elencadas às fls. 24/26 e 27/28 – período de 1º/10/2011 a 28/11/2011 – e, bem assim, a quebra de sigilo

telefônico das Estações Rádio Base – ERBs descritas às fls. 26/27 – período entre 7 horas e 14 horas do dia 28/11/2011), a serem fornecidas pelas operadoras diretamente ao Ministério Público.

Deferida a liminar (fls. 133/149) e prestadas as informações (fls.152/156), a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Raul Schaefer Filho, manifesta-se pela concessão do *writ* (fls. 159/165).

VOTO

Na hipótese, a decisão impugnada, sumariamente, negou ao Grupo Estadual de Combate às Organizações Criminosas de Santa Catarina (GAECO-SC), órgão que integra o Centro de Apoio Operacional do Ministério Público, e, consequentemente, à Polícia Federal o acesso às informações constantes do Inquérito Policial que investiga a morte de M. C.

Na ocasião, argumentou o MM. Juiz que "*não há como permitir que pessoas estranhas à tramitação regular do procedimento tenham acesso ao seu conteúdo, sobretudo quando sequer identificadas que são, a função que exercem e a quem estão vinculadas, como exige o art. 10, VII, da Resolução n. 59 do CNJ*" (fl. 311 dos autos originais). Afora isso, consignou que o art. 6º da Lei n. 9.296/96 assegura o acesso a tais informações tão somente ao Ministério Público oficiante no feito.

De plano, convém distinguir interceptação telefônica de quebra de sigilo de dados telefônicos. A primeira, em linhas gerais, pode ser deferida somente por Juiz Togado, com fins de apurar crimes punidos com reclusão e desde que haja indícios de autoria ou de participação, e objetiva captar o conteúdo de conversas ou mensagens realizadas ou enviadas, respectivamente, entre os terminais interceptados (arts. 1º e 2º da Lei n. 9.296/96). A segunda, por sua vez, cuida de solicitação direcionada à empresa de telefonia para que ela repasse os dados (dia, horário, local, duração) das ligações efetuadas e recebidas, sem o conteúdo da conversa.

De acordo com Fernando Capez, "*a lei em questão não se refere a dados armazenados nas empresas telefônicas, somente cuidando da autorização para captação de conversas telefônicas em andamento. Os registros de ligações já efetuadas são documentos como outros quaisquer, os quais não necessitam de procedimento especial para serem requisitados pelo juiz*". E arremata, sustentando entender ser possível a requisição direta desses documentos pelo Ministério Público, "*com base no poder requisitório assegurado pelo art. 129, VI, da CF, uma vez que se trata de meros documentos que registram fatos já ocorridos, informando apenas o tempo de duração da conversa e as linhas envolvidas*". (Curso de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 563/564)

Nesse sentido, pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça:

> A quebra do sigilo dos dados telefônicos contendo os dias, os horários, a duração e o números das linha chamadas e recebidas, não se submete à disciplina das interceptações telefônicas regidas pela Lei 9.296/96 (que regulamentou o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal) e ressalvadas constitucionalmente tão somente na investigação criminal ou instrução processual penal. (STJ, EDcl. no RMS 17732, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 23/8/2005)

Extrai-se do corpo do mencionado voto:

> Da mesma forma, não alcança êxito a alegação do recorrente relativa à suposta ilegalidade na quebra do sigilo telefônico, em mero processo administrativo, enquanto que a ressalva constitucional se dirige apenas à investigação criminal ou instrução processual penal.
>
> Afinal, a medida excepcional requerida pelo Ministério Público nos autos do processo administrativo não se confunde com a intercepção telefônica disciplinada pela Lei 9.296/96, (que regulamentou o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal), pois o que ocorreu na espécie trata-se de quebra do sigilo dos dados de contas telefônicas, contendo os dias, os horários, a duração e o números das linha chamadas e recebidas.
>
> Sobre o tema, o seguinte ensinamento doutrinário de Luiz Francisco Torquato Avolio e na sequência, julgado desta Corte:

> "Os dados referentes às ligações telefônicas de um indivíduo, contendo os dias, horários, duração e os números das linhas chamadas ou das estações que efetuaram as ligações recebidas, integram a tutela da sua intimidade, não se submetendo, portanto, à disciplina das interceptações telefônicas (que, como entendemos, dizem respeito à possibilidade de devassa no conteúdo de uma conversa que está se desenvolvendo). Contudo, várias leis permitem a quebra desse sigilo, como o Código de Processo Civil, em seu art. 399, o Código Tributário Nacional (art. 198), a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625, de 1993) e a Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar 75, de 1993)." (Provas Ilícitas Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas, 2ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo - 1999, pág. 228/229)

No mesmo norte, desta Corte:

> APELAÇÕES CRIMINAIS. PRELIMINARES. NULIDADE DO FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE ADVOGADO. RÉUS QUE FORAM CIENTIFICADOS DE SUAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. PREJUÍZO INEXISTENTE. RECEBIMENTO DA EXORDIAL ACUSATÓRIA QUE SUPRE, ADEMAIS, A SUPOSTA IRREGULARIDADE. NULIDADE DA QUEBRA DO SIGILO DOS DADOS TELEFÔNICOS. PROVA IMPRESCINDÍVEL A REGULAR APURAÇÃO DOS FATOS E QUE FOI DEFERIDA POR DECISÃO JUDICIAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. PROVA QUE NÃO SE CONFUNDE COM INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, NÃO SE SUBMETENDO, PORTANTO, ÀS DISPOSIÇÕES DA LEI N. 9.296/96 [...]. (Apelação Criminal n. 2009.055751-3, Alexandre d'Ivanenko, j. em 29/1/2010)

O caso concreto trata, em sua maior parte, de quebra de sigilo de dados telefônicos, embora sob o manto do segredo de justiça, sendo, portanto, inaplicável a isto a Lei n. 9.296/96.

Via de consequência, também são inaplicáveis – à quebra do sigilo telefônico – a Resolução 36 do Conselho Nacional do Ministério Público e a Resolução 59 do Conselho Nacional de Justiça, porquanto disciplinam os pedidos e os procedimentos de interceptação de comunicações telefônicas

e de sistemas de informática e telemática, a que se refere a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996.

Lado outro, no tocante aos elementos extraídos de possível interceptação telefônica executada, o órgão Ministerial, na segunda oportunidade que postulou a medida no Juízo *a quo*, além de sustentar possível ocorrência de fato punido com reclusão e havendo indícios de eventual participação, declinou os nomes dos agentes públicos que terão acesso a tais dados, além do Promotor natural da causa (dois Promotores de Justiça, um Delegado de Polícia, um Capitão da PM, um soldado da PM, um Sargento da PM e um Agente da Polícia Civil, cf. fl. 320 dos autos originais), descreveu a possível linha de investigação (probabilidade de ocorrência de crime de homicídio, ou extorsão ou induzimento/instigação ao suicídio), preenchendo, pois, os preceitos constantes da Lei n. 9.296/96.

De mais a mais, o art. 6º da Lei n. 9.296/96 assegura o acesso às informações ao Ministério Público, este que compreende seus órgãos de Administração Superior, de Administração, de Execução e Órgãos Auxiliares (art. 4º, I, II, III e IV, da LC n. 197/2000), incluindo-se o GAECO neste último, e não exclusivamente ao órgão de execução que oficia no caso concreto.

Na mesma toada, a Resolução n. 36/2009 do Conselho Nacional do Ministério Público, preceitua que "o pedido feito ao juízo competente da ação principal, por membro do Ministério Público em procedimento de investigação criminal ou na instrução do processo penal" conterá, além de outros requisitos, "os nomes dos membros do Ministério Público, também responsáveis pela investigação criminal, e dos servidores que terão acesso às informações" (art. 4º, V). Logo, não há que se falar em acesso exclusivo do Promotor atuante no feito.

Assim, no tocante à parte da questão que versa sobre interceptação telefônica, a rigor, os requisitos estão preenchidos.

Resolvido o impasse e fixadas as premissas necessárias, passa-se à análise do feito.

2 Inicialmente, no que tange à possibilidade de investigação pelo Ministério Público, traz-se percuciente e judiciosa argumentação explanada por este órgão acerca do tema, quando da apreciação da Apelação Criminal n. 2008.076526-5, deste Relator:

> [...] como se sabe, se o Ministério Público é o titular da ação penal, cabendo velar pela escorreita aplicação da lei penal, não há – a menos que o objetivo seja encontrar vis subterfúgios para a absolvição – motivos para negar ao próprio Ministério Público a iniciativa de investigações, o que lhe é muito natural.
>
> A bem da verdade, é preciso que se diga que textos isolados têm se esmerado por tentar emplacar tal entendimento na desesperada intenção de ver-se livre do órgão que, em muitos casos, é o único apto para investigações mais complexas.
>
> O Poder Judiciário Catarinense, exemplo de retidão e de seriedade, evidentemente não pode se curvar a tais entendimentos, sob pena de fazer levar à sociedade o descrédito e a injustiça. Nestas situações, fatalmente criminosos de maior periculosidade ficariam impunes, porque as investigações mais delicadas não se realizam sem a participação do Ministério Público.
>
> Lembre-se também que o poder de investigação é inerente ao poder de ação, já que primeiro diz apenas respeito na possibilidade de coletar provas prévias para o exercício do principal (direito de ação) perante o Estado Juiz.
>
> Aliás, seria ilógico e incoerente alguém ter o direito de processar mas não ter o direito de apurar se aquilo que está levando ao Poder Judiciário contenha o *fumus boni iuris* para objetivar o início do processo crime (seria o mesmo que um policial com a função de atirar; mas não ter a possibilidade de carregar sua própria arma). Nesta oportunidade (momento da propositura da ação), embora figure o princípio *in dubio pro societate*, a busca da verdade real não pode se restringir à fase judicial.
>
> O Ministério Público age na qualidade de parte no processo crime, representando o Estado para levar sua pretensão punitiva em juízo.

> Portanto, não pode ter o "princípio da inércia" durante a fase pré-processual, princípio este somente adstrito ao Poder Judiciário para preservar a imparcialidade para o julgamento do processo.
>
> Diga-se, ainda, que o inquérito policial é inclusive dispensável (art. 28 do CPP). Caso o Ministério Público tenha de outra maneira elementos para formar a *opinio delicti*, independentemente da existência de inquérito policial, poderá oferecer denúncia, dispensando procedimento investigatório policial.
>
> [...]
>
> O Ministério Público não deseja o monopólio das investigações. Pretende apenas exercer com mais eficiência (princípio constitucional estampado no artigo 37 da CF) e responsabilidade o seu direito de ação (complexidade das investigações, morosidade das investigações pela polícia, suspeita de corrupção de policiais, etc.). Em outras palavras, a intenção não é subtrair da Polícia a função de investigar, mas sim de somar forças, sobretudo nos casos de maior complexidade. (j. em 1º/7/2010)

Nesse sentido, o jurista Hugo Nigro Mazzili leciona:

> [...] É pacífico o entendimento, segundo o qual a atuação do Ministério Público, na fase do inquérito policial, tem justificativa na sua própria missão de titular da ação penal, sem que se configure usurpação da função policial ou venha ser impedimento a que ofereça denúncia.
>
> Não depende o Ministério Público do inquérito policial para poder agir. Como já o vimos em diversas passagens desta obra, o Ministério Público pode investigar fatos no interesse institucional, para embasar qualquer uma das ações públicas a seu cargo. (*Regime Jurídico do Ministério Público*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, p. 659)

A propósito, Pedro Lenza pontifica:

> [...] segundo a teoria dos poderes implícitos, quando o texto constitucional outorga competência explícita a determinado órgão estatal, implicitamente, pode-se interpretar, dentro de um contexto de razoabilidade e proporcionalidade, que a esse mesmo órgão tenham sido dados os meios necessários para a efetiva e completa

> realização dos fins atribuídos. (*Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 612)

O Supremo Tribunal Federal não destoa:

> [...] é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade-fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao *parquet* em foro de privatividade, não haveria como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia. Assim, reconheço a possibilidade de, em algumas hipóteses, ser reconhecida a legitimidade da promoção de atos de investigação por parte do Ministério Público, mormente quando se verifique algum motivo que se revele autorizador de tal investigação. (RE 535.478, rela. Mina. Ellen Gracie, j. em 28/10/2008)

Do Superior Tribunal de Justiça:

> [...] Se a Constituição Federal, art. 129, I, diz competir, privativamente, ao Ministério Público promover a ação penal pública, não haveria de se considerá-lo impedido de, no uso de suas faculdades legais, acompanhar os atos de investigação ou até mesmo de levá-los a efeito visando à futura acusação. Por outro lado, é cediço que o inquérito não é imprescindível para o oferecimento da denúncia, se o órgão ministerial dispuser de outras informações, representações ou qualquer outro elemento probatório que evidenciem a prática do ilícito penal para promover a ação penal. (RHC 17026/MG, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, j. em 13/9/2005)

Na mesma senda, deste Tribunal:

> ADUZIDA NULIDADE DO FEITO FRENTE À PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO – NÃO OCORRÊNCIA – FUNÇÃO PREVISTA DENTRE AS ATRIBUIÇÕES DA INSTITUIÇÃO NO ART. 129 DA CF/88 – EXEGESE DA SÚMULA 234 DO STJ. (Inquérito n. 2002.017521-3, de Taió, rel. Des. Torres Marques, j. em 11/9/2007)

3 Dito isso, convém demonstrar a legitimidade do Grupo de Atuação Especial de Combate às Organizações Criminosas – GAECO para investigação e acesso a informações sigilosas e suas atribuições.

Em Santa Catarina os Grupos de Atuação Especial de Combate às Organizações Criminosas (GAECOs) foram criados pelo Ato n. 149/2011, com objetivo de uniformizar a nomenclatura das estruturas de investigação dos Ministérios Públicos do Brasil, diante de uma definição prevista na 23ª reunião ordinária do Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas (GNCOC), que foi criado em 2002 pelo Conselho Nacional de Procuradores Gerais (CNPG), em homenagem ao Promotor de Justiça de Minas Gerais José Lins do Rêgo Santos, morto em uma ação armada de uma organização criminosa que atuava no ramo de adulteração de combustíveis.

Antes da renomeação, o Ministério Público de Santa Catarina usou as seguintes nomenclaturas para seu órgão Auxiliar: Coordenadoria de Investigações Criminais (criada em fevereiro de 1996 pela Resolução n. 001/96), Centro de Apoio a Investigações Especiais (criado em julho de 1999 pelo Ato n. 0068/MP/99), Centro de Apoio Operacional a Investigações Especiais (criado em maio de 2003 pelo Ato n. 048/2003/PGJ), Coordenadoria de Investigações Especiais, órgão do Centro de Apoio Operacional de Informações e Pesquisas (criada em outubro de 2008 pelo Ato n. 415/2008/PGJ) e Subcoordenadoria Regional de Investigação Especial (regionalização da Coordenadoria, criadas em dezembro de 2008 pelo Ato n. 449/2008/PGJ).

Como dito, em Santa Catarina fez-se a opção de que os setores de investigação, independentemente da nomenclatura, fossem órgãos Auxiliares do Ministério Público, isto é, prestassem apoio aos órgãos de execução para viabilizar a deflagração de ação penal embasada em provas concretas da prática de ilícitos penais, não tendo recebido poderes de execução.

Com o objetivo de fiel cumprir com esse desiderato, o Ministério Público instituiu parceria com a Secretaria de Estado da Segurança Pública

e Defesa do Cidadão e com suas Instituições, Polícias Civil e Militar, para a criação de Forças Tarefas visando a combater a macrocriminalidade e o crime organizado. Nessas estruturas, os policiais civis e militares somam-se aos integrantes do Ministério Público para otimizar investigações. Hoje, encontra-se em vigor o Termo de Cooperação Técnica n. 041/2010, firmado com a Secretária de Estado da Segurança Pública e Defesa do Cidadão, com a interveniência da Polícia Civil e o Convênio n. 72/2009 firmado com a Secretaria de Estado da Segurança Pública e Defesa do Cidadão, com a interveniência da Polícia Militar.

