JURISPRUDÊNCIA
CATARINENSE

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

Ano XL – 1º e 2º trimestres de 2013 – N. 126 – Florianópolis – SC – 2013

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

Publicação trimestral do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, composta de trabalhos selecionados pela Comissão Permanente de Jurisprudência, 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 publicados nesta revista são cópia fiel do original que está nos respectivos autos.

Diretor
Des. Cláudio Barreto Dutra

Comissão 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 do Estado de Santa Catarina. – v. 1, n. 1 (jul./set. 1973) –. Florianópolis: TJSC, 1973.

21cm.

Trimestral.

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

ISSN: 1981-402X.

1.Santa Catarina. 2. Tribunal de Justiça. 3. Jurisprudência – Santa Catarina. I. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. II. Título.

SUMÁRIO

9 APRESENTAÇÃO

11 COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NOTICIÁRIO

29 Discurso proferido pelo Desembargador Sérgio Paladino, em nome do Tribunal de Justiça, em saudação ao novo Desembargador Sérgio Antônio Rizelo, empossado no Tribunal de Justiça de Santa Catarina

32 Discurso de posse do Dr. Sérgio Antônio Rizelo no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

38 Discurso proferido pelo Desembargador Pedro Manoel Abreu em nome do Tribunal de Justiça em saudação à posse de 58 novos Juízes de Direito Substitutos, no quadro do Poder Judiciário de Santa Catarina

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

47 Agravo regimental na medida cautelar em mandado de segurança

51 Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

61 Conflito de competência

67 Recursos especiais

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

ÓRGÃO ESPECIAL

81 Agravo regimental em pedido de suspensão de liminar

90 Ação direta de inconstitucionalidade

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

141 Embargos infringentes

203 Pedido de uniformização de jurisprudência

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

246 Apelações cíveis

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL
324 Apelações cíveis

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL
348 Agravo de instrumento
359 Apelação cível
378 Embargos de declaração em apelação cível

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL
383 Apelação cível

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL
403 Apelações cíveis

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL
422 Apelação cível

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL
434 Agravo de instrumento
461 Apelações cíveis

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL
485 Apelações cíveis

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL
522 Apelação cível

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
528 Agravo de instrumento

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
540 Apelação cível

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
560 Apelação cível

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO
581 Apelações cíveis

CÂMARA CIVIL ESPECIAL
610 Agravo em agravo de instrumento

JURISPRUDÊNCIA PENAL

SEÇÃO CRIMINAL
623 Embargos infringentes

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL
636 Apelações criminais

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL
728 Apelações criminais

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL
995 *Habeas corpus*
1006 Apelação criminal

1023 **RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO SANTA CATARINA**
1043 **ÍNDICE NUMÉRICO**
1047 **ÍNDICE POR ASSUNTO**
1077 **ÍNDICE ONOMÁSTICO**

APRESENTAÇÃO

A Comissão de Jurisprudência entrega aos operadores do Direito o Volume 126 da revista "Jurisprudência Catarinense", 40 anos depois de sua publicação primeira, em meados de 1973. Com tiragem atual de 500 exemplares, confeccionados pela Gráfica do Tribunal de Justiça, distribuídos trimestralmente a autoridades estaduais, nacionais e internacionais, desembargadores e juízes de direito, consolidou-se como fonte permanente de pesquisa e atualização de profissionais e estudantes da área, também em sua versão digital.

A jurisprudência, nas palavras de Miguel Reale, "é a matéria-prima sobre a qual tem de trabalhar o escritor e o professor; corresponde a estes estudá-la, sistematizá-la e também guiá-la; pela jurisprudência, porém mais além da jurisprudência, essa deve ser a sua divisa; há lugar nela simultaneamente para uma espécie de clínica jurídica e para o que Gény chama, muito felizmente, a livre investigação científica; o essencial é não trabalhar no vazio ou só pelo prazer de construir axiomas e teoremas jurídicos".

O Direito, como fluxo incessante da vida, é reconstruído no quotidiano sob o enfoque de novas situações, decorrentes das transformações sociais, pelo que não é engano afirmar que a lei sempre chega depois. E se a lei fosse suficiente, perfeita e imutável para subsumir o caso concreto à norma, não seriam necessários juízes. Bastaria uma máquina.

O juiz, contudo, é muito mais do que isso. Valendo-se da razão e de suas próprias máximas de experiência, interpreta as normas formais de maneira a transmitir à sociedade confiança quanto aos seus direitos, o que nada mais é do que a tão almejada segurança jurídica, refletida nas centenas de julgados publicados na "Jurisprudência Catarinense" nas quatro últimas décadas.

CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Presidente do Tribunal de Justiça

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(julho 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. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Des. JAIME RAMOS
Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI
Des. JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR (substituindo o 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
Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL
Des. JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR
Des. HENRY Goy PETRY JUNIOR
Des. RAULINO JACÓ BRÜNING
Des. JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Des. RONEI DANIELLI
Des. LUIZ FERNANDO BOLLER
Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA (substituindo o Des. JAIME LUIZ VICARI)
Juiz de Direito de Segundo Grau SAUL STEIL (substituindo a Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA)
Juiz de Direito de Segundo Grau ODSON CARDOSO FILHO (substituindo o Des. JAIRO FERNANDO GONÇALVES)
Juiz de Direito de Segundo Grau JORGE LUIS COSTA BEBER (substituindo o Des. VICTOR José Sebem FERREIRA)
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. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER
Desa. REJANE ANDERSEN
Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN
Des. RODRIGO Antônio da CUNHA
Desa. SORAYA NUNES LINS
Des. PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA
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)
Juiz de Direito de Segundo Grau GUILHERME NUNES BORN (substituindo o Des. JÂNIO de Souza MACHADO)
Juiz de Direito de Segundo Grau DINART FRANCISCO MACHADO (substituto)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

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

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 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
Des. JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Juiz de Direito de Segundo Grau GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

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

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA – Presidente
Des. LUIZ FERNANDO BOLLER
Juiz de Direito de Segundo Grau JORGE LUIS COSTA BEBER (substituindo o Des. VICTOR José Sebem FERREIRA)
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
Juiz de Direito de Segundo Grau ODSON CARDOSO FILHO (substituindo o Des. JAIRO FERNANDES GONÇALVES)
Juiz de Direito de Segundo Grau ODSON CARDOSO FILHO (Cooperador)

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR – Presidente
Des. RONEI DANIELLI
Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA (substituindo o Des. JAIME LUIZ VICARI)
Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA (Cooperador)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

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

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

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

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA – Presidente
Des. TULIO José Moura PINHEIRO
Des. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
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. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN – Presidente
Desa. SORAYA NUNES LINS
Juiz de Direito de Segundo Grau GUILHERME NUNES BORN (substituindo o Des. JÂNIO de Souza MACHADO)
Juiz de Direito de Segundo Grau GUILHERME NUNES BORN (Cooperador)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

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

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS – Presidente
Des. CID José GOULART Junior
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI
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
Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ADILSON SILVA (Substituindo o Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU)
Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ADILSON SILVA (Cooperador)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA – Presidente
Des. JAIME RAMOS
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. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA – 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. ALEXANDRE d'IVANENKO
Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desa. MARLI MOSIMANN VARGAS
Des. ROBERTO LUCAS PACHECO
Des. PAULO ROBERTO SARTORATO
Des. CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Des. RICARDO José ROESLER
Des. RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
Juiz de Direito de Segundo Grau VOLNEI CELSO TOMAZINI (substituindo o Des. SÉRGIO ANTÔNIO RIZELO)
Juíza de Direito de Segundo Grau CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER (substituindo a Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA)

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

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

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Des. RICARDO José ROESLER – Presidente
Juiz de Direito de Segundo Grau VOLNEI CELSO TOMAZINI (substituindo o Des. SÉRGIO ANTÔNIO RIZELO)
Juíza de Direito de Segundo Grau CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER (substituindo a Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA)
Juiz de Direito de Segundo Grau VOLNEI CELSO TOMAZINI (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

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

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS – Presidente
Des. ROBERTO LUCAS PACHECO
Des. RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
Juiz de Direito de Segundo Grau NEWTON VARELLA JÚNIOR 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 SÉRGIO PALADINO, EM NOME DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, EM SAUDAÇÃO AO NOVO DESEMBARGADOR SÉRGIO ANTÔNIO RIZELO, EMPOSSADO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

"Agraciou-me o presidente desta Corte atendendo, também, o desejo do ilustre Desembargador empossado, com a grata incumbência de saudá-lo em nome do Colegiado. O imenso prestígio do Desembargador Sérgio Antônio Rizelo no meio jurídico do nosso Estado, o qual desborda, até, das suas divisas, demuda o encargo numa honra, que a todos, por certo, distinguiria. O acontecimento, por si mesmo dos mais significativos no âmbito desta Corte, mais marcante, hoje, pela pessoa do homenageado, reclamava um orador mais inspirado e afeito ao vernáculo. Coube a mim, no entanto, despido, embora, desses atributos, a distinção, concebida, certamente, pela argúcia mental do novel desembargador. Sabendo-me seu admirador confesso, dos integrantes do Tribunal, aquele, talvez, de relacionamento mais longevo, e entre os colegas da mesma origem, o mais antigo no cargo e na idade, e já tendo no prelo o último capítulo da passagem nesta Corte — com todos esses ingredientes — o sábio homenageado atinou que a opção pelo meu nome seria por todos assimilada. Ciente das minhas limitações, não poderia, contudo, recusar o privilégio. O Desembargador Sérgio Antônio Rizelo chegou ao Ministério Público no dia 14 de junho de 1985. Começou, então, a escalar a montanha — gigante, bonita, atraente — requestada, a cada ano, por milhares de interessados, atraídos, Dr. Lio, pelo ideal de servir ao bem comum, que tem a vigilância permanente e destemida do Ministério Público, hoje tão bem comandado por Vossa Excelência. Já nos primeiros passos, o então Promotor de Justiça demonstrou que era um grande alpinista, exercendo

com zelo e dedicação extraordinários as funções do seu cargo e angariando, em razão disso, o respeito e a admiração dos colegas, juízes, advogados e da sociedade em geral. Seus trabalhos eram disputados no grau superior da instituição, despertando, em todos — e aqui invoco os testemunhos dos Desembargadores Moacyr de Moraes Lima Filho e Luiz Cézar Medeiros, meus contemporâneos, à época, no Ministério Público — a curiosidade por conhecer, pessoalmente, o prodígio. Nessa marcha, sempre constante, perfez sua caminhada no 1º grau, pavimentando, com rara destreza, cada trecho do caminho — de Concórdia, sua querida terra natal (e também da Sandra, sua amada esposa), onde iniciou como Promotor de Justiça Substituto, até a Capital, passando por Ponte Serrada, Palmitos, Videira e Chapecó, onde viu nascer Ana Flávia, sua única, linda e adorada filha. Chegou ao cume da montanha no dia 4 de novembro de 1997. Emergiu, então, em face das novas funções, para todo o Estado, atuando em processos de todos os tipos, oriundos de todos os quadrantes. Os seus pareceres jorravam erudição, conhecimento profundo do Direito e domínio absoluto do vernáculo, tornando aprazível a sua leitura e favorecendo ao intérprete a rápida e fácil compreensão da matéria debatida. Nem aos mais exigentes escapava a constatação da qualidade dos escritos e do saber jurídico do, então, Procurador de Justiça. Era, sem dúvida e sem favor, um profissional preeminente. Na 2ª Câmara Criminal, onde convivi mais de perto com o Desembargador Rizelo — invoco, agora, os testemunhos da Desembargadora Salete Sommariva e do Desembargador Tulio Pinheiro — , seus pareceres eram, por todos, degustados — e tinham no saudoso Desembargador Irineu João da Silva, parcimonioso nos elogios, mas jamais recusando-os quando merecidos, seu maior apologista. Hoje, em outro plano, no lugar reservado àqueles que cumpriram, com louvor, seu ofício na Terra, ele contempla a chegada do afilhado à Corte que tanto dignificou. Vossa Excelência, Desembargador Rizelo, a partir da sua posse, irá atuar, também, na 2ª Câmara Criminal, e irá sentar, justamente, na mesma cadeira em que o Desembargador Irineu sentou por mais de 10

anos. Não é acaso, ou mera coincidência. É a mensagem, que chega não sei por que mecanismos, mas muito clara, de que Vossa Excelência terá em suas novas funções o mesmo sucesso que acompanhou, em toda sua trajetória, um dos maiores juízes que passou por esta Corte, onde deixou uma marca indelével que o tempo, por mais corrosivo que seja, não conseguirá apagar. Sobre o Rizelo, colega e amigo, ouvi dos seus próximos as maiores expressões de apreço e admiração. Sobre o esposo e pai intuí, do colóquio com a Sandra e a Ana Flávia — orgulhosas da condição de mulher e filha, tomadas de enlevo e encantamento, —que, no seio familiar, ele transcende a qualquer conceito. Fez questão, também, de observar a Sandra que foi um filho terno, e que é um irmão afetuoso, grato e reconhecido aos seus outros dez irmãos. Da Ana Flávia, emocionada, ouvi, ainda, que é seu guia, conselheiro e melhor amigo. Dos servidores desta Casa, mesmo daqueles que pouco o conhecem, senti o regozijo. Tanto carinho e apreço emprestam ao Rizelo uma feição mítica, o que se conforma, aliás, com o seu semblante sereno e compassivo, com o seu altruísmo e com os seus hábitos morigerados. Aclamado por todos os seus integrantes, que lhe atribuíram todos os votos possíveis, o Desembargador Sérgio Antônio Rizelo toma assento nesta Corte credenciado por sua conduta imaculada na vida privada e destacada atuação no Ministério Público. Engrandecido, Desembargador Rizelo, por tê-lo, a partir de agora, em seus quadros, o Tribunal o recebe de braços abertos, desejando-lhe permanência longa e sucesso nas novas funções."

DISCURSO DE POSSE DO DOUTOR SÉRGIO ANTÔNIO RIZELO NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

"Embora não as mereça, agradeço, sensibilizado, as palavras afetuosas que me foram dirigidas pelo eminente Desembargador Sérgio Paladino, que conseguiu dar destaque a uma carreira absolutamente comum. A manifestação deste destacado Magistrado, além de se constituir em gesto que traduz nossa amizade, é também característica do seu gigantesco e generoso coração. Esteja certo, Desembargador Sérgio Paladino, que também lhe devoto profunda admiração e respeito, e que reconheço em Vossa Excelência um modelo de Magistrado a ser seguido. Senhoras e Senhores. Depois de quase 28 anos de Ministério Público, que completaria em junho próximo, aceitei o desafio de exercer uma nova função pública, que, bem sei, é um sacerdócio na luta árdua pelo aperfeiçoamento da democracia, pela garantia dos direitos fundamentais e pela implementação do exercício pleno da cidadania. Estou consciente da mudança que isso opera em minha vida, uma vez que se, no Ministério Público, os caminhos já me eram conhecidos, neste Egrégio Tribunal tudo será novidade. Por isso, de lado o conforto e a acomodação do 'já conhecido', lanço-me com coragem e alegria nesse novo começar, que será de intenso aprendizado e me enriquecerá em todos os sentidos. O Quinto Constitucional constitui-se em democrático mecanismo de oxigenação da Justiça, pois permite que Advogados e Membros do Ministério Público passem a integrar o Poder Judiciário na busca de decisões enriquecidas com a visão que agregam ante a experiência que amealharam nas carreiras que anteriormente integravam. Concorrer com qualificados e dignos Membros de Ministério Público a uma vaga de Desembargador foi pedagógico e honroso, assim como foi gratificante ter sido escolhido para integrar a lista

sêxtupla pelo Conselho Superior do Ministério Público Estadual. Pela composição plenária desse Egrégio Tribunal de Justiça, tive a alegria de ser o candidato mais votado, mostra da generosidade dos eminentes Desembargadores que o compõem. A alegria que experimentei com a votação recebida se explica porque este Tribunal de Justiça é respeitado no Brasil e orgulha a sociedade catarinense, dada a elevada qualificação dos seus ilustres Integrantes. A célere nomeação pelo Excelentíssimo Governador do Estado, Senhor Raimundo Colombo, evidenciou profundo respeito pelos Órgãos Colegiados que me alçaram à condição de candidato, visto que a escolha recaiu sobre aquele que agregou o maior número de votos dos qualificados eleitores votantes. Ingresso na Magistratura como interessado operador jurídico que deve, antes e acima de tudo, mais observar e aprender do que discorrer. Mas ouso registrar que todos devem contribuir para a solução dos problemas que se abatem sobre a sociedade catarinense, notadamente quanto ao combate à criminalidade organizada e às drogas, verdadeiro câncer e mola propulsora da violência em geral, sendo rematado equívoco considerar que isso é tarefa exclusiva das Autoridades constituídas. Estou absolutamente seguro que o Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina corresponderá à expectativa de toda a sociedade, como, aliás, sempre correspondeu, pois, apesar dos desafios e da complexidade dos litígios que lhe são e foram submetidos à deliberação, seus julgamentos sempre foram serenos, desapaixonados, tecnicamente eficientes e socialmente eficazes, fazendo brotar 'a boa justiça'. Embora ciente da importância da análise da matéria de fato dos processos que me couber examinar, porque, em regra, o Tribunal de Justiça é a última instância de análise da prova, é fato auspicioso saber que poderei contar nessa tarefa com o amparo de Magistrados experientes e dotados de virtudes lapidadas pelo tempo, o que me conforta e anima. Impossível não lembrar, neste momento, que, quando concluí a graduação, regressei à minha terra natal, Concórdia, passando, então, a frequentar assiduamente a Casa da Justiça local e a ter contato mais próximo com os Promotores de Justiça e Juízes

de Direito que ali exerciam seus ofícios. Lembro-me bem de como fui agradavelmente recebido pelos Doutores Raulino Uliano, Darcy Langoski, Newton Trisotto e Solon D'Eça Neves, os dois primeiros, à época, Promotores de Justiça naquela Comarca e os outros dois então Juízes de Direito. A respeitosa acolhida que mereci e a seriedade e competência com que todos se portavam me fez admirá-los intensamente. Dessa admiração resultou a minha disposição de prestar concurso, pois, a julgar pelos exemplos que colhi de Suas Excelências, concluí que poderia me realizar pessoalmente e prestar relevantes serviços à sociedade catarinense, o que eles, como disse, sempre fizeram. Agradeço, pois, aos Doutores Raulino Uliano, Darcy Langoski e Solon D'Eça Neves, *in memoriam*, e também ao eminente Desembargador Newton Trisotto, aqui presente, as lições de sabedoria que me proporcionaram e que se constituíram em importante substrato para o que se passou comigo desde então. Também agradeço ao eminente Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho, o qual, então Chefe do Ministério Público Estadual, convidou-me para integrar sua assessoria quando eu ainda exercia minhas funções em Chapecó, trazendo-me para esta Capital, período de intenso aprendizado e que me alçou à oportunidade de estar aqui hoje. Integrarei a Colenda Segunda Câmara Criminal desta Egrégia Corte de Justiça, onde já atuaram e atuam expoentes da Magistratura Estadual, rendendo minha homenagem a todos na pessoa do saudoso Desembargador Irineu João da Silva. Agradeço ao Ministério Público do Estado de Santa Catarina, que me acolheu e tão bem me tratou, sendo impossível não lhe ser grato pela honra de ter pertencido aos seus quadros. Aliás, qualificado quadro de Promotores e Procuradores de Justiça, que o coloca em posição de destaque no cenário nacional. Repito o que já disse aos meus ex-colegas: Se mais não realizei e aprendi no *Parquet* não foi por falta de exemplos ou de ensinamentos, que de Vossas Excelências recebi abundantemente. Não acredito que se possa, na vida, conquistar vitórias sem a ajuda, sem o auxílio e sem a colaboração de outras pessoas. Afortunado, com muitos e dedicados amigos, sou grato

a todos que me ajudaram e incentivaram a concorrer ao cargo no qual acabei de tomar posse. Por isso, é justo que compartilhe esse momento com todos aqueles que, de uma forma ou de outra, animaram-me a persegui-lo. Estou de acordo: 'As conquistas mais importantes são aquelas que semeamos e colhemos juntos'. Perdoem se não os cito nominalmente, mas o esquecimento de algum poderia se constituir em injustiça maior do que a omissão que empreendo neste instante. Mas deixo de nomeá-los sem nenhum temor, pois me ampara a certeza de que isso não alterará a nossa amizade. Agradeço, também, aos meus pais, Rosário e Ângela, já falecidos, por tudo o que fizeram e representam para mim. Os valores que defendo foram eles que, consciente ou inconscientemente, legaram-me. Eles sempre lutaram (a expressão é mesmo 'luta') para assegurar, a mim e aos meus irmãos, uma existência digna. Foram pais exemplares e, por saber o quanto lhes custou manter a família, sou-lhes reconhecido. Agradeço à minha esposa, Sandra, dedicada Psicóloga especialista em Neuropsicologia, que sempre me apoiou e, recentemente, orientou-me a agir com redobrada serenidade. Por teu desprendimento, por tudo, enfim, muito obrigado, Sandra. Minha sogra, Dona Irene Lazarotto Sabi, obrigado pela compreensão e pelo carinho sempre demonstrados. Minha filha Ana Flávia, razão da minha vida: eu te amo muito e te agradeço pelos ensinamentos que você me doa mesmo quando nem percebe que o faz. Você é o que de melhor existe em mim. Aos meus irmãos Dirceu e Walter, fiéis escudeiros aqui presentes, também agradeço a confiança sempre demonstrada, o carinho que nunca faltou e a companhia constante, decisiva e agradável. Agradeço também a ajuda e o carinho que recebi dos outros irmãos e irmãs, cunhados e cunhadas, sobrinhos e sobrinhas. Obrigado aos amigos que deixaram importantes afazeres para aqui estar. A todos asseguro que me empenharei para não desapontá-los. Agradeço ao Excelentíssimo Governador do Estado, Senhor Raimundo Colombo, que, entre Procuradores de Justiça renomados e também merecedores da escolha, nomeou-me Desembargador. Quero também agradecer aos ilustres membros do Con-

selho Superior do Ministério Público e aos eminentes Desembargadores deste Egrégio Tribunal de Justiça, que, dentre Procuradores de Justiça qualificados para o exercício da função, permitiram-me tomar posse nesta oportunidade. Agradeço aos colaboradores que serviram no meu gabinete, no Ministério Público, pela dedicação que jamais faltou, e aos que me auxiliarão nesta Egrégia Corte no trato diário dos feitos que nos tocarão, seguro de que a missão será facilitada pelos seus talentos e esforços. Antes de encerrar esta manifestação, impõe-se que eu faça um último registro, para mim da maior importância e significação, que deixei deliberadamente para este momento. Faço questão de reproduzir esse acontecimento. Concluí o segundo grau e, em Concórdia, não havia faculdade que eu pudesse cursar. Meus pais não podiam fazer frente às despesas com a universidade em outra cidade, qualquer que fosse. Nesse contexto é que meu irmão Dirceu Rizelo, já casado e pai de dois filhos, dispôs-se a custear meus estudos, embora isso pudesse causar-lhe algum desconforto orçamentário. Lembro que viajamos juntos para Porto Alegre, onde me matriculei num curso de preparação para vestibular. Até emprego havíamos conseguido na Capital Gaúcha. Quando regressávamos e passávamos por Passo Fundo, ele sugeriu que me inscrevesse para o vestibular de Direito, pois, disse-me: "você precisa saber como enfrentar um". Fiz o vestibular e fui aprovado. Toda minha faculdade foi custeada por Dirceu, pois o trabalho que consegui, em Passo Fundo, não rendia recursos suficientes para manter-me. Ele jamais demonstrou insatisfação em ter que desembolsar parte de seus recursos para manter-me na Universidade. Eu lhe disse que, quando sua filha Juliana ingressasse na Universidade, custearia os estudos dela, como reconhecimento por seu feito. Quando Juliana foi aprovada no Curso de Direito, pedi-lhe que me enviasse mensalmente o boleto bancário para que eu pudesse retribuir o que seu pai fizera comigo. Ela pediu-me educadamente que ajustasse isso com o pai dela. Procurado, Dirceu então me disse que não aceitaria que eu pagasse a graduação da Juliana porque ele não havia ajustado isso comigo. 'Você propôs. Eu jamais disse que aceita-

ria. Não aceito porque poderia parecer que eu fiz como que uma poupança. Não era isso que pretendia quando te ajudei'. Dirceu: a tua ajuda foi fundamental e imprescindível para que eu me tornasse o que sou. Sei da tua alegria com cada progresso que alcanço e exatamente por isso é que te ofereço o melhor do que fui e do que serei. Eternamente, Dirceu, muito obrigado. Amada Ana Flávia: se um dia alguém te perguntar pra que servem os amigos, lembra do teu pai e deste momento. Que Deus sempre nos abençoe! Meu carinho a todos. Muito obrigado".