Com efeito, a Força-Tarefa é mecanismo válido e eficaz de investigação destinada a integrar diferentes Instituições para o enfrentamento da criminalidade especializada, de lesividade e lucratividade expressivas, clientela que ordinariamente se camufla sob o manto da insuspeição e que opera de modo a manter intocável o verdadeiro criminoso e sua atividade.

No entendimento de José Vicente da Silva Filho: "*O conceito de força-tarefa é de especial importância em áreas e circunstâncias que demandem a atuação de variadas agências públicas para coordenação de recursos e de informações, desenvolvimento de planos com maior poder de sinergia e ações com maiores chances de eficiência e eficácia. Nas questões de segurança pública essa estrutura matricial é particularmente indicada quando houver intensa e articulada movimentação do crime organizado, ações criminosas armadas em grande escala ou articulação criminosa contra o sistema financeiro ou político"* (SILVA FILHO, José Vicente da. *Segurança pública: a violência no Brasil requer ações concretas.* Disponível em http://www.braudel.org.br/publicacoes/bp/bp34_pt.pdf. Acesso em: 19 set. 2007).

Percebe-se, então, que o Ministério Público de Santa Catarina direcionou seu Órgão Auxiliar para promover atividades investigativas com a união de esforços, abstraindo-se divergências coorporativas, buscando

ampliar os resultados das diligências preliminares na formação da prova com o fito de ter mais possibilidade de êxito nas ações penais futuras.

Nesse modelo, vislumbra-se a presença de Promotor de Justiça, Delegado de Polícia Civil, Oficial da Polícia Militar, Servidores do Ministério Público, Agentes da Polícia Civil e Praças da Polícia Militar que, em conjunto, otimizam os trabalhos de investigação, bem como tem maior facilidade de ampliar parcerias, sempre necessárias, para o bom resultado das diligências.

Verifica-se, ainda, que o GAECO, pela presença da Autoridade Policial, pode tanto dar suporte ao Promotor de Justiça que instaura uma investigação própria ou para complementar aquela existente na Comarca de origem, como pode se servir do Inquérito Policial para apurar os fatos de relevância definidos nos instrumentos de parceria firmados.

O sucesso desse modelo, no sentir das Instituições, fez com que o Ministério Público regionalizasse a então Coordenadoria de Investigações Especiais, por intermédio do ato n. 449/2008, criando as Regionais de Joinville, Criciúma e Chapecó, sendo que as Instituições parceiras, percebendo os bons frutos da conjugação de esforços, cederam integrantes de suas corporações para integrar estes novos núcleos.

Posteriormente, avaliando o bom resultado e buscando uma atuação mais próxima das realidades regionais, o Ministério Público acabou por criar, já com a renomeação, os GAECOs de Lages e Itajaí. Hoje, então, a Força-Tarefa instituída, conta com 6 (seis) estruturas regionais (Gaecos da Capital, de Joinville, Chapecó, Criciúma, Lages e Itajaí), todos instalados, estruturados e compostos pelos integrantes de todas Instituições.

A título de argumentação, registra-se que o referido órgão é coordenado por Promotor de Justiça, nomeado pelo Procurador-Geral de Justiça, e será integrado por Órgãos parceiros (art. 5º ato 149/2011), e compete ao Coordenador Geral do GAECO, dentre outras atribuições:

> I - propiciar aos órgãos de execução do Ministério Público o apoio operacional necessário ao cumprimento de suas atribuições investigatórias (cíveis ou criminais);
>
> II - compor, quando solicitadas pelos Órgãos de Execução do Ministério Público, equipes de trabalho específicas, formadas por policiais ou outros agentes públicos especializados, voltadas à realização de atividades investigativas da esfera de atribuições da Instituição;
>
> III - dar encaminhamento às interceptações telefônicas judicialmente determinadas e propiciar, nesses casos, o apoio material e humano necessário, bem como realizar o acompanhamento da medida cautelar, com apresentação de relatório circunstanciado;
>
> IV - estimular o desencadeamento da ação policial perante delitos de maior complexidade ou sofisticação, no seu processo de execução, colaborando com os órgãos de segurança na montagem das estratégias de investigação e, juntamente com os respectivos órgãos de execução do Ministério Público, na seleção das provas indispensáveis à deflagração dos procedimentos judiciais ou extrajudiciais adequados à espécie;
>
> V - colaborar, quando solicitado, nas investigações afetas aos organismos policiais civis e militares, ou da polícia administrativa, desde que tais procedimentos encerrem relevância social ou se imponham como condição de procedibilidade de ações estratégicas ou prioritárias a cargo do Ministério Público;
>
> VI - atuar em juízo, por intermédio do seu Coordenador ou dos Promotores de Justiça nomeados para auxiliá-lo, quando solicitado, mediante designação específica do Procurador-Geral de Justiça, em auxílio aos membros do Ministério Público com atribuição natural [...] (art. 7º do Ato n. 149/2011)

Por sua vez, o Grupo Estadual de Combate às Organizações Criminosas – GECOC, "*tem por finalidade ser um Grupo Operacional, formado pela reunião dos integrantes dos GAECOs, destinado a auxiliar os órgãos de execução do Ministério Público de primeiro ou segundo graus (inclusive os de competência originária) no combate à criminalidade organizada no âmbito do Estado de Santa Catarina, pela realização de investigações criminais em conjunto com as polícias judiciária e militar ou*

por meio de procedimento próprio, com a colaboração dos Centros de Apoio Operacional" (art. 9º do Ato n. 149/2011 da PGJ).

Nada obstante, "*para a consecução dos seus fins, cabe ao GECOC-SC atuar, mediante provocação ou anuência expressa do Promotor Natural, sempre que a investigação versar sobre organizações criminosas ou tiver uma abrangência estadual ou nacional*" (art. 10, *caput*, do Ato n. 149/2011), "*no desenvolvimento dos atos de investigação, o GECOC-SC deverá buscar a atuação integrada com o membro do Ministério Público que, em tese, tenha atribuição para atuar no feito judicial futuro*" (art. 11, *caput*, do Ato n. 149/2011) e "*a atuação investigatória do GECOC-SC, em apoio ao órgão de execução do Ministério Público, dar-se-á pelo acompanhamento direto de inquérito policial ou por intermédio da instauração de procedimento de investigação criminal (PIC) próprio, observadas, nesse caso, as regras previstas na Resolução n. 13 do Conselho Nacional do Ministério Público*" (art. 12, *caput*, do Ato n. 149/2011).

Os instrumentos de atuação postos à disposição do GECOC estão discriminados no art. 10 do Ato n. 149/2011 da PGJ, e dentre eles encontram-se as prerrogativas de:

> I - instaurar procedimento de investigação criminal (PIC) para apuração de fatos relacionados;
>
> II - acompanhar a tramitação de inquérito policial, em auxílio à polícia judiciária, requisitando as diligências necessárias;
>
> III - estabelecer contatos externos com autoridades e órgãos envolvidos com a repressão às organizações criminosas;
>
> IV - receber RELINT oriundo de agências externas ou órgãos de inteligência ou contrainteligência internos, reportando conhecimentos sobre o crime organizado, compartilhando-as, observada a necessidade de saber, com os demais membros do Ministério Público;
>
> [...]

> VI - receber dos órgãos de execução do Ministério Público documentos ou peças, bem como solicitação de apoio para os atos de investigação criminal.

Pois bem.

Na hipótese dos autos, a intervenção do GAECO e o acesso irrestrito à investigação legitima-se: a) por se tratar de órgão integrante do Centro de Apoio Operacional, que é Órgão Auxiliar do Ministério Público; b) por se tratar de crime em tese praticado por organização criminosa, caso com abrangência Estadual, envolvendo autoridade legislativa municipal; c) pelo fato de estar em atuação conjunta, harmônica e integrada ao Promotor natural da causa, inexistindo, pois, afronta ao princípio do Promotor Natural; e d) porque encontra amparo na legislação vigente.

Assim, tolher do GAECO, que integra órgão auxiliar do Ministério Público, aprioristicamente, a possibilidade de dar maior operacionalidade para a execução de atos investigatórios, é o mesmo que subtrair a atribuição de investigação do próprio Ministério Público, como órgão de Execução, conferida pela Constituição Federal – art. 129, I, CFRB e princípio dos poderes implícitos.

Como bem destacou o d. Parecista, a decisão atacada "*arrimou-se em premissa conduzida em equívoco, haja vista que distinguiu os auxiliares (inclusive a Polícia) do Ministério Público como sendo terceiros, estranhos à investigação em procedimento, quando, em verdade, trata-se de um e mesmo grupo, voltado a idêntico propósito, e, claro, obrigados, seus integrantes, à manutenção do sigilo absoluto das informações colacionadas*" (fl. 164).

Em situação similar, envolvendo interceptação telefônica, que investigava possíveis crimes de concussão praticados por vereadores contra Prefeito Municipal e pretendendo-se apurar a autoria por meio de interceptação telefônica e de captação de sinais de áudio e vídeo, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a atribuição do GAECO para tal fim. A

propósito, consulte-se: *Habeas Corpus* 172.893/SP, rel. Min. Jorge Mussi, j. em 13/3/2012.

No mesmo sentido, pinça-se excerto do voto exarado no Recurso Especial n. 495.928/MG, relatado pelo Min. José Arnaldo da Fonseca:

> 31. Por outro lado, ao contrário do que afirma o recorrente, o Grupo Especial para o Combate aos Crimes Praticados por Agentes Públicos Municipais, criado no âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, teve suas atribuições previamente estabelecidas no art. 1º da Resolução nº 37/2000 do PGJ, que, podendo ser considerada lei em sentido amplo, presta-se a salvaguardar os princípios da generalidade, abstratividade e impessoalidade que deve pautar a atuação funcional dos membros integrantes do Grupo. Não se trata de um grupo criado para atuar em um caso específico, mas de um grupo criado *a priori*, com competência previamente especificada e membros integrantes previamente definidos.
>
> 32. É de se ressaltar que os Grupos Especializados são órgãos criados no âmbito interno do Ministério Público, dentro de sua competência administrativa, e visam principalmente a proporcionar agilidade e efetividade às funções institucionais do *Parquet*.
>
> 33. Discorrendo sobre as equipes especializadas, Vladimir Staziak, em referido artigo, diz o seguinte:
>
> [...]
>
> A proibição de Promotor *ad hoc*, então, deve ser observada diante da dupla garantia que se constitui o Promotor Natural [...]
>
> [...]
>
> *Diferente é a situação das equipes especializadas, pois nesta hipótese o que se busca é um melhor exercício da justiça*, com a atuação de Promotores que ingressaram regularmente na função, cujas atribuições são previstas em lei, aos quais se garante a inamovibilidade no exercício dessas atribuições.
>
> Assim, sendo estas equipes formadas com observância das exigências legais, inclusive constitucionais, para a atuação do Promotor de Justiça, serão elas consonantes com o Princípio do Promotor Natural .

> O que não se pode admitir é que os componentes destas equipes sirvam de instrumento para manipulações e mudanças, de acordo com a vontade do Procurador-Geral de Justiça, mas que contribuam elas para o *aperfeiçoamento da justiça.*
>
> [...]
>
> Execrado está, por conseguinte, do sistema jurídico pátrio, o Promotor *ad hoc*, entendido aqui, o que derive das nomeações do Juiz, nos termos do Código de Processo Penal, ou das nomeações do Procurador-Geral de Justiça, sendo, todavia, permitidas as equipes especializadas de Promotores, na medida em que os primeiros são atos lesivos ao Princípio do Promotor Natural, e os últimos não. (STJ, j. em 4/12/2003 – grifos no original)

Além disso, embora este Julgador entenda ser possível o oferecimento de denúncia tão somente pelo órgão de Execução do Ministério Público, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu competir ao GAECO o oferecimento da denúncia, inclusive, sem ferir o princípio do promotor natural:

> *HABEAS CORPUS*. PENAL. COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEL ADULTERADO. DENÚNCIA OFERECIDA POR GRUPO ESPECIALIZADO DE PROMOTORES DE JUSTIÇA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. DESCABIMENTO NA PRESENTE VIA. EXISTÊNCIA DE CRIME E INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO DOS PACIENTES. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.
>
> 1. A garantia constitucional acerca da isenção na escolha dos Promotores para aturarem na persecução penal visa assegurar o exercício pleno e independente das atribuições do Ministério Público, rechaçando a figura do acusador de exceção, escolhido ao arbítrio do Procurador Geral.
>
> 2. *"A criação de grupo especializado por meio de Resolução do Procurador-Geral da Justiça, com competência e membros integrantes estabelecidos previamente ao fato criminoso, não ofende o art. 29, IX da Lei 8.625/96, nem o princípio do Promotor Natural"* (REsp 495.928/MG, 5ª Turma, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ de 02/02/2004).

> 3. Na hipótese dos autos, oficiou no feito o Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado – GAECO (criado para atuar em todo o Estado do Mato Grosso do Sul em casos que envolvam organizações criminosas), tendo em vista a possibilidade de eventual envolvimento dos Pacientes na chamada "máfia dos combustíveis", por fatos ocorridos antes da criação do Grupo. Mesmo não tendo sido constatado o envolvimento dos investigados com a referida organização criminosa, não havia, como de fato não há, qualquer óbice ao oferecimento de denúncia com base nos elementos informativos levantados, que apontavam para a existência de outros crimes cometidos a partir da comercialização de combustível adulterado. Inexistência de ofensa ao princípio do Promotor natural.
>
> 4. Tendo em conta que a denúncia descreve, com todos os elementos indispensáveis, a existência de crime em tese, sustentando o eventual envolvimento dos Pacientes com indícios suficientes para a deflagração da persecução penal, não há como prosperar a pretensão de trancamento da ação penal em curso.
>
> 5. *Habeas corpus* denegado. (*Habeas Corpus* 28.700/MS, rela. Mina. Laurita Vaz, j. em 11/5/2004)

Na linha do citado julgado, se o Grupo Especial tem atribuição para oferecer a denúncia, quanto mais o terá para avaliar irrestritamente as provas nas quais embasa a acusação, sejam decorrentes de quebra do sigilo telefônico ou de interceptação regrada pela Lei n. 9.296/96.

Ademais, como bem se ressaltou na peça inicial, "*o Ministério Público de Santa Catarina possui, para efetivar as interceptações que requer através de seus membros, o Sistema Guardião, cuja manutenção é realizada através de contrato firmado com a empresa Dígitro. Tais contratações (de compra e manutenção) seriam ilegais caso não fosse possível que o GAECO realizasse interceptações*" (fl. 12).

À luz do exposto, confirma-se a liminar e concede-se o *writ* para:

1 garantir ao Ministério Público, por intermédio de seu órgão auxiliar GAECO/MPSC, conforme membros e agentes indicados (fl. 320), e via de consequência à Polícia Federal, por meio dos Delegados de

Polícia e seus agentes indicados (fl. 364), acesso a todas as interceptações, relatórios e quebras de sigilo telefônico havidas nos presentes autos, com o compromisso de observância do sigilo;

2 garantir ao Ministério Público e, por seu intermédio, à Policia Federal, o acesso das informações abaixo elencadas, a serem fornecidas pelas operadoras diretamente ao Ministério Público (informações já autorizadas à Polícia Civil):

2.1 decretar a quebra do sigilo telefônico, com o fornecimento da listagem de mensagens enviadas e recebidas e chamadas discadas e recebidas, incluindo as chamadas não atendidas, as chamadas geradas por números não identificáveis a pedido do usuário ou restritos, além de todas e quaisquer outras; o fornecimento dos cadastros dos telefones que realizaram contato, bem assim o fornecimento das ERB's, utilizadas pelos interlocutores; bem como o número do IMEI, de chamada discada ou recebida e a localização geográfica (azimute), referente aos telefones abaixo elencados, contendo as chamadas realizadas e recebidas, incluindo as chamadas não atendidas, as chamadas geradas por números não identificáveis a pedido do usuário ou restritos, além de todas e quaisquer outras que tenham referência aos números acima indicados; as mensagens enviadas e recebidas; os números dos IMEIs dos interlocutores das chamadas e os respectivos dados cadastrais dos titulares dos telefones; a identificação das ERBs dos interlocutores e a localização geográfica (azimute) destes, no período de 1º/10/2011 a 28/11/2011, prestando as informações em formato Excel, com encaminhamento dos dados para o endereço eletrônico gaecochapeco@ mp.sc.gov. br:

> Operadora CLARO: (49) 9967-0377, Marcelino Chiarello; (49) 8847-4629, Gilberto Benetti; (49) 8842-1368, Idarnir Paulo Zarnbon, (49) 8868-7046, Idarnir Paulo Zarnbon; (49) 8825-3217, Amanda Balerini; (49) 8840-3532, Valdomiro, vulgo Negão; (49) 8835-3364, Antonio Stobe; (49) 8852-9496, Jandir Rodrigues, vulgo Neguinho; (49) 8812-7368 Jandir Rodrigues, vulgo Neguinho.