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR PEDRO MANOEL ABREU, EM NOME DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, EM SAUDAÇÃO À POSSE DE 58 NOVOS JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS NO QUADRO DO PODER JUDICIÁRIO DE SANTA CATARINA

"Excelentíssimo Senhor Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, Desembargador Cláudio Barreto Dutra

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça

Excelentíssimo Sr. Presidente da Associação dos Magistrados Catarinenses

Senhores desembargadores e desembargadoras

Senhores juízes e juízas

Distintos familiares

Senhores advogados

Senhores servidores

Minhas senhoras e meus senhores,

O Tribunal de Justiça, nesta oportunidade, dá posse a uma nova turma de magistrados, incorporando em suas fileiras 58 novos juízes – o maior contingente já aprovado em um único concurso público, em todos os tempos de sua história. O certame é fruto de mais de três anos de uma verdadeira batalha enfrentada pelos candidatos, pela Comissão e pelo Tribunal para arrostar todos os obstáculos que se antepuseram nesse trans-

curso, compondo um verdadeiro enredo dramático que, finalmente, se encerra, agora marcado de regozijo e circunstância. Nesse tempo de espera o prejuízo pessoal e institucional foi mais do que previsível. A lacuna nos quadros da magistratura de primeiro grau se elevou para mais de 120 cargos, de modo a tornar quase impossível administrar a Justiça de forma planejada, como é da tradição deste Tribunal. Não menos ingentes foram as frustrações e aspirações postergadas dessa nova geração de juízes, que resistiu com bravura a todos os percalços para materializar esse sonho, agora efetivado, de integrar a representação do Judiciário catarinense – das Cortes federativas, por sem dúvida, das mais prestigiadas do País! O desafio de realizar um concurso, hoje, Senhor Presidente, é tarefa quase invencível! São tantas as barreiras burocráticas, tão fortes e bizarros os mecanismos de controle e regulação, tão extensos e inviáveis os impedimentos colocando sob suspeição a autonomia administrativa dos tribunais, que a composição das bancas, dantes um honroso múnus institucional, tornou-se uma tarefa inglória a exigir exercício estoico e heroísmo de maratonista de examinadores e examinados! As minhas primeiras palavras, Senhor Presidente, por isso, são de homenagem a Vossa Excelência, ao eminente Vice-Presidente, Desembargador Sérgio Paladino, e a todos quantos comandaram esse processo seletivo no último triênio, cumprindo uma das mais desafiadoras missões administrativas desta Corte! Na condição de Diretor-Executivo da Academia Judicial, e por delegação de meus pares, especialmente do Sr. Vice-Presidente, cumpre-me dar-lhes as boas-vindas, transmitindo-lhes sinceros cumprimentos, extensivos a seus familiares e amigos, que hoje aqui comparecem, orgulhosos, para abraçá-los e festejar esse momento tão significativo de suas vidas! A franqueza crítica do sistema, Senhor Presidente, não pode esmaecer o brilho desta solenidade festiva, muito menos desalentar esses moços e moças que aqui comparecem para prestar o juramento solene de exercer honradamente o cargo de juiz de direito e de bem servir à sociedade catarinense, cumprindo o compromisso sagrado do exercício da Justiça! Por sem dúvida é um momento de

rara emoção, de concretização de uma utopia, de um sonho pessoal e profissional que, a partir de agora, os distingue no concerto social, conferindo-lhes prestígio e responsabilidade, o poder inigualável de julgar seu semelhante. Cumpre-se, aqui, um ritual de passagem, conferindo-se a cidadãos comuns a judicatura, o exercício democrático da jurisdição, a missão de realizar o justo na aplicação do ordenamento jurídico, mediando os conflitos sociais e garantindo os direitos fundamentais no âmbito individual e coletivo. Para compreender os meandros da Justiça, a extensão do poder dos juízes e do próprio Judiciário, proponho-me a fazer uma breve reflexão teórica sobre o tema, que tem sido objeto de instigantes debates no cenário político e acadêmico. A ideia de justiça, para Gonet, está indelevelmente ligada à busca de equilíbrio. O jurista, ainda que variadas as perspectivas de solução, no balanço de interesses conflitantes, pode acabar privilegiando situações de atrito aparentemente inconciliáveis. Mesmo no imaginário social prepondera a noção de que a justiça se cumpre com apelo ao convencimento. Daí a compreensão de que resolver conflitos juridicamente é atividade discursiva, de argumentação. E argumentar, no universo jurídico, significa propor soluções formuladas a partir da ponderação de razões e de princípios. Essa solução, no entanto, não impede que se produza violência, resultante da necessidade de o Direito se impor no meio social. Por isso, Robert Cover afiança que a interpretação jurídica acontece num campo de dor e de morte. O juiz articula seu entendimento sobre um texto e, como consequência, alguém perde a sua liberdade, a sua propriedade, os seus filhos e, até, a sua vida. Daí a imensa responsabilidade social e política do juiz, meus caros noveis magistrados, a ponto de Warat intuir que o juiz decide a partir de sua espiritualidade, "quando entende de gente", "quando entende de vínculos insatisfatórios". Para o saudoso mestre, "é o próprio espírito que o juiz descobre, quando trata de adquirir sabedoria, para desintoxicar relações, começando pelas dele mesmo". Não se pode mais conceber juízes com uma "cabeça cheia de normas" e "atrofiada em termos de criatividade e de

articulação do complexo". Essa espiritualidade cuida de vínculos insatisfatórios para compreender a si e ao outro, para ser compassivo e entender o sofrimento alheio. O juiz cidadão, por isso, num sentido mais amplo, tem o viés de uma magistratura humanizada. O fenômeno jurídico, por outro lado, não mais se conforma na aplicação subsuntiva da norma, idealizada pelo modelo liberal, porquanto a jurisdição deliberativa, emergente da criação das Cortes Constitucionais a partir dos anos cinquenta do século passado, derrogou o princípio da supremacia da lei, suplantando-o pelo princípio da supremacia da Constituição. E o juiz, no cumprimento da atividade jurisdicional, assim como o Judiciário, passa a ser o ator que mantém sob sua guarda os direitos fundamentais, de cuja observância depende a legitimidade das leis. Sob esse prisma, diferentemente do passado, não é mais dependente da política, uma vez que o constitucionalismo democrático conduz a uma crescente expansão do âmbito de intervenção do Judiciário na vida coletiva, justificando o manejo da expressão "democracia jurisdicional" ou "democracia deliberativa". A desneutralização, a emergência de seu ativismo e, sobretudo, a judicialização da política e das relações sociais, especialmente no Brasil a partir da Constituição de 1988, são processos afirmativos do Judiciário em escala mundial, compreendendo tanto os sistemas de *common law* como os de *civil law*, constituindo-o, no vaticínio de Mauro Cappelletti, no "Terceiro Gigante", ou "Guardião das promessas", no dizer de Garapon, evocando-se figuras míticas como a do "Juiz Hércules", na visão de Dworkin, habilitando-o como portador das expectativas de justiça de uma sociedade que cada vez menos se reconhece no seu Estado, em seus partidos e no seu sistema de representação. Na cena contemporânea do Ocidente, não se pode mais compreender a democracia sem considerar suas profundas transformações desde o segundo pós-guerra, e as relações entre os sistemas de direito e da política. O constitucionalismo democrático afetou o princípio da soberania da maioria, já que os atos legislativos e da própria Administração passaram a se submeter ao possível crivo do juiz, inclusive no controle das

políticas públicas, com a ampliação do círculo de intérpretes da Constituição e a instituição da ação civil pública. O Judiciário, com a consolidação da democracia no Brasil, Senhor Presidente, tem sido exigido cada vez mais não só por uma estonteante explosão de conflitos individuais e coletivos, de molde a expor dramaticamente sua ineficiência funcional numa sociedade em profunda transformação, mas principalmente por lhe serem cobrados novos papéis na agenda política, econômica e social do País. Saiu de um cenário de discrição, que sempre demarcou sua atuação histórica, para uma visibilidade política expansiva, decidindo sobre questões cada vez mais graves e de repercussão na vida nacional. País de modernidade tardia, que não concretizou as promessas do Estado do Bem-Estar Social, o Brasil vive a crise do Estado Pós-Social, conflagrando estruturas sociais deficitárias de políticas públicas e de direitos fundamentais, num cenário grave de cidadania passiva e de assistencialismo estatal. Para Eisenberg, há um elo perdido na modernização da sociedade brasileira. Elementos de materialização do direito são incorporados a um direito de constitucionalização ainda frágil e não completamente formalizado (veja-se, v.g., a mora legislativa para a edição de leis complementares), criando a paradoxal imagem de um país cheio de leis, mas sem lei. Dada a complexidade e a repercussão social das decisões judiciais, de outro lado, há evidente preocupação em definir critérios-limite de natureza ético-jurídica para demarcar a ação jurisdicional e os poderes do juiz, dada a sua enorme responsabilidade social. O limite, por certo, é a lógica do razoável, na dicção de Recaséns Siches. Há sempre o risco de que poderes ilimitados possam criar a ilusão de um governo de juízes ou a chamada ditadura da magistratura, a judiciocracia, o judiciarismo, o ativismo judicial, a juridicização do fato político, dentre tantos termos críticos que retratam a capacidade ou a incapacidade de intervenção do Judiciário no âmbito das questões governamentais. Estas, meus caros colegas magistrados, são questões atuais a desafiar os limites da função jurisdicional no âmbito do Estado Democrático de Direito. Compreender os limites constitucionais, através do apri-

moramento intelectual e da formação continuada, torna o juiz coerente, responsável e consequente por seus atos no meio social. Nesse campo, não há espaço para o voluntarismo e o voo cego, burocrático, para o exercício asséptico ou alienado da atividade jurisdicional. Não se pode reproduzir na prática a percepção de que alguns magistrados ignoram os poderes que têm ou que exacerbam os poderes que não detêm. Benjamin Cardozo, representante do realismo da tradição norte-americana, obtempera que as excentricidades dos juízes se equilibram. Um juiz decide sob o ponto de vista histórico, outro da filosofia, ou ainda da utilidade social; um é formalista, outro demasiado liberal; um tem medo de mudanças, outro está descontente com o presente; apesar do atrito dos diversos espíritos, logra-se atingir um certo grau de constância e de uniformidade. Exorta, entretanto, que o juiz, mesmo quando livre, não o é totalmente. Ele não pode inovar a seu bel-prazer. Não é um cavaleiro errante, vagando à vontade em busca de seu próprio ideal de beleza ou de bondade, porquanto não pode e não deve ceder ao sentimento espasmódico, à benevolência indefinida e desgovernada.Para concluir, distintos magistrados, o dever fundamental do juiz cidadão é fazer justiça. Para tanto, deve afastar-se dos legalismos estéreis que cerceiam a sua liberdade de criar o Direito para o caso concreto; de conferir o caráter injuntivo que lhe permite impender, na sentença, seu papel de construtor de uma ordem jurídica justa, comprometida com os valores e os princípios ético-sociais que a sociedade pretende preservar! Essa é a mensagem que deixo, desafiando-os permanentemente para o estudo e a reflexão, para o exercício competente e corajoso da jurisdição, de forma a marcar suas vidas no âmbito pessoal e profissional com simplicidade, dignidade e respeitabilidade, atributos de um bom juiz. Em meu nome pessoal e da Corte, desejo a todos muito sucesso e que tenham uma carreira vitoriosa e feliz, no bom propósito de bem servir a todos os catarinenses!

Muito obrigado."

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA

Agravo Regimental na Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 29.039, do Distrito Federal

Relator: Ministro Gilmar Mendes
Agravante(s): União
Advogado(a/s): Advogado-Geral da União
Agravado(a/s): Associação dos Notórios e Registradores do Brasil – Anoreg/Br e outro(a/s)
Advogado(a/s): Maurício Garcia Pallares Zockun
Intimado(a/s): Corregedor do Conselho Nacional de Justiça – CNJ
Advogado(a/s): Advogado-Geral da União

DECISÃO

Cuida-se de agravo contra medida liminar por mim deferida em mandado de segurança impetrado pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil.

No caso, o *writ* impugna ato do Corregedor Nacional de Justiça que determinou a incidência do teto remuneratório máximo dos servidores públicos aos interinos responsáveis pelos trabalhos de serventias extrajudiciais.

Em 27.9.2010, deferi o pedido de liminar, com a seguinte fundamentação:

> A questão central do *writ* refere-se à natureza jurídica dos interinos responsáveis pelos trabalhos de serventias extrajudiciais. Dúvidas não há quanto à regência da questão remuneratória dos delegados titulares desses serviços: segundo o disposto no artigo 28 da Lei n. 8.935/94 - a qual regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro, os notários e oficiais de registro '*têm*

> *direito à percepção dos emolumentos integrais pelos atos praticados na serventia*'. A figura do 'interino' é decorrência da extinção da delegação (pelas diversas causas legalmente previstas), com vistas à continuidade da prestação do serviço público (art. 39, § 2º, Lei n. 8.935/94) até posse de novo titular (por remoção ou concurso público), e terá por funções 'responder pelo expediente' da serventia enquanto esta não for provida. O interino desempenhará as *mesmas* atribuições do titular, com a única diferença de o fazer em caráter provisório. Dessa forma, do ponto de vista remuneratório, a natureza jurídica do interino é similar à natureza jurídica do delegado titular, pois ambos realizam, materialmente, idênticas atividades concretas. Esta identidade de motivos determinantes faz incidir o mesmo regramento jurídico, vale dizer, artigo 28 da Lei n. 8.935/94.
>
> Aparentemente, inexiste fundamentação legal a embasar a submissão dos cartorários, ainda que temporários, ao teto salarial dos servidores públicos. Do ponto de vista constitucional, a solução da questão apontada pelo Senhor Corregedor Nacional de Justiça passa pelo célere provimento dos cargos consoante legalmente previsto.
>
> Pelo exposto, num juízo precário, inerente à fase processual, tenho como plausíveis os argumentos iniciais, por não vislumbrar similitude entre as atividades desempenhadas pelos delegatários de serventias extrajudiciais (titulares ou interinos) e o instituto previsto no artigo 37, XI, da Constituição Federal, motivo pelo qual *defiro a liminar pleiteada*, para suspender os efeitos da decisão do Corregedor Nacional de Justiça. (eDOC 12)

Contra esta decisão, a Advocacia-Geral da União interpôs agravo (eDOC 50), infirmando tanto a presença do *fumus boni juris* quanto do *periculum in mora*. Em síntese, sustenta a agravante que "*a regra taxativa do concurso público (art. 236, §3º, CR/88) havia sido contínua e deliberadamente inobservada em todos os Estados da federação*" (fl. 3, eDOC 50), de modo que, enquanto não realizado o indispensável concurso público, o serviço público é de inteira responsabilidade do Estado, devendo incidir a regra do art. 37, XI, da CF/1988 a todos os responsáveis provisórios por serventia extrajudicial. Além disso, pugna pela inexistência do perigo na demora uma vez que o parâmetro do teto do funcionalismo público não

representa qualquer risco à subsistência ou à dignidade dos impetrantes, ao passo que o deferimento da liminar possui caráter irreversível.

Solicitada a manifestação em razão dos diversos pedidos de extensão da liminar, o Conselho Nacional de Justiça informou que ainda há 4.700 serventias judiciais vagas, não tendo sido realizado concurso, desde a edição da Resolução CNJ 81/2009, em quatorze unidades da federação, apesar da existência de vagas, a saber: Alagoas, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Sul, Sergipe e Tocantins (eDOC 73).

Além disso, a União requereu o indeferimento dos pedidos de extensão dos efeitos da liminar, requerendo o julgamento do agravo regimental antes de analisados os mencionados pedidos (eDOC 75).

Passo a decidir.

A princípio, verifico que a longa manutenção da situação provisória alterou o quadro fático da espécie.

Com efeito, dispõe o art. 236, § 3º, da Constituição Federal:

> §3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, *por mais de seis meses*.

Apesar do claro comando constitucional, as informações atualizadas oferecidas pelo Conselho Nacional de Justiça demonstram o verdadeiro abuso na substituição sem concurso público de serventias extrajudiciais.

Com efeito, ainda estão vagas mais de 4.700 serventias extrajudiciais apesar dos esforços do próprio CNJ em declarar a vacância há mais de 4 anos. Em pelo menos 15 unidades da Federação não se realizou sequer um certame para preenchimento dessas vagas, em verdadeiro desprezo ao

prazo constitucionalmente consignado e desprestígio da regra do concurso público.

Na realidade, a eternização da situação irregular indica o periculum in mora inverso na concessão da medida cautelar, rechaçado pela jurisprudência desta Corte (AC-MC 1657, Redator para o acórdão Min. Cezar Peluso, Pleno, DJe 31.8.2007; ADI-MC 2435, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, DJe 31.10.2003) e alegado no agravo regimental da União, dada a difícil, se não impossível, reversibilidade dos efeitos da medida cautelar.

Por outro lado, a aplicação do teto remuneratório do serviço público não implica violação à dignidade da pessoa humana, nem risco relevante à subsistência dos atingidos, razão pela qual entendo afastado o indispensável *periculum in mora*.

Ante o exposto, acolho os fundamento do agravo da União (eDOC 50) e reconsidero a decisão proferida no eDOC 12, para cassar a medida liminar, restando prejudicados o mencionado agravo e os correspondentes pedidos de extensão.

Oficiem-se, com urgência, a autoridade coatora e todos os Tribunais de Justiça para ciência da presente decisão.

Independentemente de novas petições, encaminhem-se os autos à Procuradoria-Geral da República para parecer.

Publique-se. Int.

Brasília, 29 de maio de 2013.

Ministro Gilmar Mendes, Relator

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 730.044, de Santa Catarina

Relatora: Ministra Rosa Weber
Agravante(s): Banco Santander (Brasil) S/A
Advogado(a/s): Isabela Braga Pompilio e outro(a/s)
Agravado(a/s): Distribuidora de Bebidas Caçador Ltda
Advogado(a/s): Gabriel Lemos da Costa e outro (a/s)

EMENTA

DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO BANCÁRIO ROTATIVO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – CDC. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA AO ART. 93, IX, DA CF/88. INEXISTÊNCIA. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O MANEJO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 03.8.2010.

O exame da alegada ofensa ao art. 5º, XXXV, e XXXVI, da Constituição Federal, dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, o que refoge à competência jurisdicional extraordinária, prevista no art. 102 da Constituição Federal.

Inexiste violação do artigo 93, IX, da CF/88. O Supremo Tribunal Federal entende que o referido dispositivo constitucional

exige que o órgão jurisdicional explicite as razões do seu convencimento, dispensando o exame detalhado de cada argumento suscitado pelas partes.

Agravo regimental 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 Luiz Fux, 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, 16 de abril de 2013.

Ministra Rosa Weber, Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (Relatora): Contra decisão por mim proferida (fls. 613-6), mediante a qual negado provimento a seu agravo em recurso extraordinário interposto de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, maneja agravo regimental o Banco Santander (Brasil) S/A (fls. 647-52).

O agravante insurge-se contra a decisão agravada, ao argumento de que há ofensa direta e frontal aos dispositivos alegados no recurso extraordinário. Sustenta ofensa ao princípio da motivação das decisões judiciais – art. 93, IX, da CF. Requer a reforma da decisão agravada, alegando que o acórdão recorrido feriu dispositivos constitucionais.

Acórdão recorrido publicado em 03.8.2010 (fl. 353).

O Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao agravo em recurso especial, decisão com trânsito em julgado (fl. 609v).

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*, foi manejado agravo. Na minuta, sustenta-se que o recurso extraordinário reúne todos os requisitos para sua admissão. Aparelhado o recurso na afronta aos arts. 5º, XXXVI, e 93, IX, da Constituição Federal.
>
> 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.
>
> Da leitura dos fundamentos do acórdão prolatado na origem, constato explicitados os motivos de decidir, a afastar o vício da nulidade por negativa de prestação jurisdicional arguido. Destaco que, no âmbito técnico-processual, o grau de correção do juízo de valor emitido na origem não se confunde com vício ao primado da fundamentação,

notadamente consabido que a disparidade entre o resultado do julgamento e a expectativa da parte não sugestiona lesão a norma do texto republicano. Precedentes desta Suprema Corte na matéria:

'Fundamentação do acórdão recorrido. Existência. Não há falar em ofensa ao art. 93, IX, da CF, quando o acórdão impugnado tenha dado razões suficientes, embora contrárias à tese da recorrente' (AI 426.981-AgR, Relator Ministro Cezar Peluso, DJ 05.11.04; no mesmo sentido: AI 611.406-AgR, Relator Ministro Carlos Britto, DJE 20.02.09).

'Omissão. Inexistência. O magistrado não está obrigado a responder todos os fundamentos alegados pelo recorrente. PIS. Lei n. 9.715/98. Constitucionalidade. A controvérsia foi decidida com respaldo em fundamentos adequados, inexistindo omissão a ser suprida. Este Tribunal fixou entendimento no sentido de que o magistrado não está vinculado pelo dever de responder todos os fundamentos alegados pela parte recorrente. Precedentes. Esta Corte afastou a suposta inconstitucionalidade das alterações introduzidas pela Lei n. 9.715/98, admitindo a majoração da contribuição para o PIS mediante a edição de medida provisória. Precedentes' (RE 511.581-AgR, Relator Ministro Eros Grau, DJE 15.8.08).

'O que a Constituição exige, no art. 93, IX, é que a decisão judicial seja fundamentada; não, que a fundamentação seja correta, na solução das questões de fato ou de direito da lide: declinadas no julgado as premissas, corretamente assentadas ou não, mas coerentes com o dispositivo do acórdão, está satisfeita a exigência constitucional' (AI 402.819-AgR, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 05.9.03).

O exame de eventual ofensa aos preceitos constitucionais indicados nas razões recursais, consagradores dos princípios da legalidade, 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*:

'RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Alegação de ofensa ao art. 5º, XXII, XXIII, XXIV, LIV e LV, da Constituição Federal. Violações dependentes de reexame prévio de normas inferiores. Ofensa

constitucional indireta. Matéria fática. Súmula 279. Agravo regimental não provido. É pacífica a jurisprudência desta Corte, no sentido de não tolerar, em recurso extraordinário, alegação de ofensa que, irradiando-se de má interpretação, aplicação, ou, até, inobservância de normas infraconstitucionais, seria apenas indireta à Constituição da República, e, muito menos, de reexame de provas' (STF-AI-AgR-495.880/SP, Relator Ministro Cezar Peluso, 1ª Turma, DJ 05.8.2005).

'Recurso extraordinário: descabimento: acórdão recorrido, do Tribunal Superior do Trabalho, que decidiu a questão à luz de legislação infraconstitucional: alegada violação ao texto constitucional que, se ocorresse, seria reflexa ou indireta; ausência de negativa de prestação jurisdicional ou de defesa aos princípios compreendidos nos arts. 5º, II, XXXV, LIV e LV e 93, IX, da Constituição Federal' (STF-AI-AgR-436.911/SE, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 17.6.2005).

'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).

'TRABALHISTA. ACÓRDÃO QUE NÃO ADMITIU RECURSO DE REVISTA, INTERPOSTO PARA AFASTAR PENHORA SOBRE BENS ALIENADOS FIDUCIARIAMENTE EM GARANTIA DE FINANCIAMENTO POR MEIO DE CÉDULA DE CRÉDITO À EXPORTAÇÃO. DECRETO-LEI 413/69 E LEI 4.728/65. ALEGADA AFRONTA AO ART. 5º, II, XXII, XXXV E XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Questão insuscetível de ser apreciada senão por via da legislação infraconstitucional que fundamentou o acórdão, procedimento inviável em

> sede de recurso extraordinário, onde não cabe a aferição de ofensa reflexa e indireta à Carta Magna. Recurso não conhecido' (STF-RE-153.781/DF, Relator Ministro Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ 02.02.2001).
>
> Nesse sentir, não merece processamento o apelo extremo, 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.
>
> *Conheço* do agravo para *negar-lhe provimento* (art. 544, § 4º, II, "a", do CPC).

Irrepreensível a decisão agravada.

Tal como consignado na decisão agravada, a discussão travada nos autos não alcança *status* constitucional. O exame da alegada ofensa ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, o que refoge à competência jurisdicional extraordinária, prevista no art. 102 da Constituição Federal. Cito precedentes:

> 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 *(AI 745.285-AgR/PE, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, unânime, DJe 1º.02.2012).
>
> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. TÍTULOS EXECUTIVOS. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO BANCÁRIO ROTATIVO. ANÁLISE DA OCORRÊNCIA DE EVENTUAL AFRONTA AOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS INVOCADOS NO APELO EXTREMO DEPENDENTE DA REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA CONSTANTE NO ACÓRDÃO REGIONAL. SÚMULA 279/STF. DEBATE DE ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL. As razões do agravo regimental não são aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere ao óbice da Súmula 279 do STF, a inviabilizar o trânsito do recurso extraordinário. Tendo o Tribunal de origem, com lastro na prova produzida, firmado convencimento no sentido de que o documento que fundamenta a execução constitui

> contrato de abertura de crédito bancário rotativo – a carecer de força executiva (Súmula 233/STJ: o contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não é título executivo)-, conclusão em sentido diverso demandaria primeiramente o reexame do conjunto probatório. A análise da ocorrência de eventual afronta aos preceitos constitucionais invocados no apelo extremo demandaria, além da reelaboração da moldura fática, a interpretação de normas infraconstitucionais - inviável em sede extraordinária. Agravo regimental conhecido e não provido (RE 574.476-AgR/SC, de minha relatoria, 1ª Turma, Dje 01.02.2013).

De outra parte, inexiste violação do artigo 93, IX, da CF/88. O Supremo Tribunal Federal entende que o referido dispositivo constitucional exige que o órgão jurisdicional explicite as razões do seu convencimento, dispensando o exame detalhado de cada argumento suscitado pelas partes. Nesse sentido, cito o seguinte precedente:

> Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.
>
> Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral (AI 791.292-QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, por maioria, DJe 13.8.2010).

Nesse contexto, as razões do agravo não são aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere ao âmbito infraconstitucional do debate.

Agravo regimental *conhecido* e *não provido*.

É como voto.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Conflito de Competência n. 123.948, de Santa Catarina (2012/0168239-0)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques
Suscitante: Tribunal Regional Federal da 4ª Região
Suscitado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
Interessado: Dalci Baggio
Interessado: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE JUÍZOS ESTADUAL E FEDERAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE E APOSENTADORIA POR INVALIDEZ DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. ART. 109, I, DA CF. SÚMULAS 501/STF E 15/STJ. PRECEDENTES DO STF E STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

DECISÃO

Trata-se de conflito negativo de competência instaurado entre o Tribunal Regional Federal da 4ª Região e o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em ação ajuizada por Dalci Baggio contra o Instituto Nacional de Seguridade Social, na qual objetiva a concessão de benefício previdenciário.

O Juízo Federal, em sede recursal, declinou da competência e determinou a remessa dos autos à Justiça Estadual com fundamento no art. 109, I, da Constituição Federal, pois o benefício previdenciário pleiteado decorre de acidente de trabalho.

O Juízo Estadual não conheceu do recurso de apelação e determinou o retorno dos autos ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região por entender que a "Justiça Estadual de 1º Grau é responsável pela apreciação das ações em que figuram como partes o INSS e os segurados, quando a comarca não é sede de Vara Federal (art. 109, I, § 3º, da CF) e que a "competência para julgamento de recurso de demanda de natureza previdenciária é do Tribunal Regional Federal (art. 109, I, § 4º, da CF)".

Por sua vez, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região suscitou o presente conflito de competência (fls. 166/172).

Nesta Corte Superior, o Ministério Público Federal opinou pela competência da Justiça Federal.

É o relatório. Passo a decidir.

Inicialmente é necessário consignar que competência para julgar as demandas que objetivam a concessão de benefício previdenciário relacionado à acidente de trabalho deve ser determinada em razão do pedido e causa de pedir. Nesse sentido: CC 107.468/BA, 3ª Seção, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 22/10/2009.

No caso dos autos, a ação foi ajuizada contra o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS na qual objetiva o recebimento de benefício previdenciário, especificamente a concessão de auxílio-acidente ou aposentadoria por invalidez decorrente de acidente de trabalho.

O art. 109, I, da Constituição Federal estabelece:

> Aos juízes federais compete processar e julgar:
>
> I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; (sem destaques no original)

O referido dispositivo constitucional expressamente excepciona a competência da Justiça Federal para julgar demandas que envolvem acidente de trabalho, as quais devem ser julgadas pela Justiça Estadual, inclusive as relacionadas a concessão e revisão de benefícios previdenciários.

Nesse sentido, a orientação das Súmulas 15/STJ e 501/STF, as quais estabelecem respectivamente:

> Compete a justiça estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho.
>
> Compete à justiça ordinária estadual o processo e o julgamento, em ambas as instâncias, das causas de acidente do trabalho, ainda que promovidas contra a união, suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista.

Sobre o tema, a orientação do Supremo Tribunal Federal:

> RECURSO. Extraordinário. Competência para processar e julgar. Benefícios previdenciários. Acidentes de trabalho. Repercussão geral reconhecida. Precedentes. Reafirmação da jurisprudência. Recurso provido. Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas relativas ao restabelecimento de benefícios previdenciários decorrentes de acidentes de trabalho. (RE 638.483 RG/PB, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, Dje de 30.8.2011)

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL PARA PROCESSAR E JULGAR A CAUSA. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 501 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (AI 722.821 AgR/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 27.11.2009)

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACIDENTE DO TRABALHO. AÇÃO ACIDENTÁRIA

> AJUIZADA CONTRA O INSS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. INCISO I E § 3O DO ARTIGO 109 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA 501 DO STF. A teor do § 3o c/c inciso I do artigo 109 da Constituição Republicana, compete à Justiça comum dos Estados apreciar e julgar as ações acidentárias, que são aquelas propostas pelo segurado contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, visando ao benefício e aos serviços previdenciários correspondentes ao acidente do trabalho. Incidência da Súmula 501 do STF. Agravo regimental desprovido. (RE 478.472 AgR/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJe de 26.4.2007)

A Primeira Seção desta Corte Superior recentemente também analisou o tema:

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL E JUSTIÇA ESTADUAL. AÇÃO VISANDO AO REAJUSTAMENTO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO AUXÍLIO-ACIDENTE DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. ALCANCE DA EXPRESSÃO "CAUSAS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO".
>
> 1. Nos termos do art. 109, I, da CF/88, estão excluídas da competência da Justiça Federal as causas decorrentes de acidente do trabalho. Segundo a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal e adotada pela Corte Especial do STJ, são causas dessa natureza não apenas aquelas em que figuram como partes o empregado acidentado e o órgão da Previdência Social, mas também as que são promovidas pelo cônjuge, ou por herdeiros ou dependentes do acidentado, para haver indenização por dano moral (da competência da Justiça do Trabalho - CF, art. 114, VI), ou para haver benefício previdenciário pensão por morte, ou sua revisão (da competência da Justiça Estadual).
>
> 2. É com essa interpretação ampla que se deve compreender as causas de acidente do trabalho, referidas no art. 109, I, bem como nas Súmulas 15/STJ ("Compete à justiça estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho") e 501/STF (Compete à justiça ordinária estadual o processo e o julgamento, em ambas as instâncias, das causas de acidente do trabalho, ainda que promovidas contra a união, suas autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista).

3. Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça Estadual. (CC 122528/RJ, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 5.6.12)

No mesmo sentido, os seguintes precedentes desta Corte Superior:

AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇAS FEDERAL E ESTADUAL. PREVIDENCIÁRIO. PRETENSÃO QUE VISA À REVISÃO DE BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. APLICAÇÃO DO ART. 109, I, DA CF/88. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA.

1. É competente a Justiça Estadual para processar e julgar ação relativa a acidente de trabalho, estando abrangida nesse contexto tanto a lide que tem por objeto a concessão de benefício como, também, as relações daí decorrentes (restabelecimento, reajuste, cumulação), uma vez que o art. 109, I, da CF/88, não fez qualquer ressalva a este respeito. Incidência da Súmula 15/STJ: Compete à justiça estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no CC 117.486/RJ, 3ª Seção, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu, DJe de

19.12.2011)

AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. BENEFÍCIO. ACIDENTE DE TRABALHO. REVISÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. É firme a compreensão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, compete à Justiça Estadual processar e julgar a ação mediante a qual se discute a concessão, restabelecimento ou revisão de benefício previdenciário decorrente de acidente de trabalho. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no CC 112.208/RS, 3ª Seção, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 16.11.2011)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. REVISÃO DE APOSEN-

TADORIA POR INVALIDEZ DECORRENTE DE ACIDENTE DO TRABALHO. ART. 109, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTE. SÚMULA 15/STJ E 501/STF. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. SUSCITANTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1.Consoante orientação dos Enunciados nas Súmulas 15/STJ e 501/STF, compete à Justiça Estadual processar e julgar os litígios decorrentes de acidente do trabalho.

2.Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no CC 115.308/RS, 3ª Seção, Rel. Min. Celso Limongi DJe de 12.5.2011)

Ante o exposto, com fundamento no art. 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil, conheço do conflito para declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 1º de fevereiro de 2013.

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

RECURSOS ESPECIAIS

Recurso Especial n. 1.101.153, de Santa Catarina (2008/0239452-8)

Relator: Ministro Og Fernandes
Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Recorrido: J S de F (preso)
Advogado: Rodrigo Pinheiro Duarte e outro(s)

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Estadual, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Extrai-se dos autos que o recorrido foi condenado como incurso no art. 213, c/c os arts. 224, "a" e "c", 226, II e III, e 71, bem como no art. 214, c/c os arts. 224, "a" e "c, 226, II e III, 71 e 65, III, "d", todos do Código Penal, nos termos do art. 9º, da Lei n. 8.072/90, à pena de 30 anos de reclusão, a ser cumprida integralmente em regime fechado e, por fim, nas sanções do art. 10, § 1º, III, da Lei n. 9.437/97, à pena de 1 ano de detenção, em regime aberto, e pagamento de 10 dias-multa, tudo em concurso material.

O Tribunal de origem deu parcial provimento à apelação interposta pela Defesa a fim de reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva em relação ao crime de disparo de arma de fogo, além de reduzir a pena-base dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor e afastar a majorante prevista no art. 9º da Lei n. 8.072/90, fixando a reprimenda,

definitivamente, em 20 anos de reclusão, possibilitando, ainda, a progressão de regime.

Daí o presente recurso especial, no qual se alega divergência jurisprudencial e ofensa ao art. 9º da Lei n. 8.072/90, ao argumento de que a referida causa de aumento incide nos casos em que o estupro ou o atentado violento ao pudor é praticado mediante violência real ou grave ameaça contra menor de 14 anos de idade, não havendo falar em *bis in idem.*

Contrarrazões às e-fls. 468/474.

Às e-fls. 478/479, o presente recurso foi admitido pelo Segundo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina como representativo de controvérsia repetitiva.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo provimento do apelo especial.

Decido.

A partir da vigência da Lei n. 12.015/2009, o estupro e o atentando violento ao pudor praticados contra menor de 14 anos passaram a ter uma regulação autônoma, em um novo tipo, no art. 217-A do Código Penal.

Diante da mencionada alteração legislativa, não se mostra mais aplicável a causa de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei n. 8.072/90. Por essas razões, deixo de processar o presente recurso nos termos do artigo 543-C do Código de Processo Civil.

Passo ao exame do recurso especial.

Antes do advento da Lei n. 12.015/09, prevalecia no âmbito do Superior Tribunal de Justiça a compreensão de que, comprovada a existência de violência real ou grave ameaça no crime de estupro ou atentado

violento ao pudor cometido contra menor de 14 anos, deveria ser aplicada a referida causa de aumento de pena prevista no art. 9º da Lei n. 8.072/90.

Para elucidar se houve ou não violência real, recupero as seguintes passagens da sentença e do acórdão hostilizado, respectivamente:

> J S F, já qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas sanções do art. 213, c/c arts. 224, "a" e "c", 226, II e 71, do art. 214 c/c arts. 224, "a" e "c", 226, II e 71, do art. 147, todos do CP, e art. 10, § 10, III e § 3º, I, da Lei 9.437/97, todos do CP, pela prática dos seguintes fatos delituosos: "Há três anos aproximadamente, a menor K M F, na época com 12 (doze) anos de idade, pela primeira vez foi constrangida por seu próprio pai à com ele manter conjunção carnal, fato esse ocorrido dentro de casa, nesta cidade. A partir de então, K sofreu uma série incontável de estupros praticados pelo denunciado, fatos esses ocorridos quando sua mãe ia trabalhar e seus irmãos saiam para brincar na rua. Nessas ocasiões, mediante agressões e ameaças de morte, o denunciado obrigava K a deitar na cama, tirar a calcinha e a constrangia à conjunções carnais efetivamente consumadas. Em algumas oportunidades, após embriagar a filha com 'cuba' e cerveja malta, inclusive na presença dos outros três filhos, com dez, doze e quatorze anos de idade, o denunciado acariciava o corpo da menina e introduzia os dedos em sua vagina, masturbando-a, ou seja, praticava com ela ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Nesses três anos, por sentir ciúmes da filha, o denunciado manteve um controle acirrado sobre ela, privando-a até de sair de casa. Em 30.05.02, a mãe de K, por suspeitar que algo estranho andava ocorrendo, indagou a filha e ela desabafou dizendo que o denunciado a violentava constantemente - a última vez fora na semana anterior -, e que só não tinha relatado antes esses fatos porque ele prometia que a mataria e aquele (a) para quem ela viesse a contar o que estava ocorrendo . Naquele mesmo dia a vítima e sua mãe dirigiram-se à Delegacia da Mulher para registrar as ocorrências, a menina foi submetida a exame de conjunção carnal e, quando retornaram para casa por volta das 15:30 h., desconfiado, furioso e armado de um revólver, o denunciado já estava esperando dentro de casa armado com um revólver – segundo familiares antes do retorno da mulher e da filha, o denunciado já havia efetuado diversos disparos em frente de casa e outro da própria residência . O denunciado tinha por hábito ser muito agressivo com sua esposa e com seus filhos, surrando-os com frequência, e bem por isso ela, ameaçada de morte

> pelo próprio marido, acionou a polícia, que logo em seguida deteve o denunciado e apreendeu a referida arma, cuja numeração foi por ele raspada - fls.06. Antes de ser preso, o denunciado fugiu do local, mas foi alcançado pelos policiais. Indagado na fase investigatôria, o denunciado admitiu que embriagava a vítima, com quem, na presença dos demais filhos, praticava ato libidinoso diverso da conjunção carnal (fls. 33).
>
> Mediante tal conduta constatou-se que o denunciado, mediante grave ameaça, em inúmeras oportunidades manteve conjunção carnal com a filha, noutras com ela praticou ato libidinoso diverso da conjunção carnal, além de, sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, possuir revólver cuja numeração raspou e com o qual fez disparo em lugar habitado ou suas adjacências." (fl. 2). (e--fls. 214/215)
>
> Na comarca de Joinville, o representante do Ministério Público, amparado em auto de prisão em flagrante, denunciou J S F como infrator do art. 213, c/c arts. 224, alíneas "a" e "c", 226, inc. II, em continuidade delitiva (art. 71); do art. 214 c/c arts. 224, alíneas "a" e "c" 226, inc. II, também na forma do art. 71; e do art. 147, todos do Código Penal; como também do art. 10, § I , III, e § 3º,I da Lei no 9.437/97, todos c/c art. 69 daquela lei substantiva penal, porque quando sua filha K.M.F. contava com a idade de 12 anos, ele a constrangeu, no interior da própria casa, pela vez primeira, à prática de conjunção carnal, e desde aquela época incontáveis foram as vezes em que ele, mediante agressões e ameaças de morte e até privando-a de sair de casa, dado o ciúme e o controle acirrado que dela e sobre ela mantinha, tornou a estuprá--la, e as em que, após embriagá-la com 'cuba' e cerveja malta, com ela praticava, mesmo na presença de seus outros três filhos menores, atos libidinosos, consistentes em acariciar-lhe o corpo e masturbá-la com os dedos, para tanto tendo se aproveitado das oportunidades em que a mãe dela ia trabalhar e, quando dos estupros, que seus irmãos saiam para brincar na rua. (e-fls. 401/402)

No caso, pela simples leitura dos aludidos provimentos, sem que haja necessidade de incursionar em matéria fática, observa-se que os crimes de estupro e atentado violento ao pudor foram perpetrados com violência real (violência física e graves ameaças) contra uma criança, que, na época, contava com apenas 12 anos de idade.

Em consequência, tal majorante deveria ter sido mantida pelo Tribunal de origem. Entretanto, como dito acima, a questão há de ser analisada sob o prisma da Lei n. 12.015/09, que deu novo tratamento aos agora denominados Crimes contra a Dignidade Sexual.

Isso porque os dispositivos que integravam o revogado art. 224 do Código Penal agora são elementares do tipo do art. 217-A, e seus parágrafos, não podendo, via de consequência, ser considerados para tipificar o delito e em seguida ser levados em conta para elevar a pena na terceira etapa da dosimetria.

Portanto, diante da previsão constante do art. 2º, parágrafo único do Código Penal, a aplicação retroativa da Lei n. 12.015/2009, em princípio, mostra-se mais benéfica ao recorrido, devendo os autos retornarem ao Tribunal de origem, para que proceda à nova dosimetria da pena, considerando a sanção fixada no art. 217-A do Código Penal, sem a incidência da causa de aumento prevista na Lei de Crimes Hediondos.

Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. GRAVE AMEAÇA. CAUSA DE AUMENTO. ART. 9º DA LEI N. 8.072/1990. SUPERVENIÊNCIA. LEI N. 12.015/2009. *ABOLITIO CRIMINIS*. INEXISTÊNCIA. MAJORANTE QUE PASSOU A CONSTITUIR ELEMENTAR DO TIPO DO ART. 217-A DO CP. LEI NOVA MAIS BENÉFICA.
>
> 1. A superveniência da Lei n. 12.015/2009 não configurou abolitio criminis em relação à causa de aumento prevista no art. 9º da Lei n 8.072/1990, aplicada quando a prática dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor fosse contra vítima que estivesse em uma das condições previstas na redação, então vigente, do art. 224 do Código Penal, dentre elas, a idade inferior a 14 anos, sempre que houvesse grave ameaça ou violência real. A conduta, então prevista na referida majorante, passou a ser elementar do crime previsto no art. 217-A do Código Penal, motivo pelo qual continua a ser típica e, portanto, punível.

2. A Lei n. 12.015/2009 trouxe disposições mais benéficas, pois, embora o art. 217-A do Código Penal, traga pena mínima mais elevada, de 8 anos, sobre essa reprimenda não incidirá a causa de aumento anteriormente prevista no art. 9º da Lei n. 8.072/1990, ou seja, em tese, a pena final pode ser definitivamente estabelecida em 8 anos. Na legislação anterior, embora as reprimendas mínimas abstratamente cominadas para os crimes de atentado violento ao pudor e estupro fossem de 6 anos, quando acrescidas de metade, em razão da aludida causa de aumento, totalizariam uma pena definitiva, no mínimo, de 9 anos de reclusão.

3. A decisão agravada ressalvou, expressamente, que a nova pena, a ser aplicada segundo as alterações trazidas pela Lei n. 12.015/2009, não poderá ser superior a 13 anos de reclusão, reprimenda esta que fora aplicada pela sentença, que, fazendo incidir a tipificação legal correta, conforme a lei vigente à época, condenou o agravante como incurso no art. 214, c/c o art. 71 do Código Penal e o art. 9º da Lei n. 8.072/1990.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1168331/SC, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 10/12/2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR MEDIANTE GRAVE AMEAÇA. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ARTIGO 9º DA LEI 8.072/90. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 12.015/2009. APLICAÇÃO RETROATIVA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A adoção, pela decisão agravada, das informações em que se amparou o Juízo de primeiro grau ao proferir a sentença, que não foram em momento algum refutadas pela Corte de origem ou pela ora agravante, não importa em reexame de prova, mas apenas em respeito ao conteúdo da sentença.

2. A causa de aumento de pena do artigo 9º da Lei nº 8.072/90 tem incidência se resta comprovada a existência de violência real ou grave ameaça no crime de estupro ou atentado violento ao pudor cometido contra menor de 14 anos, dada a maior reprovabilidade da conduta.

3. Editada a Lei nº 12.015/09, que deu novo tratamento aos "Crimes contra os Costumes", agora denominados "Crimes contra a Dignidade Sexual", foi tipificado no art. 217-A o crime praticado contra menor de 14 anos sob o rótulo de Estupro de Vulnerável com reprimendas mais severas, ao tempo em que foi revogado o artigo 224 do Código Penal, que dava fundamento à aplicação da causa especial de aumento de pena do artigo 9º da Lei nº 8.072.

4. Caso mais benéfica ao réu a aplicação da lei nova por inteiro, i.e, com o preceito secundário do art. 217-A, como no caso concreto, imperiosa sua incidência retroativa para alcançar os fatos praticados sob a égide da legislação anterior, em obséquio ao princípio da *mihi factum, dabo tibi ius* aplicável em sede de recurso especial e ao mandamento constitucional inserto no inciso XL do artigo 5º da Carta Magna.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Resp 1194323/SC, Relator Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 26/04/2013)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. AUMENTO PREVISTO NO ART. 9º DA LEI Nº 8.072/90. VIOLÊNCIA REAL E GRAVE AMEAÇA. INCIDÊNCIA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 12.015/2009. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

(...)

II - Com a superveniência da Lei nº 12.015/2009 restou revogada a majorante prevista no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, não sendo mais admissível a sua aplicação para fatos posteriores à sua edição. Não obstante, remanesce a maior reprovabilidade da conduta, pois a matéria passou a ser regulada no art. 217-A do CP, que trata do estupro de vulnerável, no qual a reprimenda prevista revela-se mais rigorosa do que a do crime de estupro (art. 213 do CP).

III - Tratando-se de fato anterior, cometido contra menor de 14 anos e com emprego de violência ou grave ameaça, deve retroagir o novo comando normativo (art. 217-A) por se mostrar mais benéfico ao acusado, ex vi do art. 2º, parágrafo único, do CP. Ordem denegada. *Habeas corpus* concedido de ofício para fazer incidir retroativamente à

> espécie a Lei nº 12.015/2009 por ser mais benéfica ao paciente. (HC n.º 131.987/RJ, Relator o Ministro FELIX FISCHER, DJe de 1/2/2010.)

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso especial do Ministério Público a fim de restabelecer a causa de aumento de pena prevista no art. 9° da Lei de Crimes Hediondos. Porém, de ofício, concedo *habeas corpus* para que o Tribunal de origem analise a aplicação retroativa da Lei n. 12.015/09, procedendo nova dosimetria da pena.