> Operadora VIVO: (49) 9154-6862, Marcelino Chiarello; (49) 9176-6051, Amanda Balerini; (49) 9149-9441, Lindomar Castilho Bueno de Godoi, vulgo Fumaça; (49) 9146-3727, Jocemir Antonio Valcarenchi; (49) 9142-9370, Lindomar Castilho Bueno de Godoi, vulgo Fumaça.
>
> Operador TIM: (49) 9965-4068, Darci João Cenci ; (49) 9930-3378, Darci João Cenci; (49) 9976-5586, citado na representação como pessoa não identificada que ligou para Marcelino em 28/11/11; (49) 9917-0833, Antonio Stobe; (49) 9917-9753, Sebastião Reni Brizola Tatim, vulgo Cavalo.
>
> Operadora OI Móvel: (49) 8422-7472, Marcelino Chiarello; (49) 9154-6862, Marcelino Chiarello, (49) 8416-6066, Delmir Pelicioli; (49) 8405-3457, Salete Busnello da Silva; (49) 8401-1012, citado na representação como pessoa não identificada que ligou para Marcelino em 28/11/11; (49) 8418-9323, Delmir Pelicioli; (49) 8401-1004, citado na representação como pessoa não identificada que ligou para Marcelino em 28/11/11; (49) 8403-6784, Adão Valcir Teodoro, (49) 8426-0840, citação na representação como usuário desconhecido; (49) 8408-1157, Sebastião Reni Brizola Tatim, vulgo Cavalo; (49) 8425-3522, Sebastião Reni Brizola Tatim, vulgo Cavalo.
>
> Operadora OI fixo: (49) 3329-0529, Marcelino Chiarello; (49) 3361-1457, telefone do Gabinete de Marcelino na Câmara de Vereadores; (49) 3361-1458, telefone do Gabinete de Marcelino na Câmara de Vereadores; (49) 3329-3797, Darci João Cenci; (49) 3329-8849, Gilberto Beneti; (49) 3322-2668, Amanda Balerini; (49) 3328-5009, Delmir Pelicioli; (49) 3323-5887, Jocemir Antonio Valcarenchi; (49) 3323-8521, Jocemir Antonio Valcarenchi; (49) 3322-3635, Almir Chiesa.

2.2 decretar a quebra do sigilo telefônico das Estações Rádio Base – ERBs descritas na tabela abaixo, referentes aos locais em que M. C. esteve na manhã em que veio a óbito, no período compreendido entre 07:00h e 14:00 horas do dia 28 de novembro de 2011, devendo as operadoras informarem listagem de mensagens enviadas e recebidas e chamadas discadas e recebidas, incluindo as chamadas não atendidas, as chamadas geradas por números não identificáveis a pedido do usuário ou restritos,

além de todas e quaisquer outras; o fornecimento dos cadastros dos telefones que realizaram contato, bem como o número do IMEI, de chamada discada ou recebida e a localização geográfica (azimute), prestando as informações em formato Excel, com encaminhamento dos dados para o endereço eletrônico gaecochapeco@mp.sc.gov.br:

> a) VIVO, latitude 27S052900, longitude 52W361500 e OI latidude 27S052900, longitude 52Wl01740, ambos no endereço Rua Rio de Janeiro esq. c/ Rua Israel, bairro Presidente Médice, Chapecó;
>
> b) CLARO, latitude 27S052500, longitude 52W364500, Rua Minas Gerais esq. c/ Rua São Pedro, Presidente Médice, Chapecó;
>
> c) VIVO, latitude 27860400, longitude 52W365600 e OI, latitude 278023700, longitude 52W375380, ambos na Av. Getúlio Vargas esq. c/ Rua Mal. Deodoro da Fonseca, centro, Chapecó;
>
> d) CLARO, latitude 27860600, longitude 52W365700 e TIM, latitude 278060440, longitude 52W365740, na Rua Marechal Borman, 72-E, centro, Chapecó;
>
> e) OI, latitude 278042380, longitude 52W373500, Rua Uruguai esq. c/ Rua Porto Alegre, centro, Chapecó;
>
> f) VIVO, latitude 278064100, longitude 52W367800, e OI, latitude 278064860, longitude 52W364610, Rua das Camélias, 93, centro, Chapecó;
>
> g) TIM, latitude 278023570, longitude 52W380340, Av. Getúlio Vargas esq. c/ Rua Itapetininga, centro, Chapecó; CLARO, latitude 278061200, longitude 52W355800, Rua Israel esq. c/ Clevelância, bairro Maria Goretto, Chapecó.

3 determinar a quebra de sigilo, a fim de que seja fornecida ao Ministério Público, e consequente acesso, por seu meio, à Polícia Federal:

3.1 a quebra do sigilo telefônico, com o fornecimento da listagem de mensagens enviadas e recebidas e chamadas discadas e recebidas, incluindo as chamadas não atendidas, as chamadas geradas por números não identificáveis a pedido do usuário ou restritos, além de todas e quaisquer outras necessárias ao deslinde da questão; o fornecimento dos

cadastros dos telefones que realizarem contato, bem como o fornecimento das ERB's, utilizadas pelos interlocutores; bem assim o número do IMEI, de chamada discada ou recebida e a localização geográfica (azimute), referente aos telefones abaixo eIencados, contendo as chamadas realizadas e recebidas, incluindo as chamadas não atendidas, as chamadas geradas por números não identificáveis a pedido do usuário ou restritos, além de todas e quaisquer outras que tenham referência aos números acima indicados; as mensagens enviadas e recebidas; os números dos lMEIs dos interlocutores das chamadas e os respectivos dados cadastrais dos titulares dos telefones; a identificação das ERBs dos interlocutores e a localização geográfica (azimute) destes, no período de 1º/10/2011 a 28/11/2011, prestando as informações em formato Excel, com encaminhamento dos dados para o endereço eletrônico gaecochapeco@mp.sc.gov.br:

> a) CLARO: (49) 8881-9192, Magno Almir Chiesa; (49) 8876-2239, Magno Almir Chiesa;
>
> b) TIM: (49) 9946-9626, Viviane Ferreira (companheira de Magno Almir Chiesa);
>
> c) OI móvel (49) 8404-2146, Almir Chiesa;
>
> d) OI Fixo: (49) 3329-9815, telefone público situado na rua Olívio Lago, entre as Ruas Giacondo Trentin e Ângelo Fiorentin, bairro Quedas do Palmitas, Chapecó/SC; (49) 3323-3451, telefone público situado na rua Olívio Lago, entre as Ruas Giacondo Trentin e Ângelo Fiorentin, bairro Quedas do Palmitas, Chapecó/SC.

Este é o voto.

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.068656-0, de Blumenau

Relator: Des. Substituto José Everaldo Silva

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRELIMINAR. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO FLAGRANTE ANTE A AUSÊNCIA DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO NO MOMENTO DA INVASÃO DOMICILIAR. CRIME DE NATUREZA PERMANENTE. DISPENSÁVEL ORDEM JUDICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA ANTE O INDEFERIMENTO DE INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHA ARROLADA NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INOCORRÊNCIA. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA PELO JUÍZO *A QUO*. AUSÊNCIA DE QUALQUER PREJUÍZO AO ACUSADO.

PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA POR FALTA DE PROVAS. CONJUNTO PROBATÓRIO CONVINCENTE A INDICAR QUE O RÉU COMERCIALIZAVA ENTORPECENTES, SENDO PRESO EM FLAGRANTE NO MOMENTO EM QUE GUARDAVA EM SUA RESIDÊNCIA EXPRESSIVA QUANTIDADE DE CRACK. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS QUE PROCEDERAM À DILIGÊNCIA, ALIADOS AS DIVERSAS DENÚNCIAS DE QUE O ACUSADO PRATICAVA O VIL COMÉRCIO.

DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. CONDIÇÃO DE USUÁRIO QUE NÃO DESCONFIGURA A DE TRAFICANTE.

REDUÇÃO DA REPRIMENDA IMPOSTA. POSSIBILIDADE, EM PARTE. PENA-BASE MAJORADA DE FORMA EQUIVOCADA. AFASTAMENTO DA CULPABILIDADE EM GRAU ELEVADO E CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICAM O AUMENTO DA PENA-BASE. MANUTENÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA NEGATIVA PREVISTA NO ARTIGO 42 DA LEI DE DROGAS. ADEQUAÇÃO DA PENA.

ARGUIÇÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PERDA DO OBJETO COM O JULGAMENTO DO PRESENTE APELO. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE, POR UNANIMIDADE E PROVIDO PARCIALMENTE, POR MAIORIA DE VOTOS, PARA ADEQUAÇÃO DA PENA.

APLICAÇÃO, DE OFÍCIO, VENCIDO O RELATOR, DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/2006. FIXAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/5 (UM QUINTO).

REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA INICIALMENTE FECHADO. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO, A TEOR DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E DA QUANTIDADE DE PENA FIXADA. ALTERAÇÃO, DE OFÍCIO, PARA O SEMIABERTO, POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.068656-0, da comarca de Blumenau (3ª Vara Criminal), em que é apelante Fernando Rafael Silva dos Santos, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, afastar as preliminares e conhecer em parte do recurso; por maioria, dar-lhe parcial provimento para adequar a pena, vencido em parte o Des. Roberto Lucas Pacheco, que mantinha o acréscimo na pena-base, por força do descumprimento do art. 89, da Lei 9.099/95; de ofício, também por maioria, vencido o relator, aplicou-se o redutor do § 4º do Art. 33 da Lei 11.343/2006, na fração de 1/5, fixando-se a pena em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 466 (quatrocentos e sessenta e seis) dias-multa, e alterou-se o regime de incial cumprimento da pena para o semiaberto. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Jorge Schaefer Martins, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Desembargador Roberto Lucas Pacheco.

Funcionou como membro do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Procurador de Justiça Robison Westphal.

O conteúdo do presente acórdão, nos termos do § 2º do artigo 201 do Código de Processo Penal, deverá ser comunicado pelo juízo de origem.

Florianópolis, 14 de novembro de 2012.

José Everaldo Silva
RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca de Blumenau, a representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Fernando Rafael Silva dos Santos, dando-o como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, conforme descreve a exordial acusatória de fls. II/IV:

Segundo consta dos autos, policiais civis desta comarca, já haviam recebido informações anteriores de que o denunciado estava praticando o tráfico de drogas nas imediações do Motel Matinhos, no Bairro Testo Salto, nesta cidade.

Por esse motivo, na manhã do dia 18 de fevereiro de 2012 se deslocaram até a residência do denunciado, edificada na Rua Minna Heulerp n. 125, Bairro Testo Salto, nesta cidade, onde constataram a movimentação de pessoas no local, que para lá se dirigiram para comprar entorpecente.

Em razão desse fato, os agentes ingressaram no interior da referida residência, onde apreenderam 180 (cento e oitenta) pedras de droga vulgarmente conhecida por *crack*, embaladas individualmente para fins de venda a terceiros, totalizando aproximadamente 20,51g (vinte gramas e cinquenta e um centigramas) da droga, além de um fragmento grande deste mesmo entorpecente, pesando aproximadamente 28,41g (vinte e oito gramas e quarenta e um centigramas), e, ainda, 2,95g (dois gramas e noventa e cinco centigramas) de farelos da mesma substância, decorrentes da fragmentação das referidas pedras, somando, assim, 51,87g (cinquenta e um gramas e oitenta e sete centigramas) desta droga que estava em depósito no interior da habitação, mais precisamente guardada num armário da cozinha.

Portanto, pela grande quantidade de drogas que o denunciado guardava e tinha em depósito no interior da residência, a forma e a maneira como estavam acondicionadas, as denúncias anteriormente recebidas acerca da traficância praticada no local, aliado ao fato de que o denunciado, quando preso em flagrante delito, ter admitido informalmente aos policiais, que praticava o tráfico de drogas, conclui-se que o entorpecentes apreendida era destinado ao comércio ilegal de drogas que estava sendo perpetrado pelo denunciado.

Registra-se que o crack contém na sua composição a substância química cocaína, que pode causar dependência física e/ou psíquica e seu uso é proibido em todo o Território Nacional, de acordo com Portaria n. 344, de 12/5/98, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

Regularmente processado o feito, a Magistrada julgou procedente a denúncia condenando o réu ao cumprimento da pena de 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, bem como ao pagamento de 830 (oitocentos e trinta) dias-multa, no valor unitário de 1/20 (um vigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (fls. 101/107).

Inconformado, o réu apelou, objetivando, em preliminar, a nulidade do processo, em razão da invasão domiciliar sem mandado de busca e apreensão e pela ocorrência de cerceamento de defesa, pois o Juízo *a quo* indeferiu requerimento de oitiva de testemunha em juízo. No mérito, busca a absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, pede a desclassificação para o disposto no art. 28 da Lei de Drogas. Requer ainda, a diminuição da pena para o mínimo legal. Por fim, clama pelo direito de recorrer em liberdade (fls. 111/119).

Contra-arrazoado, os autos ascenderam a esta superior instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther, pelo parcial provimento do recurso para, tão somente, reformar a dosimetria da pena (fls. 135/139).

Este é o relatório.

VOTO

Preliminarmente, não merece acolhimento a insurgência da defesa pela nulidade do processo ante a ilicitude da prova, sob o argumento de que a busca domiciliar na residência do acusado foi desprovida de mandado judicial, caracterizando assim uma afronta ao disposto no art. 5º, inciso XV, da Carta Magna.

Com efeito, colhe-se dos autos que o flagrante decorreu de informações obtidas de que o apelante estava envolvido com o tráfico de drogas. Em vista disso, policiais se dirigiram a residência do acusado,

onde puderam constatar a intensa movimentação de pessoas no local. Após, procederam uma busca no interior da casa e apreenderam expressiva quantidade de crack.

Não há falar, portanto, em nulidade processual, posto que, sendo o crime de tráfico ilícito de entorpecentes de natureza permanente, *"entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência"* (art. 303 do Código de Processo Penal), motivo pelo qual é dispensável ordem judicial para ingresso no domicílio.

Acerca do assunto, leciona Guilherme de Souza Nucci:

> Desnecessidade de mandado em caso de flagrante: é indiscutível que a ocorrência de um delito no interior do domicílio autoriza a sua invasão, a qualquer hora do dia ou da noite, mesmo sem o mandado, o que, aliás, não teria mesmo sentido exigir fosse expedido. Assim, a polícia pode ingressar em casa alheia para intervir num flagrante delito, prendendo o agente e buscando salvar, quando for o caso, a vítima. Em caso de crimes permanentes (aqueles cuja consumação se prolonga no tempo), como é o caso de tráfico de entorpecentes, na modalidade "ter em depósito" ou "trazer consigo", pode o policial penetrar no domicílio efetuando a prisão cabível (*Código de Processo Penal Comentado*, 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 560)

Nesse sentido, colhe-se da Jurisprudência:

> APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU PRESO). TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.
>
> PRELIMINAR.
>
> NULIDADE DO PROCESSO POR INVASÃO DE DOMICÍLIO E, CONSEQUENTEMENTE, AUSÊNCIA DE PROVAS LÍCITAS. PREFACIAL AFASTADA. BUSCA E APREENSÃO DA DROGA DEVIDO A SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. PRESCINDIBILIDADE DE AUTORIZAÇÃO POR SE TRATAR DE CRIME PERMANENTE. PREFACIAL AFASTADA. (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.081355-9, de Içara, rela. Desa. Marli Mosimann Vargas, j. em 2.10.2012)

Igualmente, não assiste razão à defesa, quando postula pela nulidade do processo sob o argumento de cerceamento de defesa ante o indeferimento, pelo Magistrado de primeiro grau, do requerimento de oitiva de testemunha em juízo.