Dê-se ciência aos eminentes Presidente e Segundo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Determino, ainda, o encaminhamento dos presentes autos à Coordenadoria da Terceira Seção para que providencie a retirada deste feito da lista de recursos afetados como representativos da controvérsia.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 14 de maio de 2013.

Ministro Og Fernandes, Relator

Recurso Especial n. 1.265.401, de Santa Catarina (2011/0171084-0)

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior
Recorrente: V J F
Advogado: Álvaro Antônio Rigoso Pille
Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. LEI N. 11.464/2007. IRRETROATIVIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO, PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU, DO REGIME INICIAL.

Recurso especial parcialmente provido.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por V J F, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, proferido na Apelação Criminal n. 2009.071619-3 (fls. 213/226), assim ementado:

> CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DELITO PRATICADO SOB A ÉGIDE DA ANTERIOR REDAÇÃO DO ART. 214 DO CÓDIGO PENAL, ALTERADO PELA LEI N. 12.015/2009. CONTINUIDADE DELITIVA. RÉU QUE PRATICA ATOS LIBIDINOSOS COM MENINA, À ÉPOCA, COM SETE ANOS. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. ELEMENTOS COLETADOS, EM AMBAS AS FASES DO PROCESSO, QUE ASSENTAM O JUÍZO CONDENATÓRIO. PALAVRAS COERENTES DA VÍTIMA, AJUSTADAS AOS DEMAIS DIZERES E À FRAGILIDADE DA VERSÃO DEFENSIVA QUE AUTORIZAM A CONDENA-

ÇÃO. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO DE PERTURBAÇÃO DA TRANQÜILIDADE (LCP, ART. 65). CONDUTA QUE SE CINGE AO ACINTE OU RAZÃO REPROVÁVEL. AÇÃO DO RÉU QUE VISOU AO DESAFOGO DA CONCUPISCÊNCIA, DEMONSTRANDO A PRÁTICA DE CRIME

SEXUAL. DOSIMETRIA. COMPORTAMENTO NORMAL DA VÍTIMA CONSIDERADO COMO CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL PARA ELEVAR A PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO PROVIDO, EM PARTE.

No presente recurso, alega-se, em síntese: a) negativa de vigência ao art. 33, § 2º, *b* e § 3º do Código Penal, sob o fundamento de que não pode o regime inicial de cumprimento da pena ser o fechado, pois o delito foi praticado antes da Lei n. 11.464/2007; b) divergência jurisprudencial, acerca da aplicação dos mencionados dispositivos.

Foram oferecidas contrarrazões (fls. 297/298).

O recurso não foi recebido na origem (fls. 300/302), tendo sido determinada a subida dos autos para melhor exame da questão suscitada (fls. 321/324).

O Ministério Público Federal opina pelo não provimento do recurso (fls. 334/337).

É o relatório.

Assiste razão ao recorrente, no que diz respeito à violação ao art. 33, § 2º, *b* do Código Penal.

Com efeito, em função da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, em sua redação original, a fixação do regime de cumprimento de pena dos crimes

hediondos cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 deve observar o disposto nos arts. 33 e 59 do Código Penal.

In casu, o Tribunal de origem não justificou de forma concreta a fixação do regime prisional mais gravoso, tendo se limitado a explicitar a vedação contida no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, o que não pode ser mantido.

Nesse mesmo sentido:

> CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME HEDIONDO. DELITO COMETIDO ANTES DA LEI N.º 11.464/2007. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE E CONSEQÜÊNCIAS DO CRIME DESFAVORÁVEIS. REGIME MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. ORDEM DENEGADA.
>
> [...]
>
> II. Reconhecida a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado pelo STF, os condenados por crimes hediondos ou a eles equiparados, não alcançados pela vigência da Lei nº 11.464/2007 - hipótese dos autos -, poderão iniciar o cumprimento da pena em regime diverso do fechado, desde que preenchidos os requisitos para tanto.
>
> [...]
>
> (HC n. 176.104/RJ, Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 04/04/2011)

> *HABEAS CORPUS.* ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COMETIDOS ANTES DA LEI N. 11.464/2007. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO.

> CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.
>
> 1. É entendimento de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção que, diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal, do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, para os crimes hediondos cometidos antes da publicação da Lei n. 11.464/2007, o regime inicial fechado não é obrigatório, devendo-se observar, para a fixação do regime de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59 do Código Penal.
>
> [...]
>
> (HC n. 119.162/MG, Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 30/05/2011)

Quanto à violação ao art. 33, § 3º do Código Penal, porém, não há como acolher a alegação do recorrente, no sentido de que *as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal não eram desfavoráveis ao Recorrente, tanto é que a pena-base foi majorada em apenas 6 (seis) meses* (fl. 253).

Ora, se houve majoração da pena-base, é porque as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal foram, em alguma medida, desfavoráveis ao acusado, devendo ser analisado, pelo Juízo singular, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, sobretudo a partir do que dispõe o art. 33, § 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, *dou parcial provimento ao recurso*, apenas para afastar a incidência do art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/1990, devendo o Juízo de primeiro grau proceder a nova análise da fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade do réu, desconsiderando a vedação constante do mencionado dispositivo legal.

Publique-se.

Brasília, 03 de dezembro de 2012.

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SANTA CATARINA

ÓRGÃO ESPECIAL

AGRAVO REGIMENTAL EM PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

Agravo Regimental em Pedido de Suspensão de Liminar n. 2013.006306-4/0001.00, de Concórdia

Relator: Des. Sérgio Paladino

AGRAVO EM PEDIDO DE SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. ART. 4º, § 3º, DA LEI 8.437/92. AGRAVO DE INSTRUMENTO JULGADO POR ÓRGÃO FRACIONÁRIO. CONFIRMAÇÃO DA DECISÃO QUE CONCEDEU ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. EFEITO SUBSTITUTIVO. ART. 512 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES PARA A ANÁLISE DA PRETENSÃO.

RECURSO NÃO CONHECIDO.

"O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso" (art. 512 do Código de Processo Civil), e "ainda que o acórdão 'confirme' a sentença recorrida, haverá a substituição integral desta por aquele" (Nery Junior, Nelson, Código de processo civil comentado e legislação extravagante, 11. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 886).

> O agravo regimental que visa à reforma do despacho que indeferiu o pedido de suspensão da tutela antecipada concedida em ação civil pública não pode ser conhecido quando ocorrido o julgamento, pelo órgão fracionário, do agravo de instrumento interposto, incumbindo, a partir de então, às Cortes Superiores a análise de pretensão suspensiva.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental em Pedido de Suspensão de Liminar n. 2013.006306-4/0001.00, da comarca de Concórdia (2ª Vara Cível), em que é agravante o Município de Concórdia, agravado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e interessados Câmara de Dirigentes Lojistas de Concórdia e outros:

O Órgão Especial decidiu, à unanimidade, não conhecer do recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Luiz Cézar Medeiros, Vanderlei Romer, Eládio Torret Rocha, Nelson Schaefer Martins, José Volpato de Souza, Sérgio Roberto Baasch Luz, Fernando Carioni, Marcos Tulio Sartorato, Ricardo Fontes, Salim Schead dos Santos, Jaime Ramos, Sérgio Izidoro Heil, João Henrique Blasi, Jânio Machado, Paulo Roberto Camargo Costa, Jaime Luiz Vicari, José Inaco Schaefer, Gaspar Rubick, Pedro Manoel Abreu, Trindade dos Santos e Newton Trisotto.

Funcionou pela douta Procuradoria-Geral de Justiça a Dra. Walkyria Ruicir Danielski.

Florianópolis, 20 de março de 2013.

Sérgio Paladino

RELATOR

RELATÓRIO

Inconformado com a decisão de fls. 1055/1065, que negou o pedido de suspensão de tutela antecipada deferida nos autos da ação civil pública n. 019.11.001903-0, o Município de Concórdia intentou agravo, com fundamento nos arts. 4º, § 3º, da Lei n. 8.437/92, e art. 195, § 2º, do Regimento Interno desta Corte. Assevera que requereu a medida nos autos da referida ação, intentada pelo representante do Ministério Público.

Enfatiza que a matéria tratada na demanda principal é complexa, pois a forma como o Ministério Público a expôs induziu em equívoco o magistrado e os integrantes da Câmara de Direito Público desta Corte.

Alega que o Dr. Promotor de Justiça propôs a referida demanda objetivando que a instituição de condomínios no município observasse os requisitos da Lei do Parcelamento do Solo, reservando área verde mínima, por lote e por habitante, de 8 m².

Sustenta que o magistrado acolheu, em parte, o pedido "para o fim de determinar ao Município de Concórdia: 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 de área verde e de equipamentos públicos se alguma das residências não tiver acesso direto 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 1º e 2º Ofícios 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, tudo sob pena de multa diária na ordem de R$ 10.000,00 (dez mil reais), limitados a R$ 100.000,00 (cem mil reais). e) ABSTER-SE de determinar ao Município réu que não expeça o respectivo 'habite-se', pelos fundamentos suso elencados" (fls. 677/678).

Afirma, sem deixar de aprofundar-se, novamente, no mérito da ação principal, a existência de grave lesão à ordem, à economia e à segurança jurídica, eis que o cumprimento da medida acarreta prejuízos à sociedade concordiense, engessa o crescimento da cidade, eleva o preço dos terrenos, dificulta o acesso à casa própria, ocorrendo, ainda, a expansão do município para outras áreas urbanas, o que ensejará aumento de gastos com a pavimentação de ruas, iluminação, água, esgoto, entre outras ações. Argumenta que depois de deferida a liminar houve queda na oferta de emprego na construção civil, a qual em 2012 atingiu 12,89%, circunstância que reflete em todos os outros segmentos, acarretando prejuízos de vultosa monta.

Argumenta, outrossim, que o Dr. Promotor de Justiça se equivocou quanto às definições de condomínio de lotes (loteamento fechado), em que se aplica os dispositivos da Lei n. 6.766/79, com condomínio de casas (condomínio deitado), regido pela Lei n. 4.591/64, induzindo, também, em erro, o magistrado.

Assevera que o município nunca contrariou a legislação de regência, aprovando a venda de imóveis ou a construção de casas, tendo, ao contrário, se amparado na Constituição Federal, e na Lei Complementar Municipal n. 569/2010, posteriormente substituída pela de n. 615/2011.

Adita que hoje o licenciamento de condomínio é matéria de âmbito local, afeta ao Plano Diretor, consoante disposto na Lei Complementar Federal n. 140/2011. O desrespeito às normas, que definem a competência do município para promover políticas de uso e ocupação do solo, segundo sustenta, compromete o crescimento ordenado e planejamento urbano, além de ferir o direito à propriedade.

Alega, finalmente, que são mais de quatrocentos (400) terrenos onde não se pode construir mais de uma casa, gerando insegurança nos proprietários que não podem dispor do seu bem, direito que lhes é constitucionalmente assegurado.

Argumenta que toda a população está preocupada com o conteúdo da liminar, tendo sido realizadas audiências públicas para deliberação da matéria, havendo diversas entidades ingressado na ação principal como litisconsortes, tudo na esperança de reverter a decisão.

Pretende, ainda, a atribuição de efeito suspensivo no presente agravo, eis que, segundo sustenta, estão presentes o *fumus bonis juris* e o *periculum in mora*, *ex vi* do art. 558 do Código de Processo Civil.

Assim, entendendo presentes os requisitos que justificam o acolhimento da pretensão, requer o provimento do recurso para suspender os efeitos da antecipação da tutela (fls. 1067/1077).

Os autos vieram conclusos.

VOTO

O recurso não pode ser conhecido.

O Município de Concórdia, com fundamento no art. 4º da Lei n. 8.437/92 e no art. 12, § 1º, da Lei n. 7.347/85, postulou a suspensão da

execução da tutela antecipada deferida em 21 de julho de 2011 nos autos de n. 019.11.001903-0, tendo o 1º Vice-Presidente indeferido a pretensão em 7 de fevereiro próximo passado (fls. 1055/1065), contra o que o requerente interpôs agravo regimental no dia 15 subsequente (fl. 1067).

Antes, porém, o Município interpôs agravo de instrumento, o qual foi distribuído neste Tribunal, inicialmente, à Câmara Civil Especial, em 11 de agosto de 2011, sob o número 2011.062408-6. Nesse Órgão Julgador, o Des. Domingos Paludo negou o efeito suspensivo em 13 de janeiro de 2012, tendo sido o processo, em seguida, redistribuído ao eminente Des. Pedro Manoel Abreu, integrante da Terceira Câmara de Direito Público, a qual, na sessão realizada no dia 4 de setembro de 2012, à unanimidade, desproveu o recurso, reputando, pois, acertada a decisão agravada.

Consoante a regra inscrita no art. 512 do Código de Processo Civil, "o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso", e "ainda que o acórdão 'confirme' a sentença recorrida, haverá a substituição integral desta por aquele" (Nery Junior, Nelson, Código de processo civil comentado e legislação extravagante, 11. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 886).

Como o agravante visasse à suspensão dos efeitos da decisão que antecipou os efeitos da tutela deferida na ação civil pública, confirmada pela egrégia Terceira Câmara de Direito Público deste Tribunal, repita-se, em 4 de setembro de 2012, cujo acórdão já foi publicado, o recurso aqui interposto — protocolizado em 15 de fevereiro de 2013 —, e o próprio pedido da suspensão, datado de 25 de janeiro de 2013, sequer eram cabíveis, porquanto houve a transferência da apreciação do pleito, a partir do julgamento do agravo pelo colegiado desta Corte, aos Tribunais Superiores, na trilha da lição de Marcelo Abelha Rodrigues, *verbis*:

(...).

> Outro problema prático que poderá resultar da utilização da suspensão em relação ao presente caso, diz respeito à possibilidade de ter sido oferecido pedido de suspensão contra a liminar que também tenha sido desafiada pelo agravo de instrumento. *Nesse caso, o julgamento do agravo, com a confirmação da decisão, implicará a imediata perda do objeto da suspensão de segurança contra a liminar, porque, como se disse, ter-se-a aí uma substituição da liminar pelo acórdão, que é quem passa a produzir os efeitos contra a fazenda pública. Nesse caso, caberá a tal ente público lançar mão da suspensão contra o acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento, e, por isso, é lógica e juridicamente impossível admitir uma concomitância de suspensão de segurança_contra a liminar e uma outra contra o acórdão que julgou improcedente o agravo de instrumento interposto contra dita liminar a serem julgados por presidentes de tribunais diferentes. O pressuposto de existência do acórdão que confirma a liminar é o de que esta já tenha sido substituída pela decisão colegiada.*
>
> *Omissis*.
>
> Consoante a regra prevista no art. 4.º, caput, da Lei 8.437/92, tem-se que a competência será do Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso que poderia ser interposto para desafiar a decisão cuja eficácia pretende ser suspensa. Nesse passo, se se tratar de liminar ou sentença proferida por juiz de primeiro grau, certamente que a competência será do Presidente do Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal.
>
> *Ainda, para aqueles que admitem o cabimento do pedido de suspensão de segurança de acórdão (no agravo que foi julgado improcedente*, na apelação e remessa necessária do Poder Público que não anulam e nem reformam a sentença proferida contra o Poder Público que julgou procedente a demanda do autor, e no acórdão do plenário ou órgão especial do tribunal que mantém ou reforma a decisão do presidente em desfavor do Poder Público) *proferido em ação popular ou ação civil pública ajuizados contra o Poder Público, tem-se que o pedido de suspensão de segurança será endereçado ao Presidente do STJ e ou STF* (Suspensão de segurança, 2. ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 113/141, sem grifos no original).

Em hipótese assemelhada, assentou o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

> AGRAVO NA SUSPENSÃO DE LIMINAR CONCEDIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUBSTITUIÇÃO DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA POR ACÓRDÃO DA TURMA. HIERARQUIA. MÉRITO DAS MEDIDAS CAUTELARES. AGRAVO PROVIDO PARA AFASTAR A SUSPENSÃO.
>
> 1. A decisão de órgão fracionário deste Tribunal substitui a de primeira instância.
>
> 2. Após julgada a apelação interposta de sentença prolatada em sede de medida cautelar, vedado fica à Presidência proferir julgamento de ordem política que revogue ou prejudique aquilo que decidido pela Turma.
>
> 3. Mesmo no atendimento de fatores de natureza política, a atuação da Presidência não pode ter como destino decisões de julgadores de mesma hierarquia que a de sua titular (ARSL n. 2008.04.00.018642-8/PR, rel. para o acórdão Des. Luiz Carlos de Castro Lugon, j. em 23.10.08, disponível em <www.trf4.jus.br/jurisprudência> acesso em 20 mar. 2013).

No mesmo rumo, veja-se, também, da aludida Corte, o julgado proferido no ARSL n. 2002.04.01.046018-1/RS, de que foi relator o Des. Teori Albino Zavascki, julgado em 24.04.03, cujo acórdão possui a seguinte ementa, *verbis*:

> AGRAVO. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIGAÇÕES TELEFÔNICAS EFETUADAS DENTRO DA PRÓPRIA ÁREA TERRITORIAL. APLICAÇÃO DE TARIFAÇÃO DE LONGA DISTÂNCIA. AGRAVO E SUSPENSÃO. CONCOMITÂNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO APRECIADO PELO TRIBUNAL. DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA. LITISCONSORTE.
>
> 1. Da decisão antecipatória dos efeitos da tutela pode-se formular, concomitantemente, agravo de instrumento e pedido de suspensão, pois se tratam de medidas com diferente natureza e com fundamentos também autônomos.
>
> 2. Apreciado o agravo de instrumento, o 'julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida' (CPC, art. 512), sendo que ao presidente falece competência para suspender decisão dos juízes ou dos órgãos fracionários do próprio tribunal.

> 3. No caso dos autos, é irrelevante que o agravo de instrumento tenha sido interposto somente por um dos litisconsortes, porque o status da decisão - agora do tribunal - desloca a competência para conhecimento da matéria à Presidência do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, conforme os fundamentos da causa (disponível em <www.trf4.jus.br/jurisprudência> acesso em 20 mar. 2013).

Ante o exposto, não se conheceu do recurso.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUICIONALIDADE

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2012.053647-8, de Joinville.

Relator: Des. Jaime Ramos

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI COMPLEMENTAR N. 378/2012, DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA (CONURB) TRANSFORMADA NA AUTARQUIA DENOMINADA INSTITUTO DE TRÂNSITO E TRANPORTE (ITTRAN) E ABSORÇÃO DA EXTINTA FUNDAÇÃO MUNICIPAL DE VIGILÂNCIA – TRANSFORMAÇÃO DE EMPREGOS SUBMETIDOS AO REGIME CELETISTA EM CARGOS PÚBLICOS DE PROVIMENTO EFETIVO SOB REGIME JURÍDICO ESTATUTÁRIO – POSSIBILIDADE APENAS PARA OS QUE SE SUBMETERAM A CONCURSO PÚBLICO – HIGIDEZ DO ART. 23 – INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO PARA QUE O EMPREGADO SE TORNE ESTÁVEL SOMENTE APÓS TRÊS ANOS DE EFETIVO EXERCÍCIO NO CARGO PÚBLICO EM QUE FOI ENQUADRADO – ENQUADRAMENTO DO OCUPANTE DE EMPREGO DE SECRETÁRIA NO CARGO PÚBLICO DE AGENTE ADMINISTRATIVO (§ 8º DO ART. 20) – SIMILITUDE DE ATRIBUIÇÕES, REQUISITOS DE ACESSO E IDENTIDADE ENTRE O VENCIMENTO DO EMPREGO PRIMITIVO E O DO CARGO PÚBLICO – OFENSA AO ART. 21, INCISO I, DA CE/1989 – INEXISTÊNCIA – INCONSTITUCIONALIDADE

DAS EXPRESSÕES "SOB PENA DE TRANSPOSIÇÃO AUTOMÁTICA AO REGIME ESTATUTÁRIO MUNICIPAL" (§ 2º DO ART. 23); "OU IMEDIATAMENTE SUPERIOR" E "ACASO NÃO SEJA COINCIDENTE" (§ 5º DO ART. 23) – PEDIDO PARCIALMENTE PROCEDENTE – EFEITOS "EX TUNC" E "ERGA OMNES" DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Transformada a empresa pública ou a sociedade de economia mista municipal em autarquia, especialmente para cuidar de serviços públicos indelegáveis, como é o caso do Instituto de Trânsito e Transporte do Município de Joinville, nada impede a transformação de empregos públicos em cargos públicos de provimento efetivo, com aproveitamento e enquadramento, no regime estatutário, apenas dos empregados optantes que na origem se submeteram a concurso público, desde que sejam idênticos os vencimentos e similares as respectivas atribuições, afastando-se, portanto, a "transposição automática". Nesse caso, por interpretação conforme à Constituição, o empregado somente se tornará estável após três anos de efetivo exercício no cargo público em que foi enquadrado. Afastada a "transposição automática", os empregados que não optarem pelo regime jurídico estatutário deverão ter seus contratos de trabalho rescindidos. O empregado público não poderá ser enquadrado em cargo público cujo vencimento seja superior ao do emprego.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2012.053647-8, da Comarca de Joinville (Tribunal de Justiça), em que é requerente Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e requeridos Prefeito Municipal de Joinville e outro:

O Órgão Especial decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de ilegitimidade ativa "ad causam", vencido o Des. Newton Trisotto; rejeitar, por votação unânime, a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, por maioria de votos, julgar parcialmente procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade apenas das expressões "sob pena de transposição automática ao regime estatutário municipal" do § 2º do art. 23; "ou imediatamente superior" e "acaso não seja coincidente" do § 5º do art. 23, da Lei Complementar n. 378, de 04/07/2012, do Município de Joinville; e dar interpretação conforme à Constituição ao art. 23, "caput" e seus parágrafos, ao art. 20, § 8º, e ao art. 30, § 4º, da mesma lei; com efeitos "ex tunc" e "erga omnes". Vencido o Des. Newton Trisotto que declara inconstitucional apenas o art. 30, § 4º, da referida Lei Municipal. Custas na forma da lei.

Do julgamento realizado em 06 de março de 2013, presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Cláudio Barreto Dutra, com voto, participaram os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Izidoro Heil, João Henrique Blasi, Jânio Machado, Paulo Roberto Camargo Costa, Jaime Luiz Vicari, José Inácio Schaefer, Carlos Prudêncio, Pedro Manoel Abreu, Trindade dos Santos, Newton Trisotto, Sérgio Paladino, Luiz Cézar Medeiros, Vanderlei Romer, Eládio Torret Rocha, José Volpato de Souza, Sérgio Roberto Baasch Luz, Fernando Carioni, Ricardo Fontes e Salim Schead dos Santos.

Florianópolis, 06 de março de 2013.

Jaime Ramos

RELATOR

RELATÓRIO

O Promotor de Justiça da 13ª Promotoria da Comarca de Joinville propôs a presente ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, com o intuito de suspender a eficácia e, ao final, declarar a inconstitucionalidade do § 8º do art. 20; do art. 23, "caput" e §§ 1º a 5º; e do § 4º do art. 30, todos da Lei Complementar n. 378/2012, do Município de Joinville, que "dispõe sobre a transformação da Companhia de Desenvolvimento e Urbanização de Joinville – CONURB em autarquia denominada ITTRAN – Instituto de Trânsito e Transporte [...]", por ofensa ao princípio da exigência do concurso público previsto no art. 21, inciso I, da Constituição do Estado de Santa Catarina, e no art. 37, inciso II, da Constituição da República.

Sustenta que os dispositivos legais impugnados autorizam "o denominado 'provimento derivado' (enquadramento, transformação e transferência de empregos e cargos públicos), sem a necessária realização de concurso público", o que contraria o enunciado da Súmula n. 685, do Supremo Tribunal Federal, e a norma inserta no art. 21, inciso I, da Carta Política Estadual (que reproduz o art. 37, inciso II, da CF/1988); que as normas impugnadas pretendem "alocar 'empregados públicos' (que prestaram concurso público para 'empregos públicos' e, portanto, estão subordinados ao regime celetista) à categoria dos 'servidores públicos', que são aqueles que prestaram concurso para ocupar 'cargo público', dessa forma estando submetidos ao regime estatutário".