É cediço que o Juiz deve zelar pelo devido processo legal, garantindo às partes o exercício postulatório capaz de corroborar suas teses, deferindo aquilo que achar necessário para o deslinde da questão, porém, sob pena de ofensa à determinação constitucional, é inviável a ausência de fundamentação da decisão que indefere pleito das partes na relação processual.

Compulsando-se aos autos, percebe-se que a Magistrada justificou devidamente seu indeferimento, primeiramente por tratar-se de informante, haja vista ser a testemunha defensiva esposa do acusado, segundo, pelo fato, de ter sido formulado o requerimento de oitiva da testemunha na audiência de instrução de julgamento, quando o momento oportuno para arrolar a testemunha seria o da defesa prévia (fl. 59).

Entendeu ainda, "*que a denúncia não está fundamentada apenas nas denúncias anônimas, donde se extrai a pouca relevância que a inquirição poderia representar*" (fl. 59)

Ressalta-se novamente, que a iniciativa de determinar a oitiva de testemunhas, que não tenham sido arroladas pelas partes em ocasião oportuna, é faculdade do Magistrado, ficando a seu critério a prescindibilidade da produção de referida prova nos autos.

Esta Corte já decidiu:

> APELAÇÃO CRIMINAL. PRELIMINAR. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA ANTE O INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHA NÃO ARROLADA NO MOMENTO OPORTUNO. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DA INQUIRIÇÃO QUE FICA A CRITÉRIO

DO MAGISTRADO. ADEMAIS, PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO.

"O princípio da livre apreciação da prova outorga ao magistrado o exame da conveniência e necessidade da realização das diligências que são requeridas pelas partes, não constituindo eventual indeferimento cerceamento de defesa" (Apelação Criminal n. 2002.022173-8, de Blumenau, rel. Des. Irineu João da Silva). (Apelação Criminal n. 2009.050164-0, de Joinville, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. em 27.10.2009)

Não obstante, em alegações finais (fls. 86/98), a defesa não conseguiu comprovar prejuízo à parte, e conforme preceitua o art. 563 do Código de Processo Penal, "*nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa*".

Afastadas as prefaciais ventiladas, passa-se à análise do mérito.

No tocante ao pleito absolutório, ante a ausência de provas cabais, ao contrário do pretendido pela defesa, emergem dos autos elementos suficientes para embasar a condenação.

A materialidade do delito em questão encontra-se respaldada no Termo de Apreensão de fl. 12-A, Laudo de Constatação de fl. 13 e Laudo Pericial de fls. 41/43.

Saliente-se que, conforme consta no laudo, foi apreendido 1 (uma) embalagem plástica incolor contendo crack com massa bruta total de 2,9g (dois gramas e nove decigramas), diversos fragmentos de crack com massa líquida de 17,8g (dezessete gramas e oito decigramas) e 1 (uma) embalagem de plástico incolor acondicionando crack, pesando 27,9g (vinte e sete gramas e nove decigramas).

A autoria encontra-se inconteste, apesar de que, na fase policial, o acusado utilizou-se de seu direito constitucional de permanecer silente (fl. 5) e, em Juízo (CD Rom de fl. 63), afirmou que a droga apreendida destinava-se ao consumo próprio, declarando-se usuário de drogas. Afirmou

que adquiriu 50 (cinquenta) gramas de crack para consumo próprio. Que há cerca de dois anos encontra-se desempregado e somente sua esposa trabalha como costureira. Asseverou que a droga apreendida teria sido trocada por uma máquina de costura.

As declarações dos policiais que efetuaram o flagrante, enfatizam a condição de traficante do apelante, conforme extrai-se do testemunho, na etapa pré-processual (fl. 3), do policial civil Elton Paulo Aneris:

> [...] QUE após o recebimento de diversas denúncias que apontavam o ora conduzido como traficante de drogas na região perto do Motel Matinhos, no bairro Testo Salto, nesta data o depoente e o policial Reis resolveram campanar o local, após o recebimento de mais denúncias; QUE, no local, onde o conduzido reside, foi verificado que havia um intenso movimento de pessoas na residência do conduzido; QUE, diante disso, os policiais abordaram o mesmo, que confessou a traficância de entorpecentes; QUE, na residência do conduzido foram apreendidas 180 pedras de crack, já embaladas e prontas para a venda, bem como cerca de 30 gramas de crack, como o qual daria para embalar mais cerca de 150 pedras de crack e ainda farelos de crack; QUE, a droga foi encontrada na cozinha, em cima de um armário, em cima de um espremedor de laranja; [...]

Em juízo (Gravação audiovisual de fl. 63), o mesmo agente estatal confirmou sua declaração pretérita, afirmando que, receberam diversas denúncias de que o réu vinha traficando naquela região e no dia dos fatos houve uma ligação informando que o mesmo encontrava-se praticando o vil comércio em sua residência, inclusive com a porta aberta. Ato contínuo, dirigiram-se para o local e após uma breve campana puderam perceber uma movimentação, o que determinou que os policiais adentrassem na casa, onde apreenderam cerca de cento e oitenta pedras de crack e mais uma determinada quantia da mesma substância.

Na mesma esteira, encontra-se o depoimento do servidor público Mauricio Nunes dos Reis prestado durante a lavratura do auto de prisão

em flagrante (fls. 4) e ratificado sob o crivo do contraditório (Gravação Audiovisual de fl. 63), onde aduziu que:

> [...] QUE nesta data, o depoente participou da prisão de Fernando Rafael Silva dos Santos, o qual foi preso em sua residência, no bairro Testo Salto, por tráfico de drogas; QUE, esclarece que várias denúncias apontando o conduzido com traficante foram recebidas pelo depoente e pelo policial Elton, sendo que nesta data, após o recebimento de mais uma denúncia anônima, os policiais resolveram campanar no local; QUE, perceberam movimentação intensa no local e abordaram o conduzido, que confirmou que vendia drogas: QUE, na cozinha, em cima do armário, em cima ainda de espremedor de frutas, foram localizadas 180 pedras prontas para a venda de crack, cerca de 30 gramas de crack e farelos da mesma substância. [...]

A respeito da validade dos depoimentos dos policiais, preconiza Damásio de Jesus:

> A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita (STF, RTJ 68/64 e 168/199). Assim, como já foi decidido, é "inaceitável a preconceituosa alegação de que o depoimento de policial deve ser sempre recebido com reservas, porque parcial. O policial não está legalmente impedido de depor e o valor do depoimento prestado não pode ser sumariamente desprezado. Como todo e qualquer testemunho, deve ser avaliado no contexto de um exame global do quadro probatório." (TACrim/SP, RT 530/372). (*Código de Processo Penal Anotado*. 23. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 192)

É pacífico também, o entendimento jurisprudencial:

> O testemunho de policiais não é inválido, porque a lei não o proíbe e tem o seu valor relativo como todas a provas em processo penal. Recurso conhecido e improvido. (RT 712/457)

Por conseguinte, diante das circunstâncias da prisão, a quantidade do material, a forma de seu acondicionamento, o local onde foi apreendido, ou seja, na residência do acusado e os depoimentos contundentes dos policiais, levam à conclusão inequívoca da mercancia.

Ademais, não se sustenta a tese de inexistência de prova da efetiva comercialização, pois como é sabido, a consumação do crime de tráfico de drogas se dá quando o agente realiza pelo menos uma das condutas previstas no *caput* do artigo 33 da Lei n. 11.343/06.

Sobre o assunto, leciona Luiz Flávio Gomes:

> Consuma-se o crime com a prática de qualquer um dos núcleos trazidos pelo tipo, não se exigindo efetivo ato de tráfico. Deve ser lembrado que algumas modalidades são permanentes, protraindo o seu momento consumativo no tempo e no espaço (por exemplo, expor à venda, trazer consigo, manter em depósito, guardar etc.). A multiplicidade de condutas incriminadas parece inviabilizar a tentativa. Assim já se decidiu (na vigência da lei anterior):
>
> Em razão da superposição de tipos que definem as condutas do delito previsto no art. 12 da Lei 6.368/76 [revogada], é impossível o reconhecimento da tentativa na conduta da filha que remete pelo correio pequena quantidade de droga para sua mãe, pelo fato de a substância ter sido interceptada e apreendida antes de chegar às mãos da destinatária, pois, antes de remeter o entorpecente, a acusada já o tinha adquirido, mantido em depósito e transportado, circunstâncias que, por si sós, são suficientes para caracterizar o crime de tráfico na forma consumada (*Lei de Drogas comentada: artigo por artigo: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 185/186).

No que tange ao pedido de desclassificação para o artigo 28 da Lei n. 11.343/06 tal pretensão não deve prosperar, pois, o fato de ser dependente químico, em grau moderado, conforme atestado pelo laudo de dependência toxicológica (fls. 74/76), não serve como justificativa para desclassificar a conduta pois, o exame concluiu que: *"possuía, ao tempo da infração, a plena capacidade de entender o caráter criminoso do mesmo"* e, portanto possuidor de plena responsabilidade penal.

É da Jurisprudência:

> Mesmo que admita ser usuário contumaz de drogas, não se afasta a condição de traficante, porque o vício conduz ao tráfico como forma

> de sustento do desvio. (Apelação Criminal n. 2007.044261-8, da Capital, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. em 22.11.2007).
>
> APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES QUE PARTICIPARAM DA DILIGÊNCIA, ALIADOS AOS DEMAIS ELEMENTOS EXISTENTES NOS AUTOS, QUE CONVENCEM ACERCA DA PRÁTICA DO COMÉRCIO DE ENTORPECENTES. APREENSÃO DE UM TIJOLO DE MACONHA, PESANDO 922 GRAMAS. CONDIÇÃO DE USUÁRIO QUE, POR SI SÓ, NÃO AFASTA O NARCOTRÁFICO. CONDENAÇÃO MANTIDA.
>
> [...] (Apelação Criminal n. 2010.050490-1, de Camboriú, rel. Des. Rui Fortes, j. em 27.6.2011).

Dessarte é inviável uma desclassificação, devendo ser mantida a condenação pelo crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei de Tóxicos, posto que há provas suficientes que corroboram a decisão.

Quanto a irresignação de diminuição da reprimenda aplicada, razão lhe assiste, em parte.

De fato, compulsando-se aos autos pode-se verificar que a Magistrada ao analisar as circunstâncias judiciais considerou o grau de culpa elevado, por ter o réu praticado o crime em comento enquanto beneficiário da Lei n. 9.099/95, o que demonstraria evidente descaso com a justiça.

Nesse ponto, merece reparo a dosimetria, pois como bem salientou o ilustre parecerista Dr. Paulo Antônio Günther e que adoto *in verbis*, "*o gozo do benefício da suspensão condicional do processo relativo a outro fato não pode determinar o acréscimo da pena-base em mais de um ano, vulnerando-se, ademais, o princípio da presunção de inocência, pois, com a revogação do citado benefício e retomada da marcha processual, pode-se concluir pelo não cabimento de punição.*" (fl. 138)

Da mesma forma, deve ser afastada a valoração negativa das circunstâncias posto que, a Juíza *a quo* considerou-as desfavoráveis, em razão de que o acusado realizava o tráfico em sua casa, onde também residiam seus quatro filhos menores.

Apesar de que restou apreendida expressiva quantidade de droga na residência do réu e o mesmo ter afirmado, em seu interrogatório (Gravação audiovisual de fl. 63), que os filhos residiam com ele, todavia, inexiste prova concreta de que as crianças presenciassem o nefasto comércio.

Destarte, inexistindo prova concreta acerca de determinada circunstância que se quer empregar em desfavor do acusado, faz-se necessário o seu afastamento.

A propósito, colhe-se da Jurisprudência:

> Nenhuma circunstância judicial pode ser tomada como elemento de exasperação das penas, se não demonstrada a ocorrência efetiva de um fato que a faça extrapassar o conteúdo da resposta penal cominada (TJSP - EI - Rel. Luiz Pantaleão - RT 705/311). (FRANCO, Alberto Silva e STOCO, Rui. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial,* vol. 1, Parte Geral, São Paulo: RT, 2001, p. 1031).

Entretanto, a valorização da quantidade e natureza do entorpecente apreendido, nos termos do art. 42 da Lei de Drogas, deve ser mantida na fixação da pena basilar.

No caso em tela, como salientou a sentenciante, a droga apreendida trata-se de crack, cujos malefícios causados à saúde dos usuários são fartamente conhecidos, e de acordo com laudo pericial de fls. 41/43 o apelante foi flagrado com 48,6g (quarenta e oito gramas e seis decigramas) de material tóxico.

O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 autoriza maior severidade na fixação do *quantum* de pena, dependendo do tipo e da quantidade de

estupefaciente que é traficado, bem como da imperiosa necessidade de repressão ao nefasto comércio, ainda que as outras circunstâncias previstas no art. 59 do referido Estatuto favoreçam o réu.

Portanto, a pena-base pode ser majorada com base na circunstância considerada desfavorável, *in casu*, a quantidade e natureza da droga.

Sobre a matéria, este Tribunal já se manifestou:

> A quantidade de droga apreendida, bem como a natureza da referida substância, são elementos aptos a influenciar nas circunstâncias judiciais (CP, art. 59) e, por consequência, fundamentar a fixação da pena base acima do mínimo legal (Lei n. 11.343/2006, art. 42). Assim, no que toca ao seu limite de incidência, o fato de o acusado ter sido surpreendido com alta quantidade de "crack" autoriza a exacerbação da pena na sua etapa inicial, porquanto tal substância, derivada da cocaína, possui elevado grau de nocividade à saúde pública, tendo em conta a rapidez com que submete o acusado à dependência causando, por consequência, danos graves e irreversíveis ao corpo humano.
>
> [...] (Apelação Criminal n. 2010.017751-5, de Navegantes, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. em 26.4.2011).

Deste modo, aplicando-se o mesmo critério utilizado pela Magistrada (1/6 - um sexto), diminui-se a reprimenda para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa.

Em que pese o entendimento deste relator de que não pode ser concedida a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/06, porque não se vislumbra a satisfação de todos os requisitos legais ensejadores da benesse, nos moldes da fundamentação da Magistrada (fl. 105), entendeu esta colenda Câmara, de ofício, por maioria, vencido este relator, pela aplicação do redutor, na fração de 1/5 (um quinto), pelo que a pena resta definitiva em 4 (quatro)

anos e 8 (oito) meses de reclusão e 466 (quatrocentos e sessenta e seis) dias-multa, no mínimo legal.

Igualmente, de ofício, por maioria, vencido este relator, concluiu-se pela modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

O argumento vencedor funda-se no entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 111.840/ES, que teve como Relator o Ministro Dias Toffoli onde, com nove votos a favor e três contra, decidiu-se que o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, é inconstitucional ao impor o regime inicial fechado.

Embora este julgamento, por ter se dado em controle difuso, não tenha efeitos vinculantes, é passível de destaque, pois julgado pelo Plenário da Corte Constitucional.

Os fundamentos da decisão mencionada são compartilhados pela maioria dos membros desta Câmara – ressalvado meu posicionamento – , qual sejam, a necessidade da observância do princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI), de acordo com o caso concreto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado, bem como a questão de que as vedações constitucionais relativas aos crimes hediondos e equiparados não fazem menção ao regime de cumprimento de pena, não sendo possível ao legislador infraconstitucional vedar o que a Constituição não proíbe.

Assim, encampando o entendimento da Corte Suprema, afasta-se a vedação existente na Lei dos Crimes Hediondos para aqueles que preencham todos os demais requisitos previstos no art. 33, §§ 2º, e 3º, do Código Penal, admitindo-se o início do cumprimento de pena em regime diverso do fechado.

Diante do exposto e considerando as circunstâncias judiciais e a pena aplicada ao réu, fixou-se o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda corporal.

Por derradeiro, com relação ao pleito de concessão do direito de recorrer em liberdade tal pretensão perdeu seu objeto, porquanto caso desejasse apelar em liberdade deveria ter lançado mão do remédio heróico.

A propósito:

> [...] REGIME DE PENA – *QUANTUM* DE REPRIMENDA APLICADO ALIADO À ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS QUE PERMITE A APLICAÇÃO DO SEMI-ABERTO PARA O INÍCIO DO SEU RESGATE – INTELIGÊNCIA DO ART. 33, §§ 2º, "B" E 3º, DO CÓDIGO PENAL.
>
> CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE – PERDA DO OBJETO EM FACE DO JULGAMENTO DO INCONFORMISMO.
>
> RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PARCIALMENTE PROVIDO. (sem grifo no original) (Apelação Criminal n. 2006.044571-4, de São Miguel do Oeste, Rel. Juiz José Carlos Carstens Köhler, j. em 8.5.2005).

Este é o voto.

RELAÇÃO DAS COMARCAS
DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Fórum da Comarca de Abelardo Luz
Av. Padre João Smedt, 1.667 — Centro
CEP: 89830-000 — Abelardo Luz
Telefone: (49) 3445-8100

Fórum da Comarca de Anchieta
Av. Anchieta, 722 — Centro
CEP: 89970-000 — Anchieta
Telefone: (49) 3653-3000

Fórum da Comarca de Anita Garibaldi
Rua Vidal Ramos Júnior, s/n — Centro
CEP: 88590-000 — Anita Garibaldi
Telefone: (49) 3543-5300

Fórum da Comarca de Araquari
Rua Antonio Ramos Alvim, 500 — Centro
CEP: 89245-000 — Araquari
Telefone: (47) 3447-7500

Fórum da Comarca de Araranguá
Rua Cel. João Fernandes, 195 — Centro
CEP: 88900-000 — Araranguá
Telefone: (48) 3521-6000

Fórum da Comarca de Armazém
Rua Antônio David Filet, s/n — Centro
CEP: 88740-000 — Armazém
Telefone: (48) 3645-4200

Fórum da Comarca de Ascurra
Rua Padre Simão Majcher, 65 — Centro
CEP: 89138-000 — Ascurra
Telefone: (47) 3383-3300

Fórum da Comarca de Balneário Camboriú
Av. das Flores, s/n — Bairro dos Estados
CEP: 88330-000 — Balneário Camboriú
Telefone: (47) 3261-1700

Fórum da Comarca de Barra Velha
Rua Vice-Prefeito José do Patrocínio de Oliveira, 1.003 — Centro
CEP: 88390-000 — Barra Velha
Telefone: (47) 3446-7500

Fórum da Comarca de Biguaçu
Rua Rio Branco, 29 — Centro
CEP: 88160-000 — Biguaçu
Telefone: (48) 3279-9200

Fórum da Comarca de Blumenau
Rua Elesbão Pinto, 620 — Bairro da Velha
CEP: 89036-200 — Blumenau
Telefone: (47) 3321-9200

Fórum da Comarca de Bom Retiro
Rua 14 de Janeiro, 165 — Centro
CEP: 88680-000 — Bom Retiro
Telefone: (49) 3277-3000

Fórum da Comarca de Braço do Norte
Rua Jorge Lacerda, s/n (Pça. Padre Roher) — Centro
CEP: 88750-000 — Braço do Norte
Telefone: (48) 3658-9200

Fórum da Comarca de Brusque
Praça das Bandeiras, s/n — Centro
CEP: 88350-051 — Brusque
Telefone: (47) 3251-1500

Fórum da Comarca de Caçador
Rua Conselheiro Mafra, 790 — Centro
CEP: 89500-000 — Caçador
Telefone: (49) 3561-2500

Fórum da Comarca de Camboriú
Rua Goiânia, 104 — Centro
CEP: 88340-000 — Camboriú
Telefone: (47) 3365-9300

Fórum da Comarca de Campo Belo do Sul
Rua Major Teodósio Furtado, 30 — Centro
CEP: 88580-000 — Campo Belo do Sul
Telefone: (49) 3249-3300

Fórum da Comarca de Campo Erê
Rua Maranhão, s/n — Centro
CEP: 89980-000 — Campo Erê
Telefone: (49) 3655-3500

Fórum da Comarca de Campos Novos
Praça Lauro Müller, 121 — Centro
CEP: 89620-000 — Campos Novos
Telefone: (49) 3541-6400

Fórum da Comarca de Canoinhas
Rua Vidal Ramos, 650 — Centro
CEP: 89460-000 — Canoinhas
Telefone: (47) 3621-5600

Fórum da Comarca de Capinzal
Rua Carmelo Zoccoli, 133 — Centro
CEP: 89665-000 — Capinzal
Telefone: (49) 3555-8000

Fórum da Comarca da Capital (Central)
Av. Governador Gustavo Richard, 434 — Centro
CEP: 88020-901 — Florianópolis
Telefone: (48) 3251-6500

Fórum Distrital do Norte da Ilha
Campus da UFSC – Av. Desembargador Vitor Lima, 183 – Fundos – Serrinha
CEP: 88040-400 — Florianópolis
Telefone: (48) 3331-3300

Fórum Distrital do Continente
Rua São José, 300 — Estreito
CEP: 88075-310 — Florianópolis
Telefone: (48) 3271-1900

Fórum da Comarca de Capivari de Baixo
Rua Engenheiro Márcio Portela, 36 — Centro
CEP: 88745-000 — Capivari de Baixo
Telefone: (48) 3621-4800

Fórum da Comarca de Catanduvas
Rua Felipe Schmidt, 1.435 — Centro
CEP: 89670-000 — Catanduvas
Telefone: (49) 3525-6400

Fórum da Comarca de Chapecó
Rua Augusta Müller Bohner, 300-D — Passo dos Fortes
CEP: 89805-900 — Chapecó
Telefone: (49) 3321-9400

Fórum da Comarca de Concórdia
Rua Dr. Maruri, 865 — Centro
CEP: 89700-000 — Concórdia
Telefone: (49) 3441-1500

Fórum da Comarca de Coronel Freitas
Rua Minas Gerais, 586 — Centro
CEP: 89840-000 — Coronel Freitas
Telefone: (49) 3347-3300

Fórum da Comarca de Correia Pinto
Rua Vitória Régia, 254 — Pro-Flor
CEP: 88535-000 — Correia Pinto
Telefone: (49) 3243-6300

Fórum da Comarca de Criciúma
Av. Santos Dumont, s/n — Milanesi
CEP: 88804-301 — Criciúma
Telefone: (48) 3431-5200

Fórum da Comarca de Cunha Porá
Rua Benjamin Constant, 832 — Centro
CEP: 89890-000 — Cunha Porá
Telefone: (49) 3646-3000

Fórum da Comarca de Curitibanos
Rua Antônio Rossa, 241 — Centro
CEP: 89520-000 — Curitibanos
Telefone: (49) 3221-0500

Fórum da Comarca de Descanso
Rua Thomaz Koproski, 615 — Centro
CEP: 89910-000 — Descanso
Telefone: (49) 3623-6400

Fórum da Comarca de Dionísio Cerqueira
Av. Washington Luís, 670 — Centro
CEP: 89950-000 — Dionísio Cerqueira
Telefone: (49) 3644-6200

Fórum da Comarca de Forquilhinha
Rodovia Antônio Valmor Canela, 106 — Santa Izabel
CEP: 88850-000 — Forquilhinha
Telefone: (48) 3463-8300

Fórum da Comarca de Fraiburgo
Av. Curitibanos, 375 — Centro
CEP: 89580-000 — Fraiburgo
Telefone: (49) 3256-2100

Fórum da Comarca de Garopaba
Rua Santa Rita, 100 — Centro
CEP: 88495-000 — Garopaba
Telefone: (48) 3254-8300

Fórum da Comarca de Garuva
Av. Celso Ramos, 1.226 — Centro
CEP: 89248-000 — Garuva
Telefone: (47) 3445-8000

Fórum da Comarca de Gaspar
Av. Deputado Francisco Mastella, s/n — Sete de Setembro
CEP: 89110-000 — Gaspar
Telefone: (47) 3331-6100

Fórum da Comarca de Guaramirim
Rua 28 de Agosto, 2000 — Centro
CEP: 89270-000 — Guaramirim
Telefone: (47) 3373-9500

Fórum da Comarca de Herval d'Oeste
Rua Nereu Ramos, 388 — Centro
CEP: 89610-000 — Herval d'Oeste
Telefone: (49) 3551-4400

Fórum da Comarca de Ibirama
Rua Dr. Getúlio Vargas, 800 — Centro
CEP: 89140-000 — Ibirama
Telefone: (47) 3357-8000

Fórum da Comarca de Içara
Rodovia SC 444, km 5, 150, Loteamento Simone/Jaqueline
CEP: 88820-000 — Içara
Telefone: (48) 3467-1100

Fórum da Comarca de Imaruí
Av. Governador Celso Ramos, s/n – Centro
CEP: 88770-000 — Imaruí
Telefone: (48) 3643-8000

Fórum da Comarca de Imbituba
Rua Ernani Contrin, 643 — Centro
CEP: 88780-000 — Imbituba
Telefone: (48) 3355-8000

Fórum da Comarca de Indaial
Rua Tiradentes, 111 — Centro
CEP: 89130-000 — Indaial
Telefone: (47) 3281-5400

Fórum da Comarca de Ipumirim
Rua Bento Gonçalves, 143 — Centro
CEP: 89790-000 — Ipumirim
Telefone: (49) 3438-3300

Fórum da Comarca de Itá
Praça dos Expedicionários, s/n — Pioneiros
CEP: 89760-000 — Itá
Telefone: (49) 3458-9600

Fórum da Comarca de Itaiópolis
Rua Alfredo Fernandes Luiz, 130 — Centro
CEP: 89340-000 — Itaiópolis
Telefone: (47) 3652-6000

Fórum da Comarca de Itajaí
Rua Uruguai, 222 — Centro
CEP: 88301-902 — Itajaí
Telefone: (47) 3341-0500

Fórum da Comarca de Itapema
Av. Marginal Oeste da BR 101, 7.980 — Morretes
CEP: 88220-000 — Itapema
Telefone: (47) 3268-8800

Fórum da Comarca de Itapiranga
Rua São José, 10 — Centro
CEP: 89896-000 — Itapiranga
Telefone: (49) 3678-8400

Fórum da Comarca de Itapoá
Rua Mariana Michels Borges, 776 — Itapema do Norte
CEP: 89249-000 — Itapoá
Telefone: (47) 3443-8000

Fórum da Comarca de Ituporanga
Rua Vereador Joaquim Boing, s/n — Centro
CEP: 88400-000 — Ituporanga
Telefone: (47) 3533-8100

Fórum da Comarca de Jaguaruna
Rua Nestor Horácio Luiz, s/n — Cristo Rei
CEP: 88715-000 — Jaguaruna
Telefone: (48) 3624-8000

Fórum da Comarca de Jaraguá do Sul
Rua Guilherme Cristiano Wackerhagen, 87 — Vila Nova
CEP: 89259-300 — Jaraguá do Sul
Telefone: (47) 3275-7200

Fórum da Comarca de Joaçaba
Rua Salgado Filho, 160 — Centro
CEP: 89600-000 — Joaçaba
Telefone: (49) 3551-4100

Fórum da Comarca de Joinville
Rua Hermann August Lepper, 980 — Saguaçu
CEP: 89201-900 — Joinville
Telefone: (47) 3461-8500

Fórum da Comarca de Lages
Rua Belisário Ramos, 3.650 — Centro
CEP: 88501-902 — Lages
Telefone: (49) 3221-3500

Fórum da Comarca de Laguna
Rua Arcângelo Bianchini, 69 — Centro
CEP: 88790-000 — Laguna
Telefone: (48) 3644-8300

Fórum da Comarca de Lauro Müller
Travessa 20 de Janeiro, s/n — Centro
CEP: 88880-000 — Lauro Müller
Telefone: (48) 3464-8600

Fórum da Comarca de Lebon Régis
Rua Valdir Ortigari, 45 — Centro
CEP: 89515-000 — Lebon Régis
Telefone: (49) 3247-6000

Fórum da Comarca de Mafra
Av. Cel. José Severiano Maia, 863 — Centro
CEP: 89300-000 — Mafra
Telefone: (47) 3641-4200

Fórum da Comarca de Maravilha
Av. Anita Garibaldi, 1.181 — Centro
CEP: 89874-000 — Maravilha
Telefone: (49) 3664-8800

Fórum da Comarca de Modelo
Rua Presidente Vargas, 20 — Centro
CEP: 89872-000 — Modelo
Telefone: (49) 3365-2500

Fórum da Comarca de Mondaí
Rua Aurora, 65 — Centro
CEP: 89893-000 — Mondaí
Telefone: (49) 3674-3000

Fórum da Comarca de Navegantes
Av. Prefeito José Juvenal Mafra, 498 — Centro
CEP: 88375-000 — Navegantes
Telefone: (47) 3342-9100

Fórum da Comarca de Orleans
Rua Rui Barbosa, 320 — Centro
CEP: 88870-000 — Orleans
Telefone: (48) 3466-6100

Fórum da Comarca de Otacílio Costa
Rua Clementino Zambonato, 119 — Centro
CEP: 88540-000 — Otacílio Costa
Telefone: (49) 3275-8000

Fórum da Comarca de Palhoça
Rua Cel. Bernardino Machado, 95 — Centro
CEP: 88130-220 — Palhoça
Telefone: (48) 3279-3300

Fórum da Comarca de Palmitos
Rua Padre Manoel da Nóbrega, s/n — Centro
CEP: 89887-000 — Palmitos
Telefone: (49) 3647-9400

Fórum da Comarca de Papanduva
Rua Simeão Alves de Almeida, 411 — Centro
CEP: 89370-000 — Papanduva
Telefone: (47) 3653-6000

Fórum da Comarca de Pinhalzinho
Av. Porto Alegre — Esq. com a Rua São Luiz, 735 — Centro
CEP: 89870-000 — Pinhalzinho
Telefone: (49) 3366-6100

Fórum da Comarca de Pomerode
Rua XV de Novembro, 700 — Centro
CEP: 89107-000 — Pomerode
Telefone: (47) 3387-7400

Fórum da Comarca de Piçarras
Av. Emanuel Pinto, 1.655 — Centro
CEP: 88380-000 — Piçarras
Telefone: (47) 3347-4000

Fórum da Comarca de Ponte Serrada
Rua 3 de Maio, 460 — Centro
CEP: 89683-000 — Ponte Serrada
Telefone: (49) 3435-6500

Fórum da Comarca de Porto Belo
Av. Gov. Celso Ramos, 2.890 — Centro
CEP: 88210-000 — Porto Belo
Telefone: (47) 3369-7100

Fórum da Comarca de Porto União
Rua Voluntários da Pátria, 365 — Centro
CEP: 89400-000 — Porto União
Telefone: (42) 3521-3700

Fórum da Comarca de Presidente Getúlio
Rua Kurt Hering, 14 — Centro
CEP: 89150-000 — Presidente Getúlio
Telefone: (47) 3352-5000

Fórum da Comarca de Quilombo
Rua Presidente Juscelino, 703 — Centro
CEP: 89850-000 — Quilombo
Telefone: (49) 3346-2000

Fórum da Comarca de Rio do Campo
Rua 29 de Dezembro, s/n — Centro
CEP: 89198-000 — Rio do Campo
Telefone: (47) 3564-8900