Recebida e processada a ação pelo procedimento sumário previsto na parte final do art. 12, da Lei Estadual n. 12.069/2001, o Sindicato dos Servidores Públicos do Município de Joinville (SINSEJ), com fundamento na legislação pertinente, requereu, na condição de "amicus curiae", seu ingresso na presente ação direta de inconstitucionalidade (fls. 23-55), o que foi deferido, facultando-lhe a apresentação de memoriais e sustentação

oral, nos termos do referido art. 3º, parágrafo único, do Ato Regimental n. 69/09-TJSC.

Notificado, o Prefeito prestou informações arguindo, com base no art. 32, inciso I, da Lei Federal n. 8.625, de 12/02/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), a ilegitimidade ativa "ad causam" do Promotor de Justiça.

No mérito, defendeu a constitucionalidade dos dispositivos atacados, sob o argumento de que "a inovação legislativa que transformou empregos públicos em cargos públicos respeitou a regra constitucional do concurso público" (art. 21, inciso I, da CE/1989; e art. 37, inciso II, da CF/1988); que o art. 39, inciso VII, da Constituição Estadual de 1989 e o art. 48, inciso X, da CF/1988, permitem a criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas; que o enunciado da Súmula n. 685, do STF, que veda todo e qualquer provimento derivado de cargos públicos, não se aplica ao caso porque "tudo está mantido como outrora, não havendo nada de diverso em atribuições, remuneração, habilitação, tendo todos se submetido a concurso para o cargo público inclusive", ou seja, "não houve qualquer forma de provimento derivado, mas apenas a transformação do regime jurídico do servidor público"; que o servidor público não tem direito adquirido a regime jurídico; que a própria Constituição Estadual, no seu art. 13, § 1º, alínea "c", por meio de lei específica, autoriza a transformação da sociedade de economia mista; que, no caso de procedência do pedido formulado na exordial, se conceda ao Município o prazo de um (01) ano para que se possa reorganizar os serviços prestados pelo ITTRAN.

O Presidente da Câmara de Vereadores também prestou informações dizendo que a petição inicial deve ser indeferida, por impossibilidade jurídica do pedido, porque não cabe ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal por suposta ofensa a dispositivos da Constituição Federal, ainda que reproduzidos pela Constituição Estadual, o que afasta, de igual

modo, a competência deste Tribunal de Justiça; que a liminar não pode ser deferida porque os pedidos de liminares, neste caso, "deverão ser efetuados por intermédio de petição em apartado, cujo procedimento encontra-se disposto no artigo 10", da Lei Estadual n. 12.069/2001.

No mérito, defendeu a constitucionalidade da norma municipal, reeditando, em síntese, os argumentos expendidos nas informações prestadas pelo Prefeito.

O Procurador-Geral do Município adotando, na essência, as informações prestadas pelo Prefeito e pelo Presidente da Câmara, também defendeu a constitucionalidade dos dispositivos impugnados.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da Exma. Sra. Dra. Walkyria Ruicir Danielski, opinou pela procedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade, com aplicação do enunciado da Súmula n. 685, do Supremo Tribunal Federal ou, alternativamente, "pela interpretação conforme somente serem admitidas as transposições de cargos previstas na Lei Complementar n. 378/2012 que atendam à identidade, semelhança ou afinidade de atribuições entre os cargos, compatibilidade remuneratória e equivalência de requisitos exigidos em concurso".

O Sindicato dos Servidores Públicos do Município de Joinville (SINSEJ), por petição protocolada em 22/02/2013, requereu "a juntada da peça jurisprudencial", que foi recebida como memorial.

VOTO

Há que se julgar parcialmente procedente o pedido formulado na exordial desta ação direta de inconstitucionalidade.

Registre-se, inicialmente, que o processo já se encontra devidamente instruído e, portanto, a causa aqui debatida está madura, devendo ser julgada imediata e definitivamente pelo Órgão Especial, como autoriza o art. 12, da Lei Estadual n. 12.069, de 27/12/2001, sem necessidade de exame do pedido de concessão de medida cautelar liminar.

1. Das preliminares

1.1. O Prefeito do Município de Joinville arguiu a ilegitimidade ativa "ad causam" do Promotor de Justiça, sob o fundamento de que, dentre as funções/atribuições previstas no art. 32, inciso I, da Lei Federal n. 8.625, de 12/02/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), não se insere a de propor ação direta de inconstitucionalidade.

Contudo, o argumento não subiste porque o art. 32, e seu inciso I, da Lei Federal n. 8.625, de 12/02/1993, que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, não esgotam em si mesmos as atribuições/funções do Promotor de Justiça, mormente porque expressamente determinam que "além de outras funções cometidas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e demais leis, compete aos Promotores de Justiça, dentro de suas esferas de atribuições: I - impetrar habeas-corpus e mandado de segurança e requerer correição parcial, inclusive perante os Tribunais locais competentes" (art. 32, "caput", e inciso I).

Por outras palavras, na expressão *"além de outras funções cometidas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e demais leis"* está inserida, obviamente, a legitimidade do Promotor de Justiça para propor de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal frente à Constituição do Estado.

Tanto é verdade que a Constituição do Estado de Santa Catarina estabelece que "são partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal contestado em face desta Constituição: [...] VII - o Prefeito, a Mesa da Câmara ou um quarto dos Vereadores, *o representante do Ministério Público*, a subseção da Ordem dos Advogados do Brasil, os sindicatos e as associações representativas de classe ou da comunidade, quando se tratar de lei ou ato normativo municipal" (art. 85, inciso VII, da CE/1989 – destaque aposto).

De igual modo, a Lei Estadual n. 12.069, de 27/12/2001, que dispõe sobre o procedimento e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, estabelece:

"Art. 2º - Estão legitimados à propositura de ação direta de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, nos temos de seu art. 85:

"[...]

"VII - o Prefeito, a Mesa da Câmara ou um quarto dos Vereadores, *o representante do Ministério Público*, a Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil e as associações representativas de classe ou da comunidade, quando se tratar de lei ou ato normativo municipal" (original sem grifo).

Não se pode olvidar, ainda, que "o Ministério Público do Estado é exercido pelo Procurador-Geral de Justiça, pelos Procuradores de Justiça e pelos Promotores de Justiça" (art. 96, da CE/1989).

Assim, não há dúvida alguma de que o representante do Ministério Público, em exercício no 1º Grau de jurisdição, tem legitimidade ativa para propor ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo municipal contrário a dispositivos da Constituição do Estado.

Nesse sentido:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PRIMEIRO GRAU – APLICAÇÃO DOS ARTS. 2º, VII, DA LEI ESTADUAL N. 12.069, DE 27.12.01, E 85, VII, DA CESC – AFASTAMENTO – MUNICÍPIO DE SANTA CECÍLIA – LEI MUNICIPAL N. 1.250, DE 16.04.02 – MAJORAÇÃO DOS SUBSÍDIOS DOS INTEGRANTES DA EDILIDADE NO CURSO DA LEGISLATURA – VULNERAÇÃO AO ART. 111, V, DA CESC, COMPATÍVEL, NESTE PONTO, COM O ART. 29, CAPUT, E VI, DA CRFB – PEDIDO ACOLHIDO.

"O art. 2º, VII, da Lei Estadual n. 12.069, de 27.12.01, em consonância com o art. 85, VII, da CESC, assegura a legitimidade da propositura da ação direta de inconstitucionalidade pelo membro do Ministério Público de primeiro grau [...]" (TJSC – ADIN n. 2002.008926-0, de Santa Cecília, Rel. Des. Ricardo Fontes, julgada em 06/06/2005).

"Na conformidade do disposto no art. 125, § 2º, da Constituição da República c/c o art. 85, VII, da Constituição do Estado de Santa Catarina, o representante do Ministério Público em exercício no primeiro grau de jurisdição possui legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal ou estadual frente à Constituição Estadual" (TJSC – ADIN n. 2002.009850-2, da Capital, Rel. Des. Eládio Torret Rocha, julgada em 16/06/2004).

Desse modo, com base nos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais mencionados, e na jurisprudência, rejeita-se a aventada ilegitimidade ativa "ad causam" do Promotor de Justiça.

1.2. O Presidente da Câmara de Vereadores arguiu a impossibilidade jurídica do pedido sob o fundamento de que não cabe ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal por suposta ofensa a dispositivo da Constituição Federal (art. 37, inciso II), meramente reproduzido pela

Constituição Estadual de 1989 (art. 21, inciso I), o que afasta, de igual modo, conforme seu entendimento, a competência desta Corte de Justiça Estadual para conhecer e julgar a demanda, já que caberia ao Supremo Tribunal Federal.

Todavia, razão não lhe assiste.

O Supremo Tribunal Federal é competente para processar e julgar, originariamente, ações diretas de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais ou estaduais que contrariem, obviamente, a Constituição Federal (art. 102, inciso I, letra "a", da Carta Magna). Aos Tribunais de Justiça dos Estados cabe o processo e o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos municipais e estaduais que colidirem com as normas da Constituição Estadual.

O art. 125, da Constituição Federal de 1988, determina que "os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição" e, além disso, caberá "aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão" (art. 125, § 2º, da CF/88).

Por fim, o art. 83, inciso XI, letra "f", da Constituição do Estado de Santa Catarina, atribui ao Tribunal de Justiça estadual a competência para processar e julgar, originariamente, "as ações diretas de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais contestados em face desta Constituição".

ALEXANDRE DE MORAES, no que diz respeito à aventada incompetência deste Tribunal de Justiça, ensina:

"Note-se que, se a lei ou ato normativo municipal, além de contrariar dispositivos da Constituição Federal, contrariar, da mesma forma, previsões expressas no texto da Constituição Estadual, mesmo que de *repetição*

obrigatória e *redação idêntica*, teremos a aplicação do citado art. 125, § 2º, da CF, ou seja, *competência do Tribunal de Justiça do respectivo Estado-membro"* (Direito constitucional. 19. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 670).

O Supremo Tribunal Federal, acerca do assunto, tem orientado:

"COMPETÊNCIA - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI MUNICIPAL CONTESTADA EM FACE DA CARTA DO ESTADO, NO QUE REPETE PRECEITO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

"O § 2º do artigo 125 do Diploma Maior não contempla exceção. A competência para julgar a ação direta de inconstitucionalidade é definida pela causa de pedir lançada na inicial. Em relação ao conflito da norma atacada com a Lei Máxima do Estado, impõe-se concluir pela competência do Tribunal de Justiça, pouco importando que o preceito questionado mostre-se como mera repetição de dispositivo, de adoção obrigatória, inserto na Carta da República. Precedentes: Reclamação n. 383/SP e Agravo Regimental na Reclamação nº 425, relatados pelos ministros Moreira Alves e Néri da Silveira, com acórdãos publicados nos Diários de Justiça de 21 de maio de 1993 e 22 de outubro de 1993, respectivamente" (STF - RE n. 199.293/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ de 06/06/2004, p. 21).

Esta Corte de Justiça trilha pelo mesmo caminho:

"O Tribunal de Justiça é competente para julgar ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de norma prevista na Constituição Estadual (art. 16, caput), mesmo que esta reproduza texto da Lex Mater (art. 37)" (TJSC - ADIN n. 2000.009422-6, de Coronel Freitas, Rel. Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, julgada em 15/04/2008).

Além do mais, como ocorre no caso concreto, "estando o pedido de Ação Direta de Inconstitucionalidade alicerçado apenas em dispositivo da Constituição do Estado, embora com citação simétrica de dispositivos da

Constituição Federal, não há falar em incompetência do Tribunal de Justiça para julgar a pretensão" (TJSC – ADIN n. 2005.007821-1, da Capital, Rel. Des. Mazoni Ferreira, julgada em 17/05/2006).

Portanto, com base na doutrina e na jurisprudência, rejeita-se a alegada impossibilidade jurídica do pedido, bem como a aventada incompetência desta Corte de Justiça.

2. Do mérito

Alega o autor da ação direta de inconstitucionalidade que o § 8º do art. 20, o art. 23, "caput" e §§ 1º a 5º, e o § 4º do art. 30, todos da Lei Complementar n. 378/2012, do Município de Joinville, que "dispõe sobre a transformação da Companhia de Desenvolvimento e Urbanização de Joinville – CONURB em autarquia denominada ITTRAN – Instituto de Trânsito e Transporte [...]", são inconstitucionais porque o acesso a empregos ou cargos públicos, via de regra, "depende da aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração" (art. 21, inciso I, CE/1989; art. 37, inciso II, da CF/1988).

Todavia, como se demonstrará, razão lhe assiste apenas em parte, ou seja, no tocante a detalhes de operacionalização e não em relação à essência do reclamo.

Os dispositivos questionados têm a seguinte redação:

"Art. 20. O Quadro de Cargos do ITTRAN será organizado de acordo com os anexos desta lei.

"[...]

"§ 8º - Os empregados ocupantes do cargo de Secretária na estrutura da Companhia de Desenvolvimento e Urbanização de Joinville - CONURB, diante da inexistência de correspondência nos quadros do Município de Joinville, serão enquadrados no cargo de Agente Administrativo, respeitada a correspondência de atribuições e requisitos de acesso entre o emprego primitivo e o cargo da nova situação funcional".

"Art. 23. Ficam transformados em cargos de provimento efetivo, de regência estatutária, e transferidos para o Quadro de Pessoal do ITTRAN os atuais empregos que compõem o Quadro de Cargos da Companhia de Desenvolvimento e Urbanização de Joinville – CONURB.

"§ 1º - Os atuais empregados da Companhia de Desenvolvimento e Urbanização de Joinville - CONURB que tenham sido admitidos mediante concurso público têm assegurado o direito a optarem pela mudança de regime jurídico e serem transferidos ao ITTRAN.

"§ 2º - A opção prevista no parágrafo anterior será exercida no prazo de 30 (trinta) dias a contar do início da vigência dessa lei por meio de declaração formal, sob pena de transposição automática ao regime estatutário municipal.

"§ 3º - Os empregados da Companhia de Desenvolvimento e Urbanização de Joinville - CONURB que não quiserem aderir à mudança de regime jurídico e provimento nos cargos correlatos no ITTRAN terão seus contratos de trabalho rescindidos, nos termos da legislação trabalhista.

"§ 4º - Na transposição dos empregados da Companhia de Desenvolvimento e Urbanização de Joinville - CONURB para o Quadro de Pessoal do ITTRAN, serão observados:

"I - o enquadramento com correspondência de atribuições e requisitos de acesso entre o emprego primitivo e o cargo da nova situação funcional;

"II - a contagem de tempo de efetivo serviço anteriormente prestado à Companhia de Desenvolvimento e Urbanização de Joinville - CONURB para fins de férias, gratificação natalina e aposentadoria;

"III - a irredutibilidade salarial.

"§ 5º - Os empregados transpostos da Companhia de Desenvolvimento e Urbanização de Joinville - CONURB para o Quadro de Pessoal do ITTRAN serão enquadrados dentro de seu grupo salarial no nível cujo valor do vencimento seja igual ou imediatamente superior ao até então percebido, acaso não seja coincidente, ficando em nível de extinção os empregados que perceberem salário superior ao maior nível de vencimento previsto no correspondente grupo".

"Art. 30. Fica extinta a Fundação Municipal de Vigilância, constituída pelo Município de Joinville com autorização da Lei Municipal n. 3.923, de 20 de maio de 1999.

"[...]

"§ 4º. Eventuais servidores da Fundação Municipal de Vigilância serão transferidos para os quadros do ITTRAN.

2.1. Da transformação de empregos em cargos públicos de provimento efetivo e o aproveitamento de empregados concursados

O Município de Joinville, mesmo antes do advento da Constituição Estadual de 1989 que, no seu art. 13, § 1º, inciso II, alíneas "a" e "c", estabeleceu que "depende de lei específica: [...] II – a autorização para: a) constituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de suas subsidiárias; [...] c) transformação, fusão, cisão, extinção, dissolução, transferência do controle e privatização de qualquer das entidades mencionadas nas alíneas anteriores" (correspondência parcial com o disposto no inciso XIX do art. 37, da CF/1988), já havia expedido a Lei Municipal n. 1.349, de 28/06/1974, com suas posteriores alterações, autorizando a

constituição da Sociedade de Economia Mista, denominada "Companhia de Desenvolvimento e Urbanização de Joinville (CONURB).

A criação de sociedade de economia mista, na ensinança de DIOGENES GASPARINI, "para qualquer fim (prestação de serviço público, intervenção no domínio econômico) depende de lei autorizadora específica, ou seja, de lei que não trate de outro tema, conforme determinado pelo inciso XIX do art. 37 da Constituição da República [art. 13, § 1º, inciso II, alínea "a", da CE/1989], que nesse particular não faz qualquer distinção. A expressão 'criadas', constante nessa norma, também alcança a transformação de uma entidade já existente em sociedade de economia mista e a aquisição do controle acionário de uma pessoa jurídica pela Administração Pública.

"[...]

"De posse da lei autorizadora, a Administração Pública promoverá a aprovação do ato constitutivo (estatuto social), observado o que for determinado pela Lei das Sociedades por Ações. Ao contrário do que se passa com as empresas públicas, que podem ter qualquer das formas das entidades empresárias contempladas na legislação privada, a sociedade de economia mista federal somente pode ter a forma de sociedade anônima, conforme determina o art. 5º, III, do Decreto-Lei federal n. 200/67. Escapam dessa regra as sociedades de economia mista criadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, mas não fogem do art. 235 da referida Lei das Sociedades por Ações, que as submete à sua disciplina e, portanto, à modalidade societária. Assim, qualquer sociedade de economia mista será sempre uma sociedade anônima" (Direito administrativo. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 452/453).

HELY LOPES MEIRELLES leciona que "na denominação genérica de *empresas estatais* ou *governamentais* incluem-se as empresas públicas, as

sociedades de economia mista e as empresas que, não tendo as características destas, estão submetidas ao controle do Governo.

"A criação de empresa pública ou sociedade de economia mista depende de *lei específica autorizadora*. Diferentemente da autarquia, que é criada diretamente pela lei, no caso das empresas estatais e suas subsidiárias a autorização é dada por lei, cabendo ao Executivo tomar as providências necessárias para a instituição. A redação dada pela EC 19/98 ao inciso XIX e a manutenção do inc. XX do art. 37 deixam isso muito claro.

"[...]

"As *sociedades de economia mista* são pessoas jurídicas de Direito Privado, com participação do Poder Público e de particulares no seu capital e na sua administração, para a realização de atividade econômica ou serviço público outorgado pelo Estado. Revestem a forma das empresas particulares, admitem lucro e regem-se pelas normas das sociedades mercantis, com as adaptações impostas pelas leis que autorizem sua criação e funcionamento. São entidades que integram a Administração indireta do Estado, como instrumentos de descentralização de seus serviços (em sentido amplo: serviços, obras, atividades)" (Direito administrativo brasileiro. 37. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 397, 399 e 408).

A Constituição do Estado de Santa Catarina estabelece que "o Estado só intervirá na exploração direta da atividade econômica por motivo de interesse público, expressamente definido em lei" (art. 135; idêntico ao art. 173, da CF/1988); e que "a entidade estatal que explore atividade econômica se sujeitará ao regime jurídico próprio da empresa privada, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias" (§ 1º do art. 135; idêntico ao inciso II do art. 173, da CF/1988); embora se preveja, também, que "a investidura em cargo ou a admissão em emprego da administração pública depende da aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou

emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração" (art. 21, inciso I, idêntico ao art. 37, inciso I, da CF/88. Vale dizer: a relação de trabalho entre os empregados e as sociedades de economia mista é regida pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), mas não se dispensa o prévio concurso público.

DIOGENES GASPARINI afirma que "os servidores, na verdade *empregados, da sociedade de economia mista a ela se vinculam, por força do prescrito no art. 173, § 1º, I, da Constituição Federal, por um liame regido pela Consolidação das Leis do Trabalho. Ingressam nos quadros da entidade mediante concurso público de provas ou de provas e títulos para titularizar empregos.* Dessa regra escapam os que vão preencher empregos em comissão. Para esse fim é irrelevante discutir se são prestadoras de serviços públicos ou interventoras na atividade econômica" (Direito administrativo. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 455 – destaque aposto).

Mais adiante adverte *"que o concurso, não obstante sua necessidade para legitimar o ingresso do servidor nessas sociedades, não atribui, em tese, ao admitido, qualquer direito que não esteja previsto no regime celetista. De sorte que, ainda que permaneçam vinculados à sociedade por muito tempo, não adquirem estabilidade, assim como não se tornam efetivos, mesmo que ocupantes de cargo, emprego ou função pertencente ao plano de carreira.*

"Embora regidos pela Consolidação, tais servidores não podem acumular cargos, empregos ou funções, pois o inciso XVII do art. 37 da Constituição Federal determina que a proibição de acumular estende-se a cargos, funções ou empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, salvo, é natural, as hipóteses em que a Constituição, no inciso XVI, também deste artigo, encarrega-se de excepcionar" (Direito administrativo. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 456 – destaque aposto).

Note-se, então, que em relação aos empregados das sociedades de economia mista ocorre o seguinte:

a) a admissão de empregados públicos se dá por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos, exceto em relação aos cargos e empregos comissionados, declarados em lei de livre nomeação e exoneração (art. 21, inciso I, da CE/1989; art. 37, inciso II, da CF/1988);

b) os empregados públicos são submetidos ao regime celetista;

c) os ocupantes de empregos públicos não adquirem estabilidade, nem se tornam efetivos porque, como ensina HELY LOPES MEIRELLES, "*a nomeação para cargo de provimento efetivo* é a condição *primeira* para a aquisição da *estabilidade.* A efetividade, embora se refira ao servidor, é apenas um atributo do cargo [...]. *Esta condição – cargo efetivo – afasta a aquisição da estabilidade por parte do servidor empregado público regido pela CLT"* (Direito administrativo brasileiro. 37. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 383).

d) os empregados públicos não podem acumular cargos, funções ou empregos (art. 24, parágrafo único, da CE/1989; art. 37, inciso XVII, da CF/1988); exceto nas hipóteses previstas no art. 24, incisos I a III, da Carta Política Estadual (art. 37, inciso XVI, da CF/1988).

Em 2012 sobreveio a Lei Complementar n. 378, de 04/07/2012, determinando que "a Companhia de Desenvolvimento e Urbanização de Joinville - CONURB, sociedade de economia mista por ações constituída pelo Município de Joinville com autorização da Lei Municipal n. 1.349, de 28 de junho de 1974, alterada pela Lei Municipal n. 3.496, de 5 de junho de 1997, fica transformada em autarquia, que passa a denominar-se Instituto de Trânsito e Transporte – ITTRAN" (art. 1º); prevendo, ainda, que "o ITTRAN é uma autarquia municipal, com personalidade jurídica de direito público interno, autonomia técnica, administrativa e financeira, patrimônio e receita próprios, constituída como órgão da ad-

ministração indireta do Município de Joinville, diretamente vinculado ao Prefeito Municipal, para efeitos de supervisão, com sede e foro na cidade de Joinville-SC" (parágrafo único do art. 1º).

A criação de autarquias, que depende de lei específica, está prevista na Constituição Federal (art. 37, XIX), e também na Carta Política Estadual (art. 13, § 1º, inciso I).

De acordo com HELY LOPES MEIRELLES "a *instituição das autarquias,* ou seja, sua criação, faz-se por lei específica (art. 37, XIX), mas sua organização se opera por *decreto*, que aprova o *regulamento* ou *estatuto* da entidade, e daí por diante sua implantação se completa por atos da diretoria, na forma regulamentar ou estatutária, independentemente de quaisquer registros públicos" (Direito administrativo brasileiro. 37. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 383).