Fórum da Comarca de Rio do Oeste
Rua XV de Novembro, 1.570 — Centro
CEP: 89180-000 — Rio do Oeste
Telefone: (47) 3543-9300

Fórum da Comarca de Rio do Sul
Rua Dom Bosco, 820 — Jardim América
CEP: 89160-000 — Rio do Sul
Telefone: (47) 3531-4700

Fórum da Comarca de Rio Negrinho
Rua Carlos Hantschel, 425 — Bela Vista
CEP: 89295-000 — Rio Negrinho
Telefone: (47) 3641-1700

Fórum da Comarca de Santa Cecília
Rua XV de Novembro, s/n — Centro
CEP: 89540-000 — Santa Cecília
Telefone: (49) 3244-6500

Fórum da Comarca de Santa Rosa do Sul
Rua Raul José dos Santos, 120 — Centro
CEP: 89965-000 — Santa Rosa do Sul
Telefone: (48) 3534-8200

Fórum da Comarca de Santo Amaro da Imperatriz
Rua Frei Fidêncio Feldmann, 425 — Centro
CEP: 88140-000 — Santo Amaro da Imperatriz
Telefone: (48) 3245-4000

Fórum da Comarca de São Bento do Sul
Av. São Bento, 401 — Colonial
CEP: 89290-000 — São Bento do Sul
Telefone: (47) 3631-1900

Fórum da Comarca de São Carlos
Rua La Salle, 243 — Centro
CEP: 89885-000 — São Carlos
Telefone: (49) 3325-1000

Fórum da Comarca de São Domingos
Rua Major Azambuja, 138 — Centro
CEP: 89835-000 — São Domingos
Telefone: (49) 3443-6800

Fórum da Comarca de São Francisco do Sul
Rua Leôncio Pereira, 304 — Rocio Pequeno
CEP: 89240-000 — São Francisco do Sul
Telefone: (47) 3471-1500

Fórum da Comarca de São João Batista
Rua Otaviano Dadam, 201 — Centro
CEP: 88240-000 — São João Batista
Telefone: (48) 3265-6300

Fórum da Comarca de São Joaquim
Rua Domingos Martorano, 302 — Centro
CEP: 88600-000 — São Joaquim
Telefone: (49) 3233-6000

Fórum da Comarca de São José
Rua Domingos André Zannini, 380 — Barreiros
CEP: 88117-200 — São José
Telefone: (48) 3271-9600

Fórum da Comarca de São José do Cedro
Rua Padre Aurélio, 235 — Centro
CEP: 89930-000 — São José do Cedro
Telefone: (49) 3643-6600

Fórum da Comarca de São Lourenço do Oeste
Rua Dom Pedro II, 966 — Centro
CEP: 89990-000 — São Lourenço do Oeste
Telefone: (49) 3344-8200

Fórum da Comarca de São Miguel do Oeste
Rua Marcílio Dias, 2.070 — Sagrado Coração
CEP: 89900-000 — São Miguel do Oeste
Telefone: (49) 3631-1500

Fórum da Comarca de Seara
Rua do Comércio, 171 — Centro
CEP: 89770-000 — Seara
Telefone: (49) 3452-8700

Fórum da Comarca de Sombrio
Rua Edílio Antônio da Rosa, 974 — Centro
CEP: 88960-000 — Sombrio
Telefone: (48) 3533-6700

Fórum da Comarca de Taió
Rua Expedicionário Rafael Busarello, 484 — Centro
CEP: 89190-000 — Taió
Telefone: (47) 3562-8000

Fórum da Comarca de Tangará
Rua Luís Menoncin, s/n — Centro
CEP: 89642-000 — Tangará
Telefone: (49) 3532-7500

Fórum da Comarca de Tijucas
Rua Florianópolis, 130 — Centro
CEP: 88200-000 — Tijucas
Telefone: (48) 3263-8000

Fórum da Comarca de Timbó
Av. Getúlio Vargas, 736 — Centro
CEP: 89120-000 — Timbó
Telefone: (47) 3281-1700

Fórum da Comarca de Trombudo Central
Rua Emílio Graubner, s/n — Vila Nova
CEP: 89176-000 — Trombudo Central
Telefone: (47) 3544-8100

Fórum da Comarca de Tubarão
Rua Wenceslau Brás, 560 — Vila Moema
CEP: 88701-901 — Tubarão
Telefone: (48) 3621-1500

Fórum da Comarca de Turvo
Rua Nereu Ramos, 609 — Centro
CEP: 88930-000 — Turvo
Telefone: (48) 3525-8000

Fórum da Comarca de Urubici
Rua Nereu Ramos, n. 200 — Centro
CEP: 88650-000 — Urubici
Telefone: (49) 3278-6900

Fórum da Comarca de Urussanga
Rua Barão do Rio Branco, 115 — Centro
CEP: 88840-000 — Urussanga
Telefone: (48) 3441-1300

Fórum da Comarca de Videira
Rua Vítor Meirelles, s/n — Ed. Brasil-Áustria — Matriz
CEP: 89560-000 — Videira
Telefone: (49) 3551-1700

Fórum da Comarca de Xanxerê
Rua Victor Konder, 898 — Centro
CEP: 89820-000 — Xanxerê
Telefone: (49) 3441-7100

Fórum da Comarca de Xaxim
Rua Rui Barbosa, 385 — Centro
CEP: 89825-000 — Xaxim
Telefone: (49) 3353-9600

ÍNDICE NUMÉRICO

ÍNDICE NUMÉRICO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

2011.010178-4 – Araranguá 75

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

2011.049930-4 – Blumenau 473
2011.062408-6 – Concórdia 538
2011.063732-0 – Braço do Norte 396
2011.080322-8 – Criciúma 348
2012.026221-2 – Joinville 310
2012.026447-4 – Urubici 435
2012.036261-5 – Curitibanos 303
2012.045399-2 – Blumenau 440

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

768.689 (STF) – Santa Catarina 41

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

2012.054551-8/001.00 – Blumenau 648

APELAÇÕES CÍVEIS

2008.0185556 – Xanxerê 612
2008.028677-6 – Orleans 594
2009.011576-2 – Blumenau 496
2009.033850-4 – Blumenau 111
2009.045140-0 – Santa Rosa do Sul 523
2010.002897-5 – São José 628
2011.026767-3 – Turvo 461

2011.073787-1 – São José.....286
2011.075967-1 – Campos Novos 323
2011.078732-6 – Capital.....532
2011.087708-9 – Joaçaba 373
2012.004751-7 – Chapecó 678
2012.007665-9 – Araquari.....451
2012.007943-5 – Lages.....164
2012.016605-1 – Joinville 189
2012.025770-9 – Jaraguá do Sul.....232
2012.027195-0 – Camboriú 242
2012.027650-3 – São José.....176
2012.049899-6 – Xaxim 655
2012.061137-4 – Jaraguá do Sul.....358
2012.069522-2 – Capital.....511
2012.070500-4 – Brusque 135
2012.078607-3 – São José.....419

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA

2011.031708-8 – Canoinhas.....551
2012.023177-4 – Capital.....85

APELAÇÕES CRIMINAIS

2012.012887-9 – Lages.....757
2012.029606-2 – Itapema.....849
2012.059804-5 – Rio do Oeste.....839
2012.061335-4 – Santa Cecília 799
2012.068656-0 – Blumenau 1047

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO
2012.07444-7 – Bom Retiro 1019

HABEAS CORPUS
230.902 (STJ) – Santa Catarina 53

INQUÉRITO
2011.013492-7 – Otacílio Costa 808

MANDADOS DE SEGURANÇA
2012.012711-4 – Capital 1000
2012.035349-6 – Chapecó 1023

RECURSO ESPECIAL
1.247.938 (STJ) – Santa Catarina 63

ÍNDICE POR ASSUNTO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

— Administrativo, ambiental e consumerista – Cascata. Irregularidades em instalação turística. Pretensão atendida pelo particular, detentor da posse, que explora o local. Valores histórico, cultural, paisagístico e ambiental do bem reconhecidos. Desnecessidade de tombamento. Observância aos princípios da precaução e da prevenção. Impossibilidade de destinação ao fundo de reparação de bens lesados. Recurso parcialmente provido.....612
— Imóvel alugado e reformado para a instalação de posto de saúde, mas nunca utilizado – Condenação pelo Tribunal de Contas da União ao pagamento de multa civil pelas irregularidades. Características do bem que não permitem instalação do posto. Escolha do imóvel sem análise prévia nos termos exigidos pelo Ministério da Saúde. Várias e dispendiosas modificações realizadas. Período de reforma que ocupou grande lapso de vigência do contrato de aluguel. Negligência dos gestores municipais. Ressarcimento integral do dano de forma solidária. Multa civil igualmente solidária. Recurso dos réus provido e desprovido o do Ministério Público. .628

AÇÃO DE ADOÇÃO CUMULADA COM PEDIDO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR

— Casal que acolhe criança com quarenta dias de vida a pedido da mãe biológica – Ausência de indícios de tráfico ou outro ilícito. Adotantes cadastrados, mas fora da ordem cronológica. Confronto entre o cadastro de adotantes e a adoção. Criança com mais de um ano e dez meses. Formação de liame afetivo amplamente comprovado. Mitigação da observância rígida ao cadastro de habilitados à adoção. Preponderância dos princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança. Recurso ministerial desprovido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO. 678

AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE DECISÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA

— Expurgos inflacionários em caderneta de poupança – Decisão que reconheceu ausência de título judicial exequível. Existindo várias ações coletivas que discutem a mesma matéria, fica a cargo da parte exequente decidir livremente em qual julgado pretende ver executado seu direito.

Possibilidade de julgamento do mérito pelo juízo *ad quem*. Incidência do art. 515, § 3º, do CPC. Pedido de suspensão do processo. Descabimento. Improcedência da impugnação do cumprimento de sentença. Recurso provido.....373

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS

— Danos causados por poluição ambiental – Vazamento de grande quantidade de óleo combustível em baía. Naufrágio de barcaça e de empurrador. Degradação ambiental em extensa região. Local onde a autora exercia suas atividades pesqueiras. Danos materiais configurados. Lucros cessantes fixados em 12 salários mínimos à época do sinistro, ocorrido em 2008. Diminuição da pesca. Prejuízo parcial. Verba mantida. Danos morais configurados. E*vide*nte abalo psíquico ante a impossibilidade do exercício de atividade de subsistência. Condenação mantida. Ação civil pública promovida em vara federal para apuração do fato. Termo de ajuste de conduta. Recebimento pela autora de quantia monetária a título de verba alimentar. Recurso do autor e de uma das rés desprovido, e provido parcialmente o da outra ré. 189

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR RESCISÃO DE CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL CUMULADA COM DANOS MORAIS E MATERIAIS

— Extinção imotivada do instrumento de representação comercial – Não demonstração da ocorrência da justa causa. Necessário pagamento das sanções previstas na Lei n. 4.886/1965. Danos moral e material inexistentes. Prejuízo não comprovado. Violação ao art. 333, I, do CPC. Ônus sucumbenciais readequados. Agravos retidos não conhecidos. Recurso da autora desprovido e parcialmente provido o da demandada. 358

AÇÃO DE PRECEITO COMINATÓRIO

— Animais abandonados – Reclamação de vizinhos. Obrigação inequívoca do poder público local de albergá-los. Aplicação dos arts. 23, VII, e 225,

§ 1º, VII, da Constituição Federal, e da Lei Complementar Municipal n. 94/2001. Recurso provido. 532

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

— Cartão de crédito – Supermercado que empresta seu nome na função de intermediar relação entre consumidor e administradora. Legitimidade para integrar o polo passivo da demanda. Aplicação da teoria da aparência. Inscrição indevida do nome no cadastro de proteção ao crédito. Lançamento de débitos a título de anuidade em cartão não utilizado. Ato ilícito bem e*vide*nciado. Obrigação de indenizar. Sentença reformada. Recurso provido.....496

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

— Lei municipal – Alteração de amplitude das categorias dos quadros dos servidores municipais. Afronta ao art. 118, § 1º, I e II, da Constituição Estadual. Ausência de prévia dotação orçamentária e de previsão na lei de diretrizes. Lei formalmente inconstitucional. Recurso provido. 75

AÇÃO INDENIZATÓRIA

— Contrato de rastreamento e monitoramento de caminhão – Roubo do veículo. Aplicação do CDC. Inércia da empresa do sistema de monitoramento. Falha na prestação do serviço. Caminhão não recuperado. Dever de indenizar. Recurso parcialmente provido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO. 323

AÇÃO ORDINÁRIA

— Médica e hospital condenados ao pagamento de indenização por dano moral – Imperfuração anal não diagnosticada por ocasião do exame neonatal. Inchaço abdominal constatado pela mãe ainda durante internação hospitalar. Fato ignorado pela especialista. Atendimento negligenciado pela pediatra, que alegou não estar no regime de plantão. Cirurgia de emergência em outra clínica. Enforcamento de alça intestinal. Putrefação

do sistema digestivo. Óbito do infante com três dias de vida. Existência de erro médico. Culpa por negligência caracterizada. Dever de indenizar. Recursos parcialmente providos. 242

AGRAVO DE INSTRUMENTO

— ..... *Vide* Recurso.

ATO DA PGJ (Estadual)

— 149/2011 1023
— 149/2011 Art. 5ºe seguintes 1023

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

— Art. 14 41
— Art. 19 41
— Art. 34 551

ATO REGIMENTAL DO TJSC

— 02/1989 Art. 9º 808
— 07/1990 Art. 1º 808
— 41/2000 Art. 3º 523
— 85/2007 Art. 6º 808
— 109/2010 523

BUSCA E APREENSÃO

— Contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária – Inadimplemento das prestações. Imprescindibilidade de constituição da mora. Súmula 72 do STJ. Notificação extrajudicial. Protesto de título. Validade dos atos, se observados de forma isolada. Condição de procedibilidade preenchida. Recurso provido na parte conhecida. 419

CÓDIGO CIVIL

— Art. 186 496
— Art. 186 286
— Art. 186 111
— Art. 186 242
— Art. 186 189
— Arts. 186 e 187.....461
— Art. 206, § 3º, V 523
— Art. 394 655
— Art. 398 655
— Art. 401 655
— Art. 406 496
— Art. 407 655
— Arts. 406 e 407.....242
— Art. 927 286
— Art. 927 242
— Art. 927 461
— Art. 927 189
— Art. 948 538
— Art. 1.052 435
— Art. 1.064 655
— Art. 1.522 594
— Arts. 1.589 e 1.689, *caput*, incisos I, e II.....164
— Art. 1.634 286
— Arts. 1.635 e 1.638.....678
— Art. 2.035, parágrafo único 451

CÓDIGO CIVIL 1916

— Art. 951 594
— Art. 1.545 523
— Art. 1.545 594

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

— Arts. 2º, parágrafo único 135
— Art.3º, § 2º 655
— Art.3º, § 2º 135
— Art. 6º 451
— Art. 12, *caput* 176
— Art. 12, §§1º, e 3º, II 176
— Art. 13, I, II, III 176
— Art.14 496
— Art. 14 242
— Art. 14 655
— Art. 14 176
— Art.14, *caput* 135
— Art.14, *caput* 511
— Art.14, *caput* 594
— Art. 14, §1º, I e II, e § 3º, I e II 323
— Art. 14, § 4º 523
— Art. 17 135
— Art. 18 176
— Art. 20 176
— Art. 29 135
— Art. 37, §§ 1º e 3º 451
— Art. 42 496
— Art.42 232
— Art. 43 496
— Art. 47 310
— Art. 71 496

CÓDIGO DE NORMAS DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

— Arts. 185, 187 e 188 648
— Arts. 326 a 330 1000
— Art. 968 419

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

— Arts. 17, inciso V e 18 451
— Art. 20, *caput* e § 3º 496
— Art. 20, § 3º 655
— Art. 20, § 3º 135
— Art. 20, § 3º 594
— Art. 20, § 4º 323
— Art. 20, § 4º 451
— Art. 20, § 4º 111
— Art. 21, *caput* 358
— Art. 21, parágrafo único 612
— Art. 43 303
— Art. 47 496
— Art. 78, III 808
— Art. 130 189
— Arts. 130 e 131 242
— Art. 135, inciso I 1019
— Art. 162 648
— Art. 162, § 4º 648
— Art. 183 286
— Art. 262 242
— Art. 265, § 1º, alínea "b" 303
— Art. 267, inciso I 164
— Art. 267, inciso IV 373
— Art. 267, inciso IV 419
— Art. 267, incisos IV e VI 232
— Art. 267, inciso VI 111
— Art. 267, inciso VI 551
— Arts. 267, inc. IV C/C 914 e 890 232
— Art. 269, I 461
— Art. 269, inciso IV 551
— Art. 273 164
— Art. 273 440
— Art. 273 310

— Art. 273 63
— Art. 273, *caput* e inciso I 473
— Arts. 282, inciso. VI e 283 496
— Art. 285 451
— Art. 292, § 2º 232
— Art. 295, *caput*, incisos II e III 164
— Art. 300 358
— Art. 301 373
— Arts. 319 e 320 451
— Art. 330 189
— Art. 333, inciso I 164
— Art. 333, inciso I 286
— Art. 333, inciso I 461
— Art. 333, inciso. I 496
— Art. 333, inciso I 111
— Art. 333, incisos I e II 358
— Art. 333, inciso II 373
— Art. 333, inciso II 135
— Art. 333, inciso II 511
— Art. 333, inciso II 594
— Art. 334, inciso III 461
— Art. 335 678
— Art. 335, incisos I e V 232
— Art. 396 496
— Art. 420 242
— Art. 461, §§ 3º e 4º 473
— Art. 473 286
— Art. 475-J 373
— Art. 475-J 648
— Art. 475-L, § 1º segunda parte 373
— Art. 475-N, inciso III 396
— Art. 485, inciso V 63
— Art. 515, § 3º 373
— Arts. 522 e 523, § 3º 286

— Art. 523, § 4º 286
— Art. 525, inciso I 310
— Art. 525, inciso I 473
— Art. 525, incisos. I, e II 396
— Art. 527, inciso V 396
— Art. 538, parágrafo único 594
— Art. 541, parágrafo único 63
— Art. 543-C 373
— Art. 543-C 551
— Art. 555, § 1º 85
— Art. 557 85
— Art. 557 63
— Art. 557, § 1º 648
— Art. 566, inciso I 396
— Art. 914 e seguintes 232
— Art. 914 e seus incisos 164
— Arts. 1.055 a 1.062 303

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 2º 808
— Arts. 29 e 38 849
— Art. 41 808
— Art. 41 849
— Art. 43 808
— Art. 78, inciso III 808
— Art. 95 849
— Art. 201, § 2º 1047
— Art. 254, inciso I 1019
— Arts. 268 e 269 849
— Arts. 268 a 273 849
— Art. 303 1047
— Art. 312 53
— Art. 384 849
— Art. 386, incisos III e VI 849

— Art. 386, inciso III 799
— Art. 395, incisos I, II e III 808
— Art. 395 849
— Art. 563 1047
— Art. 593, inciso III, letras “c” e “d” 757

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL 2008

— Art. 483 757
— Art. 492, inciso I, letra “b” 757

CÓDIGO PENAL

— Art. 29 849
— Art. 33, § 2º, “b” 849
— Art. 33, §§ 2º e 3º 1047
— Art. 34 849
— Art. 44 849
— Art. 49 849
— Art. 59 757
— Art. 65, incisos I e III, “d” 757
— Art. 69 808
— Art. 71, *caput* 757
— Arts. 71 e 72 849
— Art. 77 849
— Art. 107, inciso IV 849
— Art. 109, inciso VI 799
— Art. 110 799
— Arts. 121, § 2º, inciso I, C/C Art. 14, inciso II e Art. 71 757
— Art. 136 799
— Art. 147 849
— Art. 213 849
— Art. 217-A 839
— Art. 217-A, § 1º, ...849
— Art. 218 849

— Art. 218-B, §§ 1º e 2º, I, ...849
— Art. 225 849
— Art. 226, inciso II.....849
— Art. 228, § 1º.....849
— Art. 299 808
— Art. 343 849
— Art. 386, inciso VI 839

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (Lei n. 5.172/1966)

— Art. 121, inciso I 551
— Art. 166 551
— Arts. 170 e 170-A.....551

CONSTITUIÇÕES

ESTADUAL-1989

— Art. 24 85
— Art. 83, inciso XI, “b”.....808
— Art. 118, § 1º, incisos I e II 75
— Art. 118 75
— Art. 123 75

FEDERAL-1988

— Art. 1º, inciso III.....678
— Art. 1º, inciso III 1000
— Art. 5º, inciso XLIX 1000
— Art. 5º, inciso LIV 232
— Art. 5º, inciso LV
— Art. 5º, inciso XXXII 451
— Art. 5º, inciso LV 164
— Art. 5º, inciso X 496
— Art. 5º, inciso X 111
— Art. 5º, inciso X 242
— Art. 5º, inciso X 461

— Art. 5º, inciso XXXV 678
— Art. 5º, incisos LIV e LV 808
— Art. 5º, inciso LX 849
— Art. 5º, incisos XXXVII, LIII e LIV 849
— Art. 5º, inciso XXIII 612
— Art. 5º, inciso XIII 85
— Art. 5º, inciso XXXVIII, letra "c" 757
— Art. 5º, inciso XV 1047
— Art. 5º, inciso XLVI 1047
— Art. 5º, inciso XXIX 473
— Arts. 21 e 22 808
— Art. 23, inciso VII 532
— Art. 24, inciso I 538
— Arts. 25 e 30 808
— Art. 29, inciso X 808
— Art. 30, inciso VIII 538
— Art. 30 85
— Art. 37, incisos XVI e XVII 85
— Art. 37, inciso XXI 85
— Art. 37, *caput* 628
— Art. 37, § 6º 242
— Art. 37, § 6º 523
— Art. 37, § 6º 594
— Art. 86, § 1º, inciso I C/C art. 29 808
— Art. 102, inciso III, "a" 41
— Art. 105, inciso III, "a" e "c" 63
— Art. 129, inciso I, ...1023
— Art. 129, inciso I 808
— Art. 155, inciso II 551
— Art. 169, § 1º, incisos I e II 75
— Art. 170, inciso V 451
— Art. 173, inciso II 85
— Art. 175 85
— Art. 216 612

— Art. 225, § 1º, inciso I.....612
— Art. 225, § 1º, inciso VII.....532
— Art. 225, § 3º.....189
— Art. 227, *caput*.....678
— Art. 227.....164
— Art. 227.....286
— Art. 227, § 4º.....849
— Art. 227, § 6º.....678

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

— Grande quantidade de *crack* – Tráfico. Prisão em flagrante. Desclassificação para uso próprio. Impossibilidade. Condenação. Adequação da pena. Preliminares afastadas. Recurso provido parcialmente. Maioria de votos. 1047

CRIME CONTRA OS COSTUMES

— Estupro de vulnerável – Materialidade e autoria comprovadas. Condenação. Favorecimento à prostituição de vulnerável. Prova oral coligida que denota o liame subjetivo existente entre os acusados. Ocorrência de relação sexual mediante recompensas às menores. Alegação e análise de diversas preliminares. Recursos parcialmente providos. Maioria de votos. VOTO VENCIDO.....849

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)

— Art. 1º.....111
— Art. 4º.....678
— Arts. 4º e 5º.....286
— Art. 22.....286
— Art. 24.....678
— Art. 28, § 3º.....678
— Art. 39 e seguintes.....678
— Art. 50.....678
— Art. 50.....678

— Art. 50, § 13 678
— Arts. 153 a 155.....678
— Arts. 197-A e 197-E, §1º.....678
— Art. 237 e 238.....678
— Art. 244-A.....849

ESTUPRO DE VULNERÁVEL

— Conjunção carnal entre vítima menor de 14 anos e adolescente com 18 anos – Relação consentida. Alegação, pela menor, de idade diversa. Caso que não pode ser dragado por uma análise burocrática dos protocolos jurídicos. Presunção de vulnerabilidade relativizada e, excepcionalmente, afastada. Recurso desprovido. 839

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO

— Alegada inimizade capital entre pessoa jurídica e magistrado – Tese descabida. Hostilidade própria da relação entres pessoas naturais. Rejeição. 1019

HABEAS CORPUS

— Tráfico ilícito de entorpecentes – Associação para o tráfico. Liberdade provisória. Vedação legal afastada. Prisão preventiva. Fundamentação inidônea. Gravidade do delito. Ausência de concreta fundamentação. Constrangimento ilegal e*vide*nciado. Ordem concedida..... 53

HOMICÍDIO

— Tentativa de homicídio privilegiado em continuidade delitiva – Tribunal do júri. Confissão espontânea. Condenação. Pena fixada no mínimo legal. Culpabilidade do réu, e consequências do delito desfavoráveis. Acolhimento em parte. Crime cometido com violenta emoção. Majoração pelas consequências do crime. Vítima que passou por duas cirurgias de grande porte e, devido ao trauma psicológico, deixou de comandar o estabelecimento onde os fatos aconteceram. Recurso do réu desprovido e provido em parte o do Ministério Público. 757

INDENIZAÇÃO

— Abalo psíquico – Médico do trabalho que, diante do óbito de seu paciente e dos protestos realizados pela mãe da vítima no pátio da sua empregadora, divulga, em nota dirigida aos funcionários, a verdadeira causa da morte, HIV/AIDS. Quebra do sigilo médico, apurada, inclusive, no órgão de classe. Ato ilegal. Dever de indenizar. Recursos dos réus desprovidos e providos os recursos adesivos dos autores para majoração da indenização. 111

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS

— Direito do consumidor –Responsabilidade pelo fato do produto. Denunciação da lide. Impossibilidade. Comerciante. Responsabilidade subsidiária. Ilegitimidade passiva *ad causam.* Cirurgia de artrose. Inserção de parafuso de titânio. Defeito do produto. Inexistência. Recurso provido... 176

— Marca registrada no INPI – Classes de produtos distintas. Improcedência. Uso da marca registrada sem autorização. Ausência de provas do dano à imagem da recorrente. Recurso parcialmente provido. 461

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

— Débito devidamente quitado – Inscrição indevida do nome do autor no cadastro de inadimplentes. Responsabilidade objetiva. Dano moral configurado. Verba indenizatória minorada. Caráter reparatório, educativo e punitivo. Recurso provido em parte. 655

— Erro médico – Falecimento de gestante e do feto por ocasião do parto. União estável do autor com a parturiente. Responsabilidade subjetiva. Dano decorrente de negligência e imperícia apenas da médica plantonista que realizou o parto. Culpa caracterizada. Responsabilidade solidária do hospital. Profissional que pertence ao quadro médico da instituição. Dever de indenizar. Recurso parcialmente provido. 594

INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS

— Emissão de cheque sem provisão de fundos – Aplicação do CDC. Portador do título de crédito não correntista do banco. Consumidor por

equiparação. Responsabilidade objetiva do banco. Teoria do risco da atividade. Dano material. Fornecimento de talão de cheques sem nenhum controle. Omissão da instituição financeira. Nexo causal. Dever de reparação do prejuízo. Recurso provido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO. 135

INDENIZATÓRIA

— Lesão sofrida por recém-nascido por suposta queda no momento do parto – Perda dos movimentos do membro superior direito. Responsabilidade objetiva do hospital, na condição de pessoa jurídica prestadora de serviços públicos. Responsabilidade subjetiva do médico. Dano e*vide*nte. Nexo causal não configurado, ante a ausência de prova do acidente. Causas diversas não aventadas ou demonstradas. Recurso desprovido. 523

INQUÉRITO

— Denúncia oferecida contra prefeito municipal – Licitação. Elementos probatórios. Evidência de que o alcaide frustrou o caráter competitivo do certame licitatório. Participação privilegiada de empresa, cujo dono é funcionário público e oficiou no procedimento de licitação. Vantagem com a adjudicação do contrato. Recebimento da denúncia que acarreta afastamento cautelar. Fixação de limite temporal para evitar usurpação da soberania popular. 808

INSTRUÇÃO NORMATIVA DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE

— N. 25/2010 310

LEGISLAÇÃO ESTADUAL

DECRETO

— 2.666/2004 612

LEIS

— N. 369/1949 Art. 23 63

— N. 10.297/1996 Arts. 2º, inciso I, e 4º, inciso I 551
— N. 10.297/1996 Art. 26 551
— N. 12.069/2001 Art. 12 75

LEGISLAÇÃO FEDERAL

DECRETOS-LEIS

— N. 201/1967 Art. 2º 808
— N. 911/1969 Art. 2º, § 2º 419
— N. 2.311/1986 Art. 1º, § 3º 373
— N. 3.688/1941 Art. 63, inciso I 849
— N. 7.661//1945 Art. 124, § 1º, inciso II 348

LEIS

— N.1.060/1950 *Vide* Lei da Assistência Judiciária.
— N.1.533/1951 *Vide* Lei do Mandado de Segurança.
— N. 4.591/1964 Art. 2º, § 1º 538
— N. 4.591/1964 Art. 8º 538
— N. 4.717/1965 Art. 19 628
— N. 4.886/1965 Art. 27, alínea 'j" 358
— N. 4.886/1965 Art. 34 358
— N. 4.886/1965 Art. 35 358
— N. 5.172/1966 ..... *Vide* Código Tributário Nacional.
— N. 5.478/1968 Art. 15 164
— N. 5.862/1972 85
— N. 5.988/1973 ..... *Vide* Leis dos Direitos Autorais.
— N. 6.015/1973 ..... *Vide* Lei dos Registros Públicos.
— N. 6.766/1979 538
— N. 6.938/1981 Arts. 2º e 4º 189
— N. 6.938/1981 Art. 14 189
— N. 7.210/1984 *Vide* Lei de Execução Penal. 1000
— N. 7.347/1985 Art. 3º 612

— N. 7.347/1985 Art. 18 612
— N. 7.347/1985 Art. 18 612
— N. 7.347/1985 Art. 18 628
— N. 7.347/1985 Art. 19 612
— N. 7.357/1985 *Vide* Lei do Cheque.
— N. 8.038/1990 Art. 4º, § 1º 808
— N. 8.038/1990 Art. 6º 808
— N. 8.069/1990 .....*Vide* Estatuto da Criança e do Adolescente.
— N. 8.072/1990 .....*Vide* Lei dos Crimes Hediondos.
— N. 8.078/1990 ..... *Vide* Código de Defesa do Consumidor.
— N. 8.112/1990 Art. 117, inciso XVIII 85
— N. 8.429/1992 Art.10, *caput* 628
— N. 8.429/1992 Arts.10 e 11, inciso I 628
— N. 8.429/1992 Art.12, inciso I e II 628
— N. 8.658/1993 Art. 1º 808
— N. 8.666/1993 Art. 9º 85
— N. 8.666/1993 Art. 24, inciso X 628
— N. 8.666/1993 Art. 57, inciso II 808
— N. 8.666/1993 Art. 84 85
— N. 8.666/1993 Arts. 90 e 92 808
— N. 8.906/1994 .....
.....*Vide* Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.
— N. 8.934/1994 Art. 34 473
— N. 8.987/1995 85
— N. 9.099/1995 1000
— N. 9.099/1995 Art. 61 799
— N. 9.099/1995 Art. 89 1047
— N. 9.262/1996 Arts. 2º, 4º, 5º, 6º, §1º e 8 º, parágrafo Único .849
— N. 9.279/1996 473
— N. 9.279/1996 Art. 124, inciso V 461
— N. 9.279/1996 Art. 126 461