Para DIOGENES GASPARINI "as autarquias são criadas por lei específica (CF, art. 37, XIX), e, mesmo que a Constituição assim não dispusesse, a criação dessas entidades sempre dependeria de lei. De fato, por ser uma nova pessoa, sujeito de direitos e obrigações, e por se tratar de um desdobramento do próprio Estado, exige-se lei para sua criação, cuja iniciativa é exclusiva do Chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, *e*, da CF).

"[...]

"Seus servidores, admissíveis por concurso ou livre escolha, submetem-se, necessariamente, ao regime jurídico estatutário ou institucional. Sujeitam-se, desse modo, a todas as obrigações constitucionais e legais, ao mesmo tempo em que fruem os direitos, vantagens e prerrogativas que esse regime de pessoal lhes concede.

"[...]

"Os servidores autárquicos são admitidos, qualquer que seja o regime de pessoal adotado, mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, da CF). [...] Por outro lado, *referidos servidores submetem-se ao regime de acumulação de cargo, emprego ou função instituído pelos incisos XVI e XVII desse dispositivo constitucional"* (Direito administrativo. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 323/324 – destaque aposto).

Portanto, em relação aos servidores das autarquias constata-se o seguinte:

a) o ingresso no cargo público da autarquia se dá por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos, exceto em relação aos cargos e empregos comissionados, declarados em lei de livre nomeação e exoneração (art. 21, inciso I, da CE/1989; art. 37, inciso II, da CF/1988). A exigência do concurso público também se aplica às sociedades de economia mista e às empresas públicas.

b) os servidores autárquicos são regidos pelo regime jurídico único estatutário ou institucional, tal como os servidores da administração direta (art. 39, da Constituição Federal de 1988, com a redação original, anterior à Emenda Constitucional n. 19, de 04/06/1998, que na parte em que alterou tal dispositivo foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, na medida cautelar deferida em 02/08/2007, na ADI n. 2.135-4);

c) os ocupantes de cargos públicos em autarquias podem adquirir a estabilidade;

d) os servidores autárquicos não podem acumular cargos, funções ou empregos (art. 24, parágrafo único, da CE/1989; art. 37, inciso XVII, da CF/1988); exceto nas hipóteses previstas no art. 24, incisos I a III, da Carta Política Estadual (art. 37, inciso XVI, da CF/1988). Idêntica vedação é imposta aos empregados das sociedades de economia mista.

Na espécie, a Lei Complementar n. 378, de 04/07/2012, do Município de Joinville, sancionada pelo Prefeito Municipal, transformou a sociedade de economia mista, denominada Companhia de Desenvolvimento e Urbanização (CONURB), em uma autarquia municipal, denominada Instituto de Trânsito e Transporte – ITTRAN (art. 1º).

A transformação da sociedade de economia mista CONURB na autarquia municipal ITTRAN veio corrigir um erro histórico do Município de Joinville, que muitos anos atrás autorizou a criação de uma sociedade de economia mista com o objetivo primordial de cuidar da administração do trânsito e do transporte naquela Cidade, serviço obviamente indelegável, que deveria ser prestado por órgãos da própria administração direta ou por uma autarquia, e nunca por uma empresa, propiciando intermináveis discussões acerca da natureza jurídica do serviço, da delegação e da possibilidade de a empresa intervir naqueles serviços com autoridade de seus agentes. A correção do rumo tem a virtude de eliminar todos esses questionamentos e devolver ao Município a administração de trânsito e transporte, que se fará por meio de uma pessoa jurídica de direito público.

A mesma lei complementar determinou, ainda, que "ficam transformados em cargos de provimento efetivo, de regência estatutária, e transferidos para o Quadro de Pessoal do ITTRAN os atuais empregos que compõem o Quadro de Cargos da Companhia de Desenvolvimento e Urbanização de Joinville – CONURB" (art. 23, "caput"), ou seja, a lei complementar transformou os empregos em cargos públicos de provimento efetivo, bem como o regime jurídico que passou de celetista para estatutário.

A competência do Município para dispor sobre a organização de seu quadro de pessoal, o regime jurídico aplicável e o pagamento de seus servidores está prevista no art. 30, inciso I, da Constituição da República (art. 112, inciso I, da CE/1989).

HELY LOPES MEIRELLES ensina que "a *competência do Município* para organizar seu funcionalismo é consectário da autonomia administrativa de que dispõe (CF, art. 30, I). Assim, a exemplo dos Estados, atendidas as normas constitucionais aplicáveis ao servidor público, os preceitos das leis de caráter nacional e de sua Lei Orgânica, pode o Município elaborar o regime jurídico de seus servidores, segundo as conveniências locais. Nesse campo é inadmissível a extensão de normas estatutárias federais ou estaduais aos servidores municipais.

"[...]

"Só o Município poderá estabelecer o regime de trabalho e de pagamento de seus servidores, tendo em vista as peculiaridades locais e as possibilidades de seu orçamento" (Direito administrativo brasileiro. 37. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 469/470).

Diante dessa determinação legal questiona-se: nesse caso de transformação da sociedade de economia mista em autarquia municipal, é possível a transformação de empregos em cargos públicos de provimento efetivo, com a consequente conversão do regime jurídico celetista em estatutário?

O Supremo Tribunal Federal, por meio da *Súmula n. 685,* disse que "é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido".

Este Tribunal já disse, naqueles casos de Municípios que, antes da Constituição Federal de 1988, tinham empregados públicos celetistas, e quiseram transferi-los para cargos públicos de provimento efetivo, que essa transformação não era possível por não terem se submetido a concursos públicos aqueles empregados públicos (ADI n. 2006.014982-9, de Curitibanos, Rel. Des. Cesar Abreu, julgada em 26/11/2007; ADI n. 2002.026778-9, de Joinville, Rel. Des. Ricardo Fontes).

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal rechaçou a tentativa dos Estados e dos Municípios de aproveitar servidores celetistas não concursados em exercício na data da promulgação da Constituição, para torná-los efetivos:

"A exigência de concurso público para a investidura em cargo garante o respeito a vários princípios constitucionais de direito administrativo, entre eles, o da impessoalidade e o da isonomia. O constituinte, todavia, inseriu no art. 19 do ADCT norma transitória criando uma estabilidade excepcional para servidores não concursados da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios que, quando da promulgação da Carta Federal, contassem com, no mínimo, cinco anos ininterruptos de serviço público. 2. A jurisprudência desta Corte tem considerado inconstitucionais normas estaduais que ampliam a exceção à regra da exigência de concurso para o ingresso no serviço público já estabelecida no ADCT Federal. Precedentes: ADI 498, rel. Min. Carlos Velloso (DJ de 09/08/1996) e ADI 208, rel. Min. Moreira Alves (DJ de 19/12/2002), entre outros." (STF – RE n. 558.658/RS, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe DE 13/02/2013).

Diz o art. 19, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, aí mencionado:

"Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, *e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição,* são considerados estáveis no serviço público.

"§ 1º. O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

"§ 2º. O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do *caput* deste artigo, exceto se se tratar de servidor.

"§ 3º O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei."

Esse dispositivo permitiu que se tornassem estáveis os servidores celetistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foram admitidos sem concurso público (art. 37, inciso II, da Carta Magna), desde que estivessem em exercício na data da promulgação da Constituição, e tivessem até então pelo menos cinco anos contínuos de serviço na instituição, mas não puderam tornar-se efetivos.

O mesmo dispositivo, lido inversamente, permite concluir que os servidores celetistas que ingressaram no serviço público após prévia aprovação em concurso público podiam tornar-se efetivos, se a lei posterior à Constituição de 1988 assim o previsse.

Assim é que não repugna ao Direito Constitucional o aproveitamento de empregados públicos (celetistas) devidamente submetidos a concurso público de provas ou de provas e títulos, não apenas a mero processo seletivo, para ocuparem cargos públicos da autarquia em que se transformou a sociedade de economia mista na qual foram admitidos.

Efetivamente, tendo havido concurso público, a doutrina e a jurisprudência respondem afirmativamente ao questionamento sobre a possibilidade de, nessas circunstâncias, transformar empregos em cargos públicos e aproveitar os empregados celetistas devidamente concursados, sobretudo porque a Constituição do Estado de Santa Catarina, no seu art. 39, inciso VII, reproduzindo o disposto no art. 48, inciso X, da Carta Magna, estabelece que "cabe a Assembleia Legislativa, com a sanção do Governador, dispor sobre todas as matérias de competência do Estado, especialmente

sobre: [...] VII – criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o disposto no art. 71, IV, *b*".

O art. 71, inciso IV, alínea "b", acima referidos, prevê que "são atribuições privativas do Governador do Estado: [...] IV – dispor, mediante decreto, sobre: [...] b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos".

De acordo com HELY LOPES MEIRELLES "a *criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas* do Poder Executivo exige lei de iniciativa privativa do Presidente da República, dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal e dos Prefeitos Municipais, conforme seja federal, estadual ou municipal a Administração interessada, abrangendo a Administração direta, autárquica e fundacional (CF, art. 48, X, c/c o art. 61, § 1º, II 'd').

"[...]

*"A transformação de cargos, funções ou empregos do Executivo é admissível desde que realizada por lei de sua iniciativa***.** Pela transformação extinguem-se os cargos anteriores e se criam os novos, que serão providos por concurso ou simples enquadramento dos servidores já integrantes da Administração, mediante apostila de seus títulos de nomeação. *Assim, a investidura nos novos cargos poderá ser originária (para os estranhos ao serviço público) ou derivada (para os servidores que forem enquadrados), desde que preencham os requisitos da lei"* (Direito administrativo brasileiro. 37. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 383).

Com fundamento na doutrina de HELY LOPES MEIRELLES poder-se-ia concluir que a transformação de empregos em cargos públicos não se aplicaria às sociedades de economia mista, porquanto ele fez referência apenas à Administração direta, autárquica e fundacional.

Entretanto, conclusão nesse sentido seria absolutamente equivocada porque CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, referindo-se à criação de empregos nas empresas estatais ou governamentais, denominação genérica em que se incluem as empresas públicas e as sociedades de economia mista, assim adverte:

"A regra para a criação de seus empregos, similarmente ao que ocorre com a criação de cargos e empregos na Administração direta, é a de que terão de ser criados por lei. Ainda que não haja uma estatuição constitucional específica, este deve ser o entendimento. Com efeito, o art. 48, X, da Constituição, dispõe que ao Congresso Nacional compete criar cargos, funções e *empregos públicos*. É, pois, de teor amplo e genérico; logo, suficiente para abranger o caso *sub examine*. De outra parte, o art. 37, *caput*, declara que a Administração indireta, tal como a direta, se submete ao princípio da legalidade. Seria estranha tal submissão se o próprio Executivo ou, ainda pior, se as autoridades internas de tal sujeito, em despeito disto, fossem liberadas para criar empregos, isto é, lugares de trabalho, nas sobreditas entidades, tanto mais porque, a própria criação destas pessoas, conforme art. 37, XIX, depende de autorização legislativa. Demais disto, como a criação de empregos no sobredito sujeito, a teor do art. 169, tal como ocorre com os cargos na Administração direta, e com a contração de pessoal, dependem de prévia dotação orçamentária suficiente para acobertá-los, ditos empregos haverão de estar legalmente previstos, pois o orçamento, com suas dotações, é estabelecido por lei, a lei orçamentária, a teor do art. 48, II, da CF" (Curso de direito administrativo. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 219/220).

Portanto, de acordo com a doutrina é possível a transformação de emprego em cargo público de provimento efetivo, com o aproveitamento dos ocupantes do emprego, desde que a admissão dos empregados tenha sido precedida de concurso público de provas e ou de provas e títulos, e não de mero e simples processo seletivo.

O Tribunal de Justiça do Pará teve oportunidade de manifestar-se acerca disso, e respondeu afirmativamente:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO *TRANSFORMAÇÃO DOS EMPREGOS PÚBLICOS EM CARGOS PÚBLICOS LEI MUNICIPAL N. 8.277/02 POSSIBILIDADE.* SERVIDOR EFETIVADO POR MEIO DE CONCURSO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. *PROVIMENTO DE FORMA DERIVADA AO CARGO PÚBLICO MIGRAÇÃO DOS EMPREGADOS PÚBLICOS EFETIVOS DO REGIME CELETISTA PARA O ESTATUTÁRIO MUNICIPAL POSSIBILIDADE.* APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONCURSO PÚBLICO E DA RESERVA LEGAL. AÇAO CONHECIDA E JULGADA IMPROCEDENTE. UNANIMIDADE" (TJPA – ADIN n. 2005.3.002524-3, da Comarca de Belém, Relatora Des. Luzia Nadja Guimarães Nascimento, DJ de 29/10/2009 – grifo aposto).

Dos fundamentos do voto extrai-se:

"Quanto ao terceiro parágrafo que, a par dos empregados públicos poderem ser regidos pelo regime da CLT, deu-lhes direito de opção para integrar o regime jurídico único dos servidores civis do Município de Belém (Lei Municipal n. 7.453/89) não me parece haver, também neste caso, inconstitucionalidade na legislação indicada.

"Veja que o próprio regime jurídico único do município previu no seu artigo 4º a transformação em cargos os empregos ocupados por servidores regidos pela legislação trabalhista, visando unificar o regime remuneratório e demais vantagens do servidor independentemente da categoria.

"A transposição prevista em lei formal de empregos públicos para cargos públicos, mantendo-se em todo caso a necessidade constitucional de efetivação por concurso público, não viola o texto constitucional.

"A transformação violadora da Constituição é aquela que visa constitucionalizar uma forma de provimento derivada de cargo público sem ter se tido acesso anterior por meio de concurso público, não quando o procedimento de transformação respeitou a regra do concurso público e foi realizada preservando a reserva de lei formal de competência do Legislativo (STF, ADI n. 3.342/SP, rel. Min. Carmen Lúcia, j. em 04/03/2009; STF, ADI n. 1.677/DF, rel. Min. Moreira Alves, j. em 03/02/2003; STF, ADI/MC n. 1.476/PE, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 07/11/1996).

"O que se tem, de fato, é que a conversão do regime celetista em estatutário não obsta o vínculo jurídico entre a Administração Pública e o servidor. Mantém-se a prestação de serviços, a retribuição financeira, o local de trabalho sem qualquer solução de descontinuidade. Aliás, na opinião do Min. Francisco Rezek na ADI n. 613/DF, j. em 29/04/1993, pode-se perceber que a transformação significa, em última instância, um fortalecimento da relação entre o Poder Público e os servidores inicialmente contratados sob o regime da CLT.

"É, também, o que expressa o Min. Moreira Alves no julgamento do AgRg em AI n. 313.149, j. em de 06/02/2002:

"... seus servidores celetistas passaram a ser servidores estatutários, modificando-se, assim, sem solução de continuidade, o vínculo de subordinação jurídica e de dependência econômica que os ligava com a criação de uma nova relação jurídica (a estatutária) para extinguir a anterior (a celetista decorrente de contrato de trabalho) numa verdadeira novação objetiva legal de direito público admitida pela Constituição, e em que as obrigações legais estatutárias se criam para extinguir as trabalhistas, o que implica, evidentemente, a extinção do contrato de trabalho.

"Na mesma decisão também confirmou o entendimento o Min. Sepúlveda Pertence:

"Na verdade, o caso é de uma novação objetiva de regimes, envolvendo, necessariamente, a extinção do regime contratual anterior.

"Para concluir, e somente no intuito de dar clara expressão da interpretação conforme a Constituição narrada no voto, entendo dizer que a transformação dos empregos públicos em cargos públicos determinado pela Lei Municipal n. 8.277/02 somente é possível no caso de servidor efetivado por meio de concurso público, sem possibilidade de provimento de forma derivada ao cargo público. E a possibilidade de migração dos empregados públicos efetivos da autarquia especial criada do regime celetistas para o estatutário municipal é opção que se enquadra na linha de constitucionalidade desde aplicável os princípios do concurso público (artigo 34, § 1º da Constituição do Estado do Pará) e da reserva legal (artigo 44, VIII da Lei Orgânica do Município de Belém).

"São todas as razões que sustento para conhecer e julgar improcedente in totum a ação proposta" (TJPA – ADIN n. 2005.3.002524-3, da Comarca de Belém, Relatora Des. Luzia Nadja Guimarães Nascimento, DJ de 29/10/2009 – grifo aposto).

Nesse passo, não é inconstitucional a transformação de empregos em cargos públicos de provimento efetivo, nem o aproveitamento dos respectivos empregados, mormente porque a admissão nos empregos da sociedade de economia mista se deu por meio de concurso público, como comprovam os diversos editais de concurso juntados ao processo (fls. 226/232; 234/242; 243/261; 262/315; 317/415; 416/509).

2.1.1. Da alegada inconstitucionalidade do art. 23, "caput" e §§ 1º a 5º, da LCM n. 378/2012, que preveem a transformação de empregos em cargos públicos de provimento efetivo e o aproveitamento de empregados concursados

Imperativo dizer que, como se viu, é admissível a transformação de empregos em cargos públicos efetivos, bem como a conversão e/ou

transposição do regime jurídico celetista para o estatutário, na hipótese de ter havido concurso público, haja vista que é pacífica a orientação jurisprudencial no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico (STF – RE n. 661.679 AgR/MT, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 04/10/2012; RE n. 486.844/AgR/GO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe de 07/03/2008) e, por isso, não é inconstitucional o art. 23, "caput", da Lei Complementar n. 378/2012, do Município de Joinville, que autoriza a transformação, sob opção dos empregados que tenham se submetido a concurso público (e não apenas a mero processo seletivo), de empregos em cargos públicos de provimento efetivo submetidos ao regime jurídico único estatutário.

Não é inconstitucional, de igual modo, o § 1º do art. 23, da Lei Complementar Municipal n. 378/2012, que assegura aos empregados da CONURB o direito de opção pelo regime jurídico estatutário e a transferência para o quadro de pessoal do ITTRAN porque, para exercer o direito de opção e fazer jus à transferência e/ou transposição, o próprio dispositivo impugnado determina que *é indispensável que os empregados tenham sido admitidos por concurso público* (§ 1º do art. 23), devendo ser observado, ainda, o disposto no inciso I do § 4º do mesmo artigo 23, vale dizer, deve existir *"correspondência de atribuições e requisitos de acesso entre o emprego primitivo e o cargo da nova situação funcional", além da identidade entre o vencimento do emprego e o do cargo público.*

Assim, há que se dar aos dispositivos legais impugnados (§ 1º e § 4º, inciso I do art. 23, da LCM n. 378/2012) interpretação conforme à Constituição.

Por outras palavras, somente poderão ser transferidos para o cargo público efetivo da autarquia municipal os ocupantes de empregos que tenham se submetido a concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 21, inciso I, da CE/1989; art. 37, inciso II, da CF/1988), e não a simples

processo seletivo; a natureza, o grau de responsabilidade, a complexidade, os requisitos de investidura e as peculiaridades dos empregos devem ser idênticos ou similares aos dos cargos de provimento efetivo do ITTRAN (art. 26, § 1º, incisos I, II e III, da CE/1989); o padrão de vencimento dos empregos também deve ser idêntico ao dos cargos efetivos (§ 1º do art. 26, da CE/1989).

No que diz respeito à estabilidade, também se deve dar interpretação conforme à Constituição, ou seja, os ocupantes de empregos da CONURB (regime celetista) que forem transferidos para o quadro de pessoal do ITTRAN (regime estatutário) somente se tornarão estáveis "após três anos de efetivo exercício" no cargo, contados da data do enquadramento e/ou transferência/transposição para o cargo de provimento efetivo do ITTRAN.

Desse modo, dando-se interpretação conforme à Constituição, afasta-se a aventada inconstitucionalidade.

Isso porque "a regra constitucional que submete as empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime jurídico próprio das empresas privadas – art. 173, § 1º, II da CB/88 – não elide a aplicação, a esses entes, do preceituado no art. 37, II, da CB/88, que se refere à investidura em cargo ou emprego público" (STF – AI n. 680.939 AgR/RS, Rel. Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJe de 1º/02/2008).

Além da obrigatoriedade de terem se submetido a concurso público de provas ou de provas e títulos, a transferência/aproveitamento/enquadramento dos empregados no cargo público exige que haja identidade ou similaridade entre as atribuições, que o grau de escolaridade e o vencimento do emprego e do cargo público também sejam idênticos.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal o "aproveitamento dos ocupantes de cargos extintos nos recém criados" não viola o "princípio constitucional da exigência de concurso público, haja vista a similitude das atribuições desempenhadas pelos ocupantes dos cargos extintos" (STF –

ADIN n. 2.335/SC, Rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ de 19/12/2003, p. 049 – grifo aposto).

No mesmo sentido:

"Não encontra guarida, na doutrina e na jurisprudência, a pretensão da requerente de violação ao art. 131, caput da Carta Magna, uma vez que os preceitos impugnados não afrontam a reserva de lei complementar exigida no disciplinamento da organização e do funcionamento da Advocacia-Geral da União. Precedente: ADI nº 449, Rel. Min. Carlos Velloso. *Rejeição, ademais, da alegação de violação ao princípio do concurso público (CF, arts. 37, II e 131, § 2º). É que a análise do regime normativo das carreiras da AGU em exame apontam para uma racionalização, no âmbito da AGU, do desempenho de seu papel constitucional por meio de uma completa identidade substancial entre os cargos em exame, verificada a compatibilidade funcional e remuneratória, além da equivalência dos requisitos exigidos em concurso"* (STF – ADIN n. 2.713/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ de 07/03/2003, p. 033 – grifo aposto).

"Unificação, pela Lei Complementar nº 10.933-97, do Rio Grande do Sul, em nova carreira de Agente Fiscal do Tesouro, das duas, preexistentes, de Auditor de Finanças Públicas e de Fiscal de Tributos Estaduais. *Assertiva de preterição da exigência de concurso público rejeitada em face da afinidade de atribuições das categorias em questão,* consolidada por legislação anterior à Constituição de 1988. Ação direta julgada, por maioria, improcedente" (STF – ADIN n. 1.591/RS, Rel. Ministro Octavio Gallotti, DJ de 30/06/2000, p. 038 – original sem grifo).

Portanto, rejeita-se a alegada inconstitucionalidade do art. 23, "caput", do seu § 1º, bem como do seu § 4º, inciso I, todos da Lei Complementar Municipal n. 378/2012.

2.1.2. Da inconstitucionalidade parcial dos §§ 2º e 5º do art. 23 da LCM n. 378/2012

Entretanto, no que diz respeito ao § 2º do art. 23, da Lei Complementar Municipal n. 378/2012, segundo o qual "a opção prevista no parágrafo anterior será exercida no prazo de 30 (trinta) dias a contar do início da vigência dessa lei por meio de declaração formal, sob pena de transposição automática ao regime estatutário municipal", há que se declarar a inconstitucionalidade, por ofensa ao art. 21, inciso I, da Constituição Estadual, da expressão "sob pena de transposição automática ao regime estatutário municipal".

É que o Supremo Tribunal Federal tem declarado inconstitucional a transposição automática de cargos ocupados por servidores celetistas não concursados em cargos de provimento efetivo, porque "essa transposição automática equivale ao aproveitamento de servidores não concursados em cargos para cuja investidura a Constituição exige os concursos aludidos no artigo 37, II, de sua parte permanente e no § 1º do artigo 19 de seu ADCT" (STF – ADIN n. 1.150/RS, Rel. Ministro Moreira Alves, DJ de 17/04/1998, p. 001).

Desse modo, diante do perigo e/ou risco de se transferir automaticamente para o cargo público de provimento efetivo o empregado que não tenha se submetido a concurso público de provas ou de provas e títulos, declara-se inconstitucional a expressão "sob pena de transposição automática ao regime estatutário municipal", inserta no § 2º, do art. 23, da Lei Complementar n. 378/2012, do Município de Joinville, por contrariar o disposto no art. 21, inciso I, da Carta Política Estadual (art. 37, inciso II, da CF/1988).

Por outro lado, não há inconstitucionalidade alguma no § 3º do art. 23, da LCM n. 378/2012, que estabelece que "os empregados da Companhia de Desenvolvimento e Urbanização de Joinville - CONURB que não quiserem aderir à mudança de regime jurídico e provimento nos cargos correlatos no ITTRAN terão seus contratos de trabalho rescindidos, nos

termos da legislação trabalhista", sobretudo porque, com a transformação dos empregos em cargos públicos, e a adoção do regime estatutário no lugar do celetista, ocorre a extinção do contrato de trabalho e/ou da relação de emprego firmado com base na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Nesse sentido:

"É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que é incabível a manutenção do pagamento vantagens incorporadas ao salário dos servidores à época de sua sujeição ao regime da CLT - após a vigência do regime estatutário, quando se operou a extinção dos contratos de trabalho e a transformação dos empregos em cargos públicos.

"Não há, portanto, como invocar-se ofensa ao direito adquirido ou à irredutibilidade de vencimentos" (STF – AI n. 572.366/RS, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 27/04/2006, p. 0070).

"A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico e de que a transposição do regime celetista para o estatutário acarreta a extinção do contrato de trabalho, não sendo possível invocar ofensa ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada" (STF – RE n. 609.707/RS, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe de 14/05/2010).

Logo, os empregados que não quiserem aderir ao regime jurídico estatutário em que se converteu o regime celetista, terão seus contratos de trabalho rescindidos nos termos da legislação trabalhista (CLT) e, por isso, não é inconstitucional a norma do § 3º, do art. 23, da LCM n. 378/2012.

Também não há inconstitucionalidade alguma no inciso II do § 4º do art. 23, da Lei Complementar Municipal n. 378/2012, que assegura a contagem de tempo de serviço efetivamente prestado à CONURB para fins de gratificação natalina, férias e aposentadoria, haja vista que se tratam de direitos sociais constitucionalmente previstos tanto para os trabalhadores

urbanos e rurais (art. 7º, incisos VIII, XVII e XXIV, da CF/1988), quanto para os servidores públicos (art. 27, incisos IV, XII, e art. 30, da CE/1989; art. 39, § 3º, art. 40, e art. 201, § 9º, da CF/1988), cuja fruição/aquisição depende do tempo de serviço prestado, sendo irrelevante o fato de o serviço ter sido prestado sob o regime celetista ou estatutário.

De igual modo, o inciso III do § 4º do art. 23, da LCM n. 378/2012, não é inconstitucional porque, ainda que o servidor tenha o contrato de trabalho extinto em razão da transformação do emprego em cargo público e da mudança de regime jurídico, de celetista para estatutário, e não possa, com base nessas alterações, invocar ofensa a direito adquirido ou à irredutibilidade de vencimento (STF – AI n. 572.366/RS, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 27/04/2006, p. 0070), a própria Lei Complementar Municipal n. 378/2012, assegurou o direito à irredutibilidade de vencimentos (art. 23, § 4º, inciso III), como também prevê a Constituição da República (art. 7º, inciso VI, e art. 37, inciso XV, da CF/1988).

Então, evidentemente que o inciso III do § 4º do art. 23, da LCM n. 378/2012, não é inconstitucional.

Todavia, em relação ao § 5º do art. 23, da LCM n. 378/2012, que determina que "os empregados transpostos da Companhia de Desenvolvimento e Urbanização de Joinville - CONURB para o Quadro de Pessoal do ITTRAN serão enquadrados dentro de seu grupo salarial no nível cujo valor do vencimento seja igual ou imediatamente superior ao até então percebido, acaso não seja coincidente, ficando em nível de extinção os empregados que perceberem salário superior ao maior nível de vencimento previsto no correspondente grupo", há que se declarar a inconstitucionalidade, por afronta aos arts. 21, inciso I, e 26, § 1º e seus incisos, da Constituição do Estado de Santa Catarina, das expressões, referentes à comparação de vencimentos, "ou imediatamente superior" e "acaso não seja coincidente", porquanto, como se demonstrou acima, a transposição somente não será

inconstitucional quando houver "identidade substancial entre os cargos em exame, verificada a compatibilidade funcional e remuneratória, além da equivalência dos requisitos exigidos em concurso" (STF – ADIN n. 2.713/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJ de 07/03/2003, p. 033).

O § 1º do art. 26, da Constituição Estadual, estabelece que "a fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará: I – a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira; II – os requisitos para a investidura; e III – as peculiaridades dos cargos".

Ora, as expressões "ou imediatamente superior" e "acaso não seja coincidente", são inconstitucionais porque abrem a possibilidade de se realizar a transposição de ocupante de emprego para cargo público de vencimento superior àquele que até então percebia no emprego, violando o disposto nos arts. 21, inciso I, e 26, § 1º e seus incisos, da Carta Política Estadual.

O Supremo Tribunal Federal, mudando o que deve ser mudado, decidiu que "o servidor público posto em disponibilidade tem o direito de ser aproveitado em outro cargo da Administração Pública Direta ou Indireta, desde que observada a compatibilidade de atribuições e vencimentos com o cargo anterior" (RE 560.464-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe de 15/02/2008), motivo pelo qual "fere o princípio inscrito no art. 37, II, da Constituição Federal, a atribuição, independentemente de concurso público, dos vencimentos de cargo superior que haja desempenhado, por desvio de função, o servidor" (STF - RE 219.934/SP, Rel. Ministro Octávio Gallotti, DJ de 16/02/2001).

Na hipótese, o dispositivo legal impugnado autoriza o Administrador Público Municipal, caso o vencimento do empregado transposto da CONURB para o ITTRAN "não seja coincidente" com aquele até então percebido na sociedade de economia mista, a promover o enquadramento

do empregado no cargo público efetivo de vencimento "imediatamente superior", circunstância que maltrata os arts. 21, inciso I, e 26, § 1º e seus incisos, da Carta Política Estadual porque, além da obrigatoriedade do concurso público de provas ou de provas e títulos, o enquadramento e/ou aproveitamento deve se dar com observância em relação a "compatibilidade de atribuições e vencimentos com o cargo anterior" (RE 560.464-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe de 15/02/2008).

Logo, se declara inconstitucionais as expressões "ou imediatamente superior" e "acaso não seja coincidente", insertas no § 5º do art. 23, da Lei Complementar n. 378/2012, do Município de Joinville, por afronta aos arts. 21, inciso I, e 26, § 1º e seus incisos, da Carta Política Estadual.

2.1.2. Da aventada inconstitucionalidade do § 8º do art. 20, da LCM n. 378/2012

O § 8º do art. 20, da Lei Complementar n. 378/2012, do Município de Joinville que, segundo o autor da ação direta de inconstitucionalidade, teria afrontado o art. 21, inciso I, da Constituição Estadual, está assim redigido:

"Art. 20. O Quadro de Cargos do ITTRAN será organizado de acordo com os anexos desta lei.

"[...]

"§ 8º - Os empregados ocupantes do cargo de Secretária na estrutura da Companhia de Desenvolvimento e Urbanização de Joinville - CONURB, diante da inexistência de correspondência nos quadros do Município de Joinville, serão enquadrados no cargo de Agente Administrativo, respeitada a correspondência de atribuições e requisitos de acesso entre o emprego primitivo e o cargo da nova situação funcional".

O cargo público, na lição de HELY LOPES MEIRELLES, "*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" (Direito administrativo brasileiro. 37. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 459 – destaque aposto).

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO define cargo público como "*as mais simples e indivisíveis unidades de competência* a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, *com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e criadas por lei* [...]" (Curso de direito administrativo. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 254 – original sem grifo).

De outro lado, como cediço, o acesso a cargos ou empregos públicos, via de regra, *"depende da aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei*, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração" (art. 21, inciso I, da CE/1989, e art. 37, inciso II, da CF/1988 – original sem destaque).

As Constituições Federal e Estadual autorizam, ainda, que a União, Estados e Municípios realizem a contratação de servidores temporários ou por tempo determinado (art. 21, § 2º, da CE/1989; e art. 37, inciso IX, da CF/1988).

Note-se, então, que os cargos públicos devem ser criados por lei, com denominação, atribuições, grau de responsabilidades e padrão de vencimento específicos/próprios para cada um deles, e serão providos, os efetivos, por meio de concurso público, conforme a natureza e a complexidade de cada cargo.

Aliás, no tocante ao tema, a Constituição Estadual estabelece:

"Art. 26 [...]

"§ 1º - A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará:

"I – a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira;

"II – os requisitos de investidura; e

"III – as peculiaridades dos cargos.

"§ 2º - O Estado manterá escola de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados".

Registre-se que o próprio dispositivo legal impugnado (§ 8º do art. 20) determina expressamente que "*os empregados ocupantes do cargo de Secretaria na estrutura da Companhia de Desenvolvimento e Urbanização de Joinville - CONURB*, diante da inexistência de correspondência nos quadros do Município de Joinville, *serão enquadrados no cargo de Agente Administrativo, respeitada a correspondência de atribuições e requisitos de acesso entre o emprego primitivo e o cargo da nova situação funcional"* (destaque aposto).

As atribuições dos ocupantes do emprego de Secretária, conforme se infere da documentação acostada ao processo, estão assim definidas:

"O ocupante do cargo é responsável pela execução de serviços administrativos de suporte à Diretoria, como datilografia, ligações telefônicas, xerox, digitação de dados em microcomputador, emissão de relatórios e outros expedientes, bem como pelo fornecimento de informações gerais e pela supervisão da recepção, de modo a colaborar com os trabalhos desenvolvidos pela empresa" (fl. 232).

Ainda de acordo com a prova dos autos, a admissão no emprego de Secretária se dá mediante a realização de concurso público (art. 21, inciso I,

da CE/1989; art. 37, inciso II, da CF/1988), exigindo-se que o candidato possua, no mínimo, o ensino médio, e tenha habilidades em datilografia e digitação (fls. 226/232).

O vencimento percebido pelo ocupante do emprego de Secretária, no mês de junho de 2012, correspondia a R$ 3.267,35 (três mil, duzentos e sessenta e sete reais e trinta e cinco centavos – fl. 1.002 – documento requisitado por este Relator).

Por sua vez, o cargo público efetivo de Agente Administrativo, em que se dará o enquadramento dos ocupantes do emprego de Secretária, tem as seguintes atribuições:

"É responsável pela realização de serviços administrativos, como digitação, edição de textos e planilhas de cálculo, cópias, arquivos, cálculos, controles, elaboração de relatórios e planilhas, atendimento ao público e outros, contribuindo com o bom desempenho dos trabalhos realizados e atendimento das normas e práticas em vigor" (fl. 345).

O provimento do cargo público de Agente Administrativo, a exemplo do que ocorre com o emprego de Secretária, se dá por meio de concurso público, devendo o candidato possuir, no mínimo, o ensino médio e noções básicas em informática (fl. 345).

O vencimento é idêntico àquele percebido pelo empregado ocupante do cargo de Secretária, ou seja, R$ 3.267,35 (três mil, duzentos e sessenta e sete reais e trinta e cinco centavos – fl. 1.005 – documento requisitado por este Relator).

Constata-se, então, que a admissão no emprego de Secretária e o provimento do cargo público efetivo de Agente Administrativo dependem de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 21, inciso I, da CE/1989; art. 37, inciso II, da CF/1989).

DIOGENES GASPARINI, referindo-se aos ocupantes de empregos, disse que "não obstante o regime celetista a que se sujeitam esses servidores, o ingresso nas empresas governamentais faz-se mediante concurso público de provas ou de provas e títulos. Esse certame competitivo é indispensável, pois o inciso II do art. 37 da Lei Maior federal impõe tal procedimento para a titularização de cargo, emprego ou função. *Não há assim, qualquer distinção entre esse concurso e o realizado para o provimento de cargos efetivos"* (Direito administrativo. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 170 – original sem grifo).

Nesse passo, se o ingresso nas sociedades de economia mista e nas autarquias está condicionado à prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, e não a mero processo seletivo; se as atribuições do emprego de Secretária e as do cargo público efetivo de Agente Administrativo se equivalem; se a escolaridade exigida para um e outro é idêntica e se não há diferença alguma entre o vencimento de ambos, não é inconstitucional o § 8º do art. 20, da Lei Complementar n. 378, de 04/07/2012, do Município de Joinville, que prevê o enquadramento por transposição do ocupante do emprego de Secretária no cargo público efetivo autárquico de Agente Administrativo.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que somente são inconstitucionais "a transformação de cargos e a transferência de servidores para outros cargos ou para categorias funcionais diversas traduzem, quando desacompanhadas da prévia realização do concurso público de provas ou de provas e títulos [...]" (STF - ADIN n. 248/RJ, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 08/04/1994).

No mesmo sentido:

*"Ação que se julga procedente em parte***,** para declarar-se inconstitucional a expressão 'operando-se automaticamente a transposição de seus ocupantes' contida no artigo 276, § 2º, da Lei 10.098, de 03.02.94, do

Estado do Rio Grande do Sul, bem como *para declarar que os §§ 3º e 4º desse mesmo artigo 276 (sendo que o último deles na redação que lhe foi dada pela Lei 10.248, de 30.08.94) só são constitucionais com a interpretação que exclua da aplicação deles as funções ou os empregos relativos a servidores celetistas que não se submeteram ao concurso aludido no artigo 37, II, da parte permanente da Constituição, ou referido no § 1º do artigo 19 do seu ADCT"* (STF – ADIN n. 1.150/RS, Rel Ministro Moreira Alves, DJ de 17/04/1998 – grifo aposto).

Então, como se viu, não é inconstitucional o § 8º do art. 20, da Lei Complementar n. 378/2012, do Município de Joinville, mas a ele se dá interpretação conforme à Constituição para dizer que a transformação do emprego de Secretária no cargo público efetivo de Agente Administrativo, com o aproveitamento do respectivo ocupante do emprego, somente poderá ocorrer se o empregado se submeteu a prévio concurso público (art. 21, inciso I, da CE/1989; art. 37, inciso II, da CF/1988); e se as atribuições de ambos forem similares e os vencimentos forem idênticos.

2.1.3. Da inconstitucionalidade do § 4º do art. 30, da LCM n. 378/2012, que manda transferir para o ITTRAN eventuais servidores da extinta Fundação Municipal de Vigilância

O art. 30 e seu § 4º, da Lei Complementar n. 378, de 04/07/2012, têm a seguinte redação:

"Art. 30. Fica extinta a Fundação Municipal de Vigilância, constituída pelo Município de Joinville com autorização da Lei Municipal n. 3.923, de 20 de maio de 1999.

"[...]

"§ 4º - Eventuais servidores da Fundação Municipal de Vigilância serão transferidos para os quadros do ITTRAN".

O autor da ação direta de inconstitucionalidade sustenta que o § 4º do art. 30, da Lei Complementar Municipal n. 378, de 04/07/2012, também é inconstitucional por contrariar a regra constitucional do concurso público (art. 21, inciso I, da CE/1989).

No entanto, razão não lhe assiste.

HELY LOPES MEIRELLES ensina que "a própria Constituição da República de 1988, encampando a doutrina existente" instituiu "as denominadas *fundações públicas*, ora chamando-as de 'fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público (arts. 71, II, III e IV; 169, parágrafo único; 150, § 2º; 22, XXVII), ora de 'fundação pública' (arts. 37, XIX, e 19 das 'Disposições Transitórias'), ora de 'fundações mantidas pelo Poder Público' (art. 37, XVII), ora, simplesmente, de 'fundação' (art. 163, II).

"Com esse tratamento, a Carta da República transformou essas fundações em *entidades de Direito Público*, integrantes da Administração indireta, ao lado das autarquias e das empresas governamentais. *Nesse sentido, já decidiu o STF, embora na vigência da Constituição anterior, que 'tais fundações são espécie do gênero autarquia'.* Não entendemos como uma entidade (fundação) possa ser espécie de outra (autarquia) sem se confundirem nos seus conceitos. Todavia, *a prevalecer essa orientação jurisprudencial, aplicam-se às fundações de direito público todas as normas, direitos e restrições pertinentes às autarquias.*

"A EC 19/98 deu nova redação ao inc. XIX do art. 37 da CF, deixando transparecer ter voltado ao entendimento anterior de que a fundação é entidade com personalidade jurídica de Direito Privado [...]. A fundação foi colocada ao lado das empresas governamentais (entidades de Direito Privado).

"[...]

"Não obstante, como já existem fundações instituídas por lei com personalidade jurídica de Direito Público, há de coexistir as duas espécies até que venha a norma regulamentadora da matéria, ou até que aquelas sejam extintas" (Direito administrativo brasileiro. 37. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 394/395 – original sem destaque).

O Supremo Tribunal Federal, já na vigência da Constituição Federal de 1988, mantém o entendimento de que "ainda que o artigo 109, I da Constituição Federal, não se refira expressamente às fundações, o entendimento desta Corte é o de que a finalidade, a origem dos recursos e o regime administrativo de tutela absoluta a que, por lei, estão sujeitas, fazem delas espécie do gênero autarquia" (STF – RE n. 215.741/SE, Rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ de 04/06/1999, p. 019).

De acordo com DIOGENES GASPARINI "muito embora a fundação pública tenha o mesmo regime jurídico das autarquias [...], o conceito de fundação, gênero do qual a *fundação privada* e a *fundação pública* são espécies, é encontrado na doutrina. Segundo esta, é um patrimônio personalizado, afetada a um fim. O patrimônio, substrato econômico da fundação, é o complexo de relações jurídicas pertencentes a determinado sujeito. Personalizado, porque sobre ele incidem normas jurídicas, tornando-o sujeito de direitos e obrigações. Afetado a um fim significa destinado ou consagrado a perseguir um objetivo, quase sempre de natureza educacional, cultural ou científica. Tratando-se de fundação criada pela Administração Pública, seja qual for a espécie, qualquer desses objetivos há de ser de interesse público. Não pode haver fundação, ainda que instituída sob o figurino do Direito Privado, que legalmente possa buscar uma finalidade de interesse privado, quando instituída pela Administração Pública. Diante de tal súmula, pode-se conceituar a fundação pública como sendo *o patrimônio público personalizado segundo regras de Direito Público – destinado à persecução de finalidades de interesse da coletividade*" (Direito administrativo. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 328/329)

As fundações públicas, ainda na lição do mesmo administrativista, são criadas "pela Administração Estatal, que dela fará uso para o desempenho de certas atividades de interesse coletivo, não observa o mesmo procedimento exigido para a instituição da autarquia, embora também seja uma pessoa jurídica de Direito Público. Com efeito, em relação à autarquia sua criação se dá por lei, já em relação à fundação pública sua criação se dá mediante lei autorizadora. Vale dizer: com a publicação da lei, a autarquia está criada, mas a criação da fundação pública com a publicação da lei está apenas autorizada (art. 37, XIX, da CF)" (Direito administrativo. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 331).

Mais adiante, ensina:

"Os servidores fundacionais públicos são admitidos, qualquer que seja o regime de pessoal adotado, mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, da CF).

"[...]

"Por outro lado, esses servidores submetem-se ao regime de acumulação de cargos instituído pelos incisos XVI e XVII desse dispositivo constitucional" (Direito administrativo. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 336).

No caso concreto, a Lei Municipal n. 3.923, de 20/05/1999, do Município de Joinville, autorizou o Chefe do Poder Executivo a instituir a Fundação Municipal de Vigilância, com personalidade jurídica de Direito Público (art. 1º), devendo a admissão de servidores se dar por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos (parágrafo único do art. 15), os quais serão submetidos às normas da Consolidação das Leis do Trabalho (art. 15).

Desse modo, em se tratando de Fundação Pública Municipal, com personalidade jurídica de Direito Público, em que seus servidores são admitidos por meio de concurso público (art. 21, inciso I, da CE/1989), e submetidos ao regime celetista, nada impede que sejam transferidos para o quadro de pessoal do ITTRAN.

Todavia, para tanto, há que se dar ao dispositivo legal impugnado interpretação conforme à Constituição. Vale dizer: somente poderão ser transferidos os servidores que ingressaram na Fundação após prévia aprovação em concurso público (art. 21, inciso I, da CE/1989; art. 37, inciso II, da CF/1988); a natureza, o grau de responsabilidade, a complexidade, os requisitos de investidura e as peculiaridades dos cargos ocupados na extinta Fundação Municipal devem ser idênticos ou similares aos dos cargos do quadro de pessoal do ITTRAN (art. 26, § 1º, incisos I, II e III, da CE/1989); o padrão de vencimento dos cargos também deve ser idêntico (§ 1º do art. 26, da CE/1989).

Deve-se dar, ainda, interpretação conforme à Constituição, no que diz respeito à estabilidade, ou seja, os servidores da extinta Fundação Pública Municipal (regime celetista) que forem transferidos para o quadro de pessoal do ITTRAN (regime estatutário) somente se tornarão estáveis "após três anos de efetivo exercício" contados da data de transferência/transposição para o cargo de provimento efetivo do ITTRAN.

3. Dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade

O art. 17, da Lei Estadual n. 12.069, de 27/12/2001, que repete a norma do art. 27, da Lei Federal n. 9.868/1999, estabelece que "ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Tribunal de Justiça, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

Trata-se de modular, quando necessário, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

ALEXANDRE DE MORAES, referindo-se à norma do art. 27, da Lei Federal n. 9.868/99, leciona:

"Dessa forma, permitiu-se ao STF a manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, seja em relação à sua amplitude, seja em relação aos seus efeitos temporais, desde que presentes os dois requisitos constitucionais:

"*requisito formal*: decisão da maioria de dois terços dos membros do Tribunal;

"*requisito material:* presença de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

"[...]

"Excepcionalmente, poderá o Supremo Tribunal Federal, presentes os requisitos já analisados, limitar esses efeitos, seja para afastar a nulidade de alguns atos praticados pelo Poder Público com base em norma declarada inconstitucional, seja para afastar a incidência dessa decisão em relação a algumas situações, seja, ainda, para eliminar, total ou parcialmente, os efeitos repristinatórios da decisão.

"Em relação aos *limites temporais da declaração de inconstitucionalidade* temos a seguinte situação:

"REGRA: efeitos *ex tunc,* ou seja, retroativos;

"PRIMEIRA EXCEÇÃO: efeitos *ex nunc*, ou seja, não retroativos, a partir do trânsito em julgado da decisão em sede de ação direta de inconstitucionalidade, *desde que fixados por 2/3 dos Ministros do STF;*

"SEGUNDA EXCEÇÃO: efeitos a partir de qualquer momento escolhido pelos Supremo Tribunal Federal, *desde que fixados por 2/3 de seus*

Ministros. Essa hipótese de restrição temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade tem limites lógicos. Assim, se o STF entender pela aplicação dessa hipótese excepcional, deverá escolher como termo inicial da produção dos efeitos, qualquer momento entre a *edição da norma* e a *publicação oficial da decisão*. Desta forma, não poderá o STF estipular como termo inicial para produção dos efeitos da decisão data posterior à publicação da decisão no *Diário Oficial*, uma vez que a norma inconstitucional não mais pertence ao ordenamento jurídico, não podendo permanecer produzindo efeitos" (Direito Constitucional. 19. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 688/690).

Na espécie, com fundamento no art. 17, da Lei Estadual n. 12.069/2001, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das expressões "sob pena de transposição automática ao regime estatutário municipal" (§ 2º do art. 23); "ou imediatamente superior" e "acaso não seja coincidente" (§ 5º do art. 23), da Lei Complementar n. 378, de 04/07/2012, do Município de Joinville, e os efeitos das interpretações conforme à Constituição, são "ex tunc" e "erga omnes", não cabendo modulação.

Pelo exposto, julga-se parcialmente procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade das expressões "sob pena de transposição automática ao regime estatutário municipal" (§ 2º do art. 23), e "ou imediatamente superior" e "acaso não seja coincidente**"** (§ 5º do art. 23), da Lei Complementar n. 378, de 04/07/2012, do Município de Joinville, e dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, "caput" e seus parágrafos, 20, § 8º, e 30, § 4º, da mesma lei, no sentido de que, em todos os casos de enquadramento, o empregado somente adquirirá a estabilidade após três anos de efetivo exercício no cargo público em que foi enquadrado, contados da data do enquadramento; a transformação de emprego em cargo público, com aproveitamento dos empregados que ingressaram na CONURB mediante prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos (não em mero e simplificado processo seletivo), somente

poderá ocorrer se observados os requisitos de acesso, houver identidade de vencimentos e similitude das respectivas atribuições; e os servidores da Fundação Municipal de Vigilância somente serão transferidos e enquadrados em cargos públicos do ITTRAN se tiverem se submetido a concurso público; com efeitos "ex tunc" e "erga omnes".