— N. 9.279/1996 Art. 129 473
— N. 9.279/1996 Art. 209, § 2º 440
— N. 9.296/1996 1023
— N. 9.296/1996 Arts. 1º e 2º 1023
— N. 9.296/1996 Art. 2º, inciso III 808
— N. 9.296/1996 Art. 5º 849
— N. 9.296/1996 Art. 6º 1023
— N. 9.492/1997 Art. 1º 419
— N. 9.492/1997 Arts. 14 e 15 419
— N. 9.492/1997 Art. 19 419
— N. 9.504/1997 ..... *Vide* Lei das Eleições.
— N. 9.605/1998 *Vide* Leis dos Crimes Ambientais. 1019
— N. 9.714/1998 1000
— N. 9.784/1999 Art. 54 41
— N. 9.966/2000 Art. 17 189
— N. 11.101/2005 Arts. 51, 52 e 58 348
— N. 11.101/2005 Arts. 67 c/c 84 348
— N. 11.101/2005 Art. 84, inciso V 348
— N. 11.101/2005 Art. 192, §§ 2º e 3º 348
— N. 11.343/2006 *Vide* Lei Antitóxicos.
— N. 11.464/2007 1047
— N. 11.672/2008 419
— N. 11.689/2008 757
— N. 11.719/2008 Art. 395 808
— N. 12.010/2009 Art. 50 678
— N. 12.015/2009 Art 218-B 849
— N. 12.016/2009 Art. 23 551
— N. 12.016/2009 Art. 23 63
— N. 12.234/2010 Art. 110 799
— N. 12.234/2010 Art. 117 799
— N. 12.403/2011 53

LEI ANTITÓXICOS (Lei n. 11.343/2006
— Art. 28 1047
— Art. 33, *caput* 1047
— Art. 33, *caput*, e § 4º 1047
— Art. 33 e 35 53
— Art. 42 1047
— Art. 44 53
— Art. 59 1047

LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/1950)
— Art. 11, § 1º 655

LEI DE EXECUÇÃO PENAL (Lei n. 7.210/1984)
— Art. 149 1000

LEI DO CHEQUE (Lei n. 7.357/1985)
— Art. 4º 135

LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (Lei n. 1.533/1951)
— Art. 18 63

LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)
— Art. 2º, § 1º 1047

LEIS COMPLEMENTARES
— N. 87/1996 (Federal) Art. 2º, inciso II 551
— N. 87/1996 (Federal) Art. 4º 551
— N. 87/1996 (Federal) Art. 12, inciso I 551
— N. 87/1996 (Federal) Art. 20 551
— N. 197/2000 (Estadual) 1023
— N. 197/2000 (Estadual) Art. 4º, incisos I, II, III e IV 1023

— N. 187/2001 e 481/2007 Concórdia (Municipal) 538
— N. 791/2009 Maracajá (Municipal)..... 75
— N. 427/1997 Maracajá (Municipal)..... 75
— N. 94/2001 Florianópolis (Municipal) Art. 9º, incisos IV e V e parágrafo único 532
— N. 94/2001 Florianópolis (Municipal) Art. 20, § 4º 532
— N. 085/2001 Florianópolis (Municipal) Art. 26, inciso IX 85

LEIS DOS CRIMES AMBIENTAIS (Lei n. 9.605/1998)

— Art. 38-A, e, 46, parágrafo único, c/c Arts. 2º, 3º, e 53, inciso II, "c" ..1019

MANDADO DE SEGURANÇA

— Licitação – Permissão de serviço público municipal de transporte individual de passageiros por taxímetro. Participação e classificação de servidor ou empregado público não vinculado ao permitente. Possibilidade. Cumulação de serviço público com cargo, função ou emprego público. Admissibilidade. Direito à permissão. Recurso desprovido. 85
— Portaria judicial que dispõe sobre a instalação de programa de prestação de serviços à comunidade – Ato que deve ser mantido, com adequações. Inclusão das demais entidades inscritas anteriormente à edição da portaria. Observância ao disposto no Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça. Participação da assistência social, o que se mostra inafastável. Ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ordem parcialmente concedida. 1000
— Tributário – ICMS. Energia elétrica. Demanda de potência. Súmula 21. Disponibilização do uso das redes de transmissão e distribuição de energia elétrica. Tarifas de uso dos sistemas de distribuição (Tusd) e de transmissão (Tust). Não incidência. Distribuidora, mera responsável pelo recolhimento do tributo. Posição de neutralidade. Desprovido o recurso do Estado e provido parcialmente o da autora. Maioria de votos. VOTO VENCIDO. 551

MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR

— Impetração pelo Ministério Público contra decisão que indeferiu ao grupo estadual de combate às organizações criminosas de Santa Catarina (Gaeco-SC) o acesso integral às provas já produzidas em inquérito policial que investiga suposto crime de homicídio – Negativa do magistrado *a quo* sob o fundamento de que o Gaeco não está legitimado pelo rol restrito da Lei n. 9.296/1996, configurando-se, como um terceiro. Decisão que viola a função própria e inerente ao *Parquet*, na qual se compreendem seus órgãos *interna corporis* e os auxiliares por incorporação, ainda que temporários. Grupo especial que integra o centro de apoio operacional do Ministério Público. Concessão da ordem. 1023

MAUS-TRATOS

— Padrasto que, a título de correção disciplinar da enteada, desfere-lhe algumas chineladas – Conduta não recomendável, mas que não expôs a perigo a vida ou a saúde da criança. Fato isolado. Ausência de abuso para configurar o delito. Absolvição. Recurso provido. 799

NEGÓCIO JURÍDICO

— Financiamento de veículo – Sentença que apreciou conjuntamente duas demandas. Inconformismo com o acolhimento do pedido do agente financeiro. Reintegração na posse. Revelia em demanda revisional antecedente. Presunção de veracidade. Consignação incidente das prestações pelo valor entendido como devido, com expurgo na capitalização. Mora ausente. Ação para reaver o bem. Mantença em mãos da apelante. Inscrição do nome em órgãos de proteção ao crédito obstada. Litigância de má-fé do banco. Recurso provido. 451

NOTICIÁRIO

— Discurso proferido pelo Desembargador Ricardo Roesler em nome do Tribunal de Justiça em saudação ao novo Desembargador Rodrigo Collaço empossado no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 27

— Discurso de posse do Dr. Rodrigo Collaço no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 31

PRESTAÇÃO DE CONTAS

— Cumulação de pedidos de natureza diversa sob rito especial – Vedação. Ausência de pressuposto constitutivo do processo. Condições da ação. Falta de interesse de agir na modalidade adequação. Impropriedade da via eleita. Pretensão do autor de revisar o contrato de compromisso de compra e venda e reaver valores pagos a título de arras confirmatórias não abatidos do preço final. Ausência de administração ou gerência de bens, interesses ou negócios alheios. Recurso desprovido. 232

PRESTAÇÃO DE CONTAS DE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

— Pensão alimentícia – Acusação de não estar sendo os alimentos direcionados ao infante, e sim utilizados em proveito próprio e de terceiros. Sentença extintiva do feito, ante o indeferimento da inicial. Ausência de interesse de agir e impossibilidade jurídica do pedido. Tendência clara de agravamento da situação familiar, principalmente para o alimentando. Recurso desprovido. 164

PROVIMENTO DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA - SC

— N. 13/1994 538
— N. 13/1995 496

RECURSO

— Agravo de instrumento – Ação cominatória cumulada com danos morais, perdas e danos e lucros cessantes. Decisão que concede liminar para obstar o uso da marca "tecnocril" ou das suas variações. Determinação de retirada do sítio da internet. Alegado o caráter definitivo da decisão, tendo em vista os efeitos que decorreriam do seu cumprimento. Sustentação de que a marca da autora não é notoriamente conhecida e a proteção do registro é limitada, podendo ser utilizada por terceiros. Acolhimento das teses. Caracterização de dano inverso. Recurso provido. 473

— Agravo de instrumento – Ação de cobrança em fase de cumprimento de sentença. Irresignação da credora em face da interlocutória que indeferiu o pleito de responsabilização pessoal dos sócios pela integralização do capital da empresa. Responsabilização pessoal dos sócios da agravada. Documentos que demonstram a integralização do capital. Circunstância que obsta a aplicação legal. Decisão mantida. Recurso desprovido. 435
— Agravo de instrumento – Ação de preceito cominatório cumulada com reparação de danos morais e pedido de tutela antecipada. Concorrência desleal por confusão de marca. Empresas do ramo do vestuário. Busca e apreensão de todos os produtos semelhantes na empresa agravada. Irresignação. Ausência de provas de que as vendas da ré tenham trazido prejuízos à autora. Medida intentada que constituiria em paralisação, parcial ou total, das atividades da empresa recorrida. Agravante que se limita a fazer alegações amplas e genéricas de um perigo futuro e incerto. Não comprovação. Recurso desprovido. 440
— Agravo de instrumento – Ações de despejo e renovatória. Óbito de um dos réus. Comunicação ao juízo um ano e meio depois do falecimento. Titularidade ativa de quaisquer das partes. Audiência preliminar, na qual se decidiu não haver mais provas a produzir. Declaração de nulidade *ex officio* dos atos processuais posteriores à publicação das sentenças. Recurso prejudicado. 303
— Agravo de instrumento – Decisão monocrática que negou seguimento, liminarmente, ao recurso. Ato ordinatório praticado por funcionário do cartório. Delegação de poderes, pelo magistrado, por meio de portaria. Ato que extrapola atividade meramente executiva. Lesão ao direito da parte agravante. Cunho lesivo. Recurso provido. 648
— Agravo de instrumento – Falência. Impugnação parcialmente procedente. Créditos classificados como quirografários. Insurgência que visa à reclassificação como extraconcursais. Impossibilidade jurídica. Conversão de concordata preventiva em recuperação judicial. Inexistência de deferimento desta. Recurso desprovido.....348
— Agravo de instrumento – Loteamentos fechados e "condomínios de casas" criados e incorporados irregularmente. Decisão que obriga a regulamentação, de acordo com as normas correlatas. Acerto. Distinção

necessária entre os institutos do condomínio (horizontal ou edilício), do loteamento fechado e dos condomínios de casas. Recurso desprovido. 538
— Agravo de instrumento – Obrigação de fazer. Plano de saúde. Segurado portador da síndrome de Gilles de la Tourette. Necessidade de cirurgia. Declaração médica de urgência da operação. Esgotamento das demais possibilidades terapêuticas. Proteção ao consumidor. Dever de a operadora do plano de saúde prestar cobertura. Concessão da tutela antecipada. Caução desnecessária. Recurso desprovido. 310
— Agravo de instrumento – Sentença homologatória, transitada em julgado, de acordo firmado em audiência de conciliação que compromissou os agravantes à obrigação de subscrever novos contratos sociais referentes às sociedades empresariais envolvidas no litígio. Recurso dos executados contra decisão que rejeitou a impugnação ao cumprimento da sentença. Suscitada tese de que os termos do acordo não abarcam a obrigação de assinar as alterações contratuais de todas as empresas. Descabimento. Texto da ata de audiência inequívoco. Excesso inocorrente. Recurso desprovido....396
— Agravo regimental no agravo de instrumento – Litispendência. Efetivação em serventia extrajudicial com fundamento em norma declarada inconstitucional. Âmbito infraconstitucional do debate. Eventual violação reflexa da Constituição da República não viabiliza o manejo de recurso extraordinário. Recurso desprovido..... 41

REGIMENTO INTERNO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

— Art. 255, § 2º..... 63

REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

— Art. 30, inciso I, “h” 1000
— Art. 150 473

RESCISÓRIA

— Rescisória em mandado de segurança – Concessão de tutela antecipada para evitar pagamento de valores referentes à pensão estatutária a netas

maiores e solteiras. Reversão do provimento em âmbito de apelo extremo. Impossibilidade. Súmula 7 do STJ. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Recurso desprovido. 63

RESOLUÇÕES DO BANCO CENTRAL DO BRASIL

— N. 1.682/1990 Art. 14, "a" e "b" 135
— N. 2.025/1993 Art. 2º, inciso I 135
— N. 3.972/2011 Art. 1º, § 1º, incisos. I, a IV 135
— N. 3.972/2011 Art. 1º, § 2º, inciso II, "a" e "d" 135
— N. 3.972/2011 Art. 2º, parágrafo único, incisos I, a VI 135

RESOLUÇÕES DO CNJ

— N. 59 1023
— N. 59 Art. 10, inciso VII 1023

RESOLUÇÕES DO CNMP

— N. 36 1023
— N. 36 Art. 4º, inciso V 1023

RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Código de Ética Médica)

— N. 1.246/1988 Art. 102 111

RESPONSABILIDADE CIVIL

— Indenização por danos morais – Filho que imputa ao pai cometimento de abandono moral e afetivo. Afeição compulsória, forjada pelo receio da responsabilização pecuniária, é tão ou mais funesta do que a própria ausência de afeto. Ato ilícito não caracterizado. Inexistência da obrigação de indenizar. Recurso desprovido.....286
— Transporte aéreo – Extravio de bagagens. Aplicação do CDC. Má prestação do serviço. Prejuízos materiais e*vide*nciados. Não comprovação

da entrega de formulário para descrição dos objetos antes de permitir o embarque. Ressarcimento devido. Danos morais. Tentativas frustradas de solução do caso com a empresa aérea. Dever de indenizar. Minoração indevida. Arbitramento em atenção aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Observância do caráter punitivo e compensatório de acordo com as peculiaridades do caso. Recurso desprovido. 511

SÚMULAS-STF

— N. 282 849
— N. 356 849
— N. 704 808
— N. 722 808

SÚMULAS-STJ

— N. 54 655
— N. 54 189
— N. 72 419
— N. 98 849
— N. 111 849
— N. 208 628
— N. 209 628
— N. 231 757
— N. 297 496
— N. 297 135
— N. 362 496
— N. 362 111
— N. 362 655
— N. 391 551
— N. 469 310

SÚMULAS-TJSC

— N. 7 63
— N. 21 551

SÚMULAS-TRF-4ªREGIÃO
— Ns. 32 e 37.....373

TENTATIVA DE HOMICÍDIO
— ..... *Vide* Homicídio.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES
— ..... *Vide* Crime contra a Saúde Pública.

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Altamiro de Oliveira.....461
Benedito Gonçalves..... 63
Carlos Alberto Civinski.....808
Cláudio Valdyr Helfenstein.....473
Eduardo Mattos Gallo Júnior.....709
Eládio Torret Rocha.....232
Fernando Carioni.....135
Francisco Oliveira Neto.....587
Gaspar Rubick.....511
Gilberto Gomes de Oliveira.....111
Gilson Dipp..... 53
Jaime Luiz Vicari..... 303, 344
Jaime Ramos..... 85
Jânio Machado.....496
João Henrique Blasi.....532
Jorge Luis Costa Beber.....286
Jorge Luiz de Borba.....523
José Carlos Carstens Köhler..... 435, 440
José Everaldo Silva.....1047
José Inácio Schaefer.....451
José Volpato de Souza.....594
Júlio César Knoll.....628
Luiz Cézar Medeiros.....551
Luiz Fernando Boller.....242
Luiz Zanelato.....678
Marcus Tulio Sartorato.....164

Maria do Rocio Luz Santa Ritta 162, 176
Marli Mosimann Vargas 757
Moacyr de Moraes Lima Filho.....1023
Newton Varella Júnior.....799
Paulo Ricardo Bruschi 655
Pedro Manoel Abreu 538
Raulino Jacó Brüning..... 75
Ricardo Fontes 358
Ricardo Roesler 27, 591, 839
Robson Luz Varella.....373
Rodolfo C. R. S. Tridapalli 648
Rodrigo Antônio 348
Rodrigo Collaço 31, 612
Ronaldo Moritz Martins da Silva.....419
Ronei Danielli.....323
Rosa Weber 41
Saul Steil 189
Stanley da Silva Braga.....310
Torres Marques.....1019
Tulio Pinheiro 396
Volnei Celso Tomazini.....849, 1000

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, legislativo e por assunto

José Leopoldo Abatti

Projeto gráfico e direção de arte

Cláudio Trindade

Editoração Eletrônica

Gustavo Coelho da Costa

Montagem, impressão e acabamento: Divisão de Artes Gráficas/DIE

SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTICA:83845701000159

Assinado de forma digital por SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTICA:83845701000159
Dados: 2024.07.05 12:36:38 -03'00'