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto

01. Quanto à legitimidade dos Promotores de Justiça para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade, reafirmo o entendimento expresso na ementa aditiva que integra o acórdão relativo à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2006.036548-5:

> "1. Aos Promotores de Justiça não é permitido postular perante os tribunais, salvo para impetrar habeas corpus e mandado de segurança e para requerer correição parcial (Lei 8.625/93, art. 32, I; ROMS nº 13.568, Min. Nancy Andrighi; ROMS nº 5.563, Min. Edson Vidigal; ROMS nº 4.730, Min. Cid Flaquer Scartezzini; ROMS nº 1.456, Min. Jesus Costa Lima). Falta-lhes, portanto, legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade.
>
> 2. Não é delegável a competência conferida pela Constituição do Estado de Santa Catarina ao Procurador-Geral de Justiça para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade (CESC, art. 85, III), porquanto 'nenhuma norma infraconstitucional pode subtrair competências que foram entregues pelo constituinte' (Michel Temer)".

02. Conforme a Lei Complementar n. 95, de 1998, que decorre do disposto no parágrafo único do artigo 59 da Constituição da República, "*o mesmo assunto não poderá ser disciplinado por mais de uma lei, exceto quando a subsequente se destine a complementar lei considerada básica, vinculando-se a esta por remissão expressa*" (art. 7º, IV).

De acordo com a Lei Complementar n. 378, de 2012, do Município de Joinville, "*sobre a transformação da companhia de desenvolvimento e urbanização de joinville – CONURB em autarquia denominada ITTRAN – Instituto de Trânsito e Transporte e dá outras providências*". Portanto, não poderia o legislador municipal, nessa mesma lei, tratar da extinção da Fundação Municipal de Vigilância, da reversão dos seus bens para o ITTRAN e da transferência de "*eventuais servidores*" para os quadros deste (LC n. 378/2012, art. 30, *caput*, §§ 2º e 4º).

03. A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi proposta porque teria a LC n. 378/2012 violado o inciso I do artigo 21 da Constituição do Estado de Santa Catarina e o inciso II do artigo 37 da Constituição da República. Os dois preceptivos tratam do "princípio do concurso público".

Data venia da douta maioria, não vislumbro ofensa a esses preceptivos ou a qualquer princípio constitucional por ter a lei impugnada concedido "*prazo de 30 (trinta) dias*" para os servidores da Companhia de Desenvolvimento e Urbanização de Joinville – CONURB optarem "*pela mudança de regime jurídico e serem transferidos ao ITTRAN*", sob "*pena de transposição automática ao regime estatutário municipal*" (art. 23, §§ 1º e 2º).

04. Também divergi da douta maioria com relação à tese de que "*o empregado público não poderá ser enquadrado em cargo público cujo vencimento seja superior ao do emprego*". Indago: processado o reenquadramento dos servidores oriundos da Fundação Municipal de Vigilância no quadro de servidores do ITTRAN, a remuneração dos cargos que passaram a ocupar não poderia ser alterada em percentuais distintos?

05. São as expostas as razões do dissenso.

Florianópolis, 12 de março de 2013

Desembargador Newton Trisotto

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

EMBARGOS INFRINGENTES

Embargos Infringentes n. 2012.014220-2, de Mafra

Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL E ALIMENTOS JULGADA IMPROCEDENTE. DEMANDA AJUIZADA PELO FILHO (4 ANOS DE IDADE) EM FACE DO PAI REGISTRAL (PRIMEIRO RÉU) E DO SUPOSTO PAI BIOLÓGICO (SEGUNDO RÉU) JULGADA IMPROCEDENTE NO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. GENITORA DO AUTOR QUE, DURANTE A CONSTÂNCIA DO CASAMENTO COM O PRIMEIRO RÉU (PAI REGISTRAL DO AUTOR), MANTEVE RELACIONAMENTO AMOROSO COM O SEGUNDO RÉU (SUPOSTO PAI BIOLÓGICO DO AUTOR). PROVA TÉCNICA ROBUSTA E CONVINCENTE, SUPERIOR A 99%, COM RESULTADO CONCLUDENTE NO TOCANTE À EXCLUSÃO DA PATERNIDADE ATRIBUÍDA AO PAI REGISTRAL. RECURSO INTERPOSTO PELO AUTOR VISANDO A REFORMA DAQUELE DECISUM. DECISÃO DA PRIMEIRA

CÂMARA DE DIREITO CIVIL, QUE POR MAIORIA DE VOTOS, VIA ACÓRDÃO, JULGOU PROCEDENTES OS PEDIDOS INICIAIS COM ARRIMO NA NEGATIVA DE REALIZAÇÃO DO EXAME DE DNA, POR MOTIVOS RELIGIOSOS, DO SUPOSTO PAI BIOLÓGICO, NA PROVA TESTEMUNHAL PRODUZIDA E BEM AINDA NO FATO DE NÃO TER O PAI REGISTRAL CONTESTADO OS PEDIDOS FORMULADOS PELO AUTOR NA INICIAL E TAMPOUCO SE INSURGIDO SOBRE O HISTÓRICO ALI NARRADO DE QUE MESMO TENDO CONHECIMENTO DA RELAÇÃO EXTRACONJUGAL DE SUA ESPOSA COM O SUPOSTO PAI BIOLÓGICO E QUE O AUTOR NÃO ERA SEU FILHO BIOLÓGICO ASSUMIU A PATERNIDADE REGISTRAL. ATITUDE NEFASTA, TEMERÁRIA E MERECEDORA DE REPRIMENDA. PLEITO DO SEGUNDO RÉU (PAI BIOLÓGICO) VISANDO A PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA NO REGISTRO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO, NESSE SENTIDO, DO AUTOR E DO PAI REGISTRAL (PRIMEIRO RÉU). AUSÊNCIA ABSOLUTA DE PROVAS SOBRE A PRETENSA RELAÇÃO SOCIOAFETIVA. INDISPENSABILIDADE. ADEMAIS, DIREITO DO AUTOR (MENOR) DE IMPUGNAR O RECONHECIMENTO DE DITA PATERNIDADE E BUSCAR A VERDADE REAL SOBRE ESTE PARTICULAR RESPALDADO NO PRINCIPIO DA DIGNIDADE HUMANA. PAI REGISTRAL, QUE ALIÁS, SEQUER RECORREU DA DECISÃO DA PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL QUE REFORMOU A DECISÃO PROFERIDA PELO JUIZADO A QUO QUE HAVIA CONCLUÍDO PELA IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS

EXORDIAIS. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1o., III E 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 27 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E ART. 1.614 DO CÓDIGO CIVIL. ACÓRDÃO MANTIDO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Em sendo o autor uma criança em estágio de crescimento, hoje reconhecidamente pela Carta Magna, Estatuto da Criança e do Adolescente, Doutrina e Jurisprudência Pátria como sujeito de direito, porque merecedor de proteção integral, com prioridade absoluta, cujo interesse de se sobrepor a qualquer outro que se faça presente, não é justo, sensato e jurídico, que se impeça a busca por ela (criança) da verdade acerca da sua origem genética. Estar-se-ia, isto sim, violando o princípio da dignidade humana e ipso facto desta criança, se o Estado-Juiz colocar qualquer óbice ou restrição a este tipo de iniciativa, a este expresso desejo.

2. Não se pode manter uma relação de filiação dita afetiva, se nem o perfilhante (pai registral), nem o perfilhado desejam tal vínculo. O primeiro (perfilhante), além de ter espontaneamente ter contribuído com o segundo para a realização do exame pericial do DNA que concluiu pela negativa do seu vínculo genético com o perfilhado, não contestou a impugnação promovida judicialmente, por este. Já o segundo (perfilhado), por seu turno, além de impugnar a dita paternidade socioafetiva, via judicial, acoimando-a de fraudulenta, objetiva igualmente, na mesma ação, buscar o seu vínculo genético com o suposto pai biológico.

3. O reconhecimento da paternidade socioafetiva há que estar calcado, não só no decurso de tempo de convivência familiar entre o pai registral e a criança ou adolescente, mas principalmente em prova clara, escorreita e convincente acerca do *nomem*, *tractatus*

e *reputatio* ou no dizer de Luiz Edson Fachin a publicidade, continuidade e ausência de equívoco, o que caracteriza, em tese, a posse de estado de filho. Ausente esta prova não se pode conceber a coexistência do vínculo afetivo

4. *"Se o pai registral não passou de um pai no papel, se não surgiu entreambos um vínculo de afetividade, se não se está na presença de uma filiação socioafetiva, imperativo é desconstituir o vínculo registral, fazer reconhecer a verdade biológica e proceder à alteração do registro, dispondo o filho de todos os direitos que o vínculo da parentalidade lhe concede"* (TJRS, Apelação Cível nº 70005458484, Sétima Câmara Cível, Relatora: MARIA BERENICE DIAS, j. Em 19.02.2003).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2012.014220-2, da comarca de Mafra (2ª Vara Cível), em que é embargante H. A., e embargado P. de A. M. J., representado por sua genitora, Sra. E. A. P. M.:

O Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por maioria de votos, negar provimento aos Embargos Infringentes. Vencidos os Exmos. Des. Henry Petry Jr., Jaime Luiz Vicari, Odson Cardoso Filho, Jorge L. Costa Beber, Fernando Carioni e Joel Figueira Jr., que votaram pelo provimento do recurso. O Exmo. Des. Ronei Danielli, acompanhado pelo Exmo. Des. Trindade dos Santos, votou no sentido de prover, em parte, os Embargos Infringentes, para que fosse afastada a possibilidade de anulação do registro civil, mantendo-se os nomes de ambos os pais no assento de nascimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Jaime Luiz Vicari, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Joel Figueira Júnior, Henry Petry Júnior, Luiz Fernando Boller, Ronei Danielli, João Batista

Góes Ulysséa, Denise Volpato, Odson Cardoso Filho, Jorge Luis Costa Beber, Trindade dos Santos e Fernando Carioni.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2012.

Marcus Tulio Sartorato

RELATOR

RELATÓRIO

P. de A. M. J. ajuizou ação de investigação de paternidade cumulada com anulação de registro civil e alimentos em face de P. de A. M. (pai registral) e H. A. (suposto pai biológico), sustentando, em síntese, que sua genitora, mesmo durante a constância do casamento com o primeiro réu, manteve relacionamento extraconjugal com o segundo réu, no bojo do qual foi concebido. Afirmou que a certeza de sua paternidade biológica decorre do fato de ter o primeiro se submetido à uma cirurgia de vasectomia, anteriormente ao seu nascimento. Asseverou que, mesmo ciente do mencionado relacionamento extraconjugal de sua mãe com o segundo réu, assumiu sua paternidade por ter perdoado sua genitora de tal atitude. No mais, alegou que, não obstante a existência de paternidade registral no presente caso, constitui seu direito fundamental o conhecimento acerca de sua paternidade biológica e a consequente alteração do seu registro de nascimento. Por tais motivos, pugnou pela procedência dos pedidos para declarar o segundo réu (H. A). seu pai biológico, com as respectivas alterações em seu registro de nascimento.

O feito teve tramitação regular, foi regularmente instruído, concluindo o MM. Juiz de Direito por julgar improcedente o pedido exordial (fls. 144/149)

Demonstrando sua irresignação, o autor interpôs recurso de apelação (fls. 154/160), reeditando os argumentos e os pleitos despendidos na inicial. Os autos subiram e nesta Côrte, a douta Primeira Câmara de Direito Civil, por maioria de votos, decidiu reformar aquele *decisum*, dando provimento ao recurso interposto, para julgar procedentes os pedidos formulados pelo autor. Proferiram os votos vencedores os eminentes Desembargadores Carlos Prudêncio e Edson Ubaldo, cuja ementa restou assim edificada: (fl. 177):

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS. EXAME DE DNA CONSTATOU QUE O PAI REGISTRAL NÃO É O PAI BIOLÓGICO DO AUTOR. RECUSA DO INVESTIGADO EM REALIZAR EXAME PERICIAL EM RAZÃO DE CRENÇA RELIGIOSA. COMPROVAÇÃO DA PATERNIDADE POR MEIO DE PROVAS TESTEMUNHAIS. FIXAÇÃO DE ALIMENTO. RECURSO PROVIDO. "A prova testemunhal coligida, aliada aos demais elementos de convicção existentes nos autos - como, por exemplo, a prova pericial que excluiu a paternidade do requerido P. de A. M., bem como as contradições apontadas no depoimento pessoal do investigado H. -, indicam a existência de uma presunção de paternidade que não foi afastada pelo requerido, sob suposta crise de consciência religiosa, o que permite a atribuição da paternidade ao requerido H. A." "O requerido recusou-se em se submeter ao único procedimento capaz de afastar a presunção da paternidade que sobre si recai pela palavra da genitora do autor, a qual não tem - ao menos não há a mínima comprovação nesse sentido - qualquer razão próxima ou remota para pretender prejudicá-lo e, muito menos, prejudicar a si própria admitindo uma relação espúria fora do casamento" (Promotor de Justiça). (Apelação Cível n. 2008.057607-7, de Mafra, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Da douta maioria divergiu o não menos eminente Desembargador Joel Figueira Júnior, que votou no sentido de negar provimento ao recurso do autor para manter incólume a sentença recorrida, a qual determinou a manutenção da paternidade registral.

O segundo réu (H. A.), habilmente, opôs embargos de declaração (fls. 193/195), os quais foram acolhidos tão somente para sanar a omissão apontada, sem alterar o mérito do julgado (fls. 201/205).

Dessa decisão colegiada, o segundo réu (H. A.), interpôs os presentes embargos infringentes (fls. 207/220), com os quais pretende a prevalência do voto vencido, no sentido de dar primazia à paternidade sócio-afetiva, uma vez que o pai registral propiciou todo o conforto e carinho ao autor durante toda sua vida. Com base nesses argumentos, pugna pela reforma do acórdão e o provimento de seu recurso.

Conquanto devidamente intimado, o autor/embargado deixou transcorrer *in albis* o prazo para oferecer contrarrazões (certidão de fl. 224).

O ilustre relator da apelação cível, nos termos do artigo 531 do Código de Processo Civil, procedeu ao juízo de admissibilidade (fl. 225).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do ilustre Procurador de Justiça Paulo Roberto de Carvalho Roberge, sugeriu o conhecimento e desprovimento dos presentes Embargos Infringentes, mantendo-se o voto vencedor (fls. 229/231).

Conclusos, os autos vieram a este relator em 26.04.2012.

VOTO

1. Trata-se de ação de investigação de paternidade cumulada com anulação de registro civil e alimentos proposta por P. de A. M. J., representado por sua genitora em face do pai registral P. de A. M. (primeiro réu) e suposto pai biológico H. A. (segundo réu).

Este recurso, interposto pelo segundo réu (H. A.) restringe-se, tão somente ao exame e análise acerca da primazia da paternidade sócio-afetiva em detrimento da paternidade biológica, ainda que a pretensão da criança é a de buscar a verdade real sobre sua paternidade genética. Portanto, a pretensão do embargante reside na prevalência do voto vencido.

2. Na hipótese vertente, constitui fato incontroverso a paternidade biológica do autor, atribuída a H. A., ante o relato feito pela prova testemunhal produzida pelo autor, o fato de ter o pai registral (primeiro réu) concordado em se submeter ao exame pericial e este ter revelado não ser ele pai biológico do autor (laudo pericial de fls. 72/78), e bem ainda o fato de ter o suposto pai biológico H. A. (segundo réu) nada ter produzido em termos probantes para obstaculizar os pedidos exordiais, sobretudo, negando-se a realizar o exame de DNA, por motivos religiosos, em que pese ter sido habilmente advertido das consequencias que poderiam lhe advir.

A motivação da insurgência recursal, consiste no simples fato de pretender o suposto pai biológico H. A. (segundo réu), que se dê prevalência a paternidade sócio-afetiva dita existente entre o autor e o pai registral (primeiro réu). Segundo o seu entendimento, não se justifica o reconhecimento da paternidade biológica neste feito e via de conseqüência a alteração do registro de nascimento do autor.

Todavia, razão não lhe assiste.

Inicialmente, por sua relevância, importa assinalar, que a controvérsia será examinada sob a ótica do autor, único interessado em desfazer a paternidade registral e buscar a verdade real sobre sua paternidade biológica.

É que, na verdade o pai registral, neste feito, não manifesta interesse na manutenção da paternidade registral e tão pouco o reconhecimento da paternidade sócio afetiva. De igual sorte, assim procede o autor. Não há,

pois, pleito nesse sentido, o que leva a crer, que nenhum dos dois nutre tal sentimento um pelo outro. Diga-se, por oportuno, que o único interessado neste reconhecimento, por razões não devidamente esclarecidas, é o suposto pai biológico (segundo réu).

Por sua similitude com o caso em exame, trago à colação o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *verbis:*

> *"Se o pai registral não passou de um pai no papel, se não surgiu entre ambos um vínculo de afetividade, se não se está na presença de uma filiação socioafetiva, imperativo é desconstituir o vínculo registral, fazer reconhecer a verdade biológica e proceder à alteração do registro, dispondo o filho de todos os direitos que o vínculo da parentalidade lhe concede" (TJRS, Apelação Cível nº 70005458484, Sétima Câmara Cível, Relatora: MARIA BERENICE DIAS, j. Em 19.02.2003).*

De outro vértice, há que se ter em mente, que o interesse do autor, neste feito, é unicamente a busca da verdade real no que toca a sua paternidade biológica, em suma, o reconhecimento deste particular, pelo Poder Judiciário. E, é absolutamente compreensível, que com este reconhecimento, advirão consequências jurídicas, tais como a alteração do registro civil, o direito a percepção de pensão alimentícia e a eventual direitos hereditários.

Para o deslinde deste feito, se faz necessário uma incursão nos dispositivos inseridos na Carta Magna de 1988, que dizem respeito a família e que em verdade amparam as crianças e adolescentes deste País.

Já no seu preâmbulo, como fundamento, se percebe a preocupação do legislador constituinte, com a dignidade da pessoa humana.

Restou assim redigido o art. 1º, III, da Carta Maior:

> "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> I - (....);

> II - (....);
>
> III - a dignidade da pessoa humana".

Reforçando este importante princípio, a Constituição estabeleceu no art. 227, o seguinte:

> "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com *absoluta prioridade,* o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, *à dignidade,* ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão." (sem grifo no original)

Passados alguns anos, foi inaugurada uma nova ordem infraconstitucional, mais precisamente o Estatuto da Criança e do Adolescente, com a publicação da Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que em respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, dispôs sobre a *proteção integral da criança e do adolescente, reconhecendo-os como sujeitos de direitos, e com absoluta prioridade.* (sem grifo no original).

Convém, pela importância para o equacionamento deste feito, declinar alguns dispositivos deste diploma infraconstitucional, senão vejamos:

> Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da *proteção integral* de que trata esta Lei, *assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade*.
>
> Art. 4º *É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos* referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, *à dignidade*, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
>
> Art. 5º *Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.*

> Art. 6º *Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige,* as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e *a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento*.
>
> [...]
>
> Art. 15. *A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais* garantidos na Constituição e nas leis.
>
> [...]
>
> Art. 17. *O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças*, dos espaços e objetos pessoais.
>
> Art. 18. *É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente,* pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.
>
> Art. 19. *Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família* e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.
>
> [...]
>
> Art. 27. *O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais* ou seus herdeiros, *sem qualquer restrição,* observado o segredo de Justiça.
>
> Art. 28. § 1º *Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido* por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada". (Sem grifo no original)

Da leitura de tais dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, sem qualquer dificuldade, se percebe, em respeito ao princípio da dignidade humana, que as crianças e adolescentes brasileiros, atualmente, são considerados pessoas em desenvolvimento, reconhecidos como sujeitos de

direito com absoluta prioridade, merecendo por isso, proteção integral, quer da família, quer da sociedade ou mesmo do Estado, com previsão, inclusive de punição, na forma da lei, por ação ou omissão.

Portanto, é ela (à dignidade) dentre outros direitos ali elencados, essencial ao relacionamento paterno-filial.

A propósito, sobre a dignidade da pessoa humana, ensina Ingo Wolfgang Sarlet:

> É a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos" (Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, p. 60).

Nas palavras de Claudete Carvalho Canezin, *"A dignidade constitui-se num fator primordial à formação da personalidade humana, sendo essencial ao relacionamento paterno-filial."*

Prosseguindo, para delinear bem a dignidade, se utiliza das palavras de Kant: *"No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade."* (Da Reparação do Dano Existencial ao filho Decorrente do Abandono Paterno-Filial, Revista Brasileira de Direito de Família n. 36, Síntese, 2006, p. 77) (sem grifo no original)

Deste contexto, portanto, se infere que o autor, na condição de criança e portanto sujeito de direito, está legitimado, para na condição

de filho, buscar a verdade real sobre a sua paternidade biológica, como está procedendo na presente ação de investigação de paternidade. Já não se tem mais dúvida de que esta é o instrumento processual legítimo para se estabelecer a relação jurídica de filiação que objetiva o autor.

Nesse sentido enfatiza Rose Melo Vencelau:

> "*A ação de investigação de paternidade é livre de qualquer tipo de restrição. Por isso mais se aproxima da verdade biológica, sendo instrumento por meio do qual o filho busca sua origem genética e o estabelecimento do estado de filho com base nela.*" (sem grifo no original)

Prosseguindo, podera didaticamente:

> *"O Direito fornece critérios que devem ser observados na relação paterno-filial, mas somente o filho pode saber qual deles melhor satisfaz a sua própria dignidade. E essa ação representa a consagração dos direitos à liberdade, respeito e dignidade. O filho, ainda que menor, é livre para buscar a realização da sua dignidade no vínculo paterno-filial que melhor lhe atenda, escolha que deve ser respeitada."* (O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Renovar, 2004, p. 239) (sem grifo no original)

Aliás, é da dicção do art. 1.614 do Código Civil, que se observa esse direito do autor, de impugnar o reconhecimento de paternidade, *in verbis*: *"O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade ou à emancipação".*

Na verdade, é a interpretação ou o casamento de dois dispositivos legais que legitimam o autor a buscar sua paternidade genética, quais sejam, o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente e o art. 1.614 do Código Civil.

A propósito, haure-se da jurisprudência deste Tribunal, o seguinte:

> APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE PATERNIDADE. INDEFERIMENTO DA INICIAL. DICÇÃO DOS ARTS. 267, I e 295, III, DO CPC. EXTINÇÃO DO FEITO

SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO NA ORIGEM. I - JUSTIÇA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE NECESSIDADE. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM. DEFERIMENTO. II - PRELIMINAR. *DEMANDA AJUIZADA CONTRA "PAI REGISTRAL". INTERESSE PROCESSUAL. CARÊNCIA DE AÇÃO. INOCORRÊNCIA. BUSCA DA ANCESTRALIDADE. DIREITO DA PERSONALIDADE*. INVESTIGAÇÃO DA ORIGEM GENÉTICA. UTILIDADE DO PROVIMENTO JURISDICIONAL VERIFICADA. - SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. I - Havendo nos autos declaração de pobreza firmada pelo apelante, cujo teor não é suplantado por prova em sentido contrário, impõe-se o deferimento do benefício da justiça gratuita. II - *Revela-se útil e, sobretudo, necessário o provimento jurisdicional de natureza declaratória, cujo objetivo é garantir ao filho, por meio de exame pericial, a descoberta da verdade biológica, de modo a aferir se o seu "pai registral" é, também, seu genitor. - A busca origem genética consubstancia direito personalíssimo albergado pelos arts. 5º e 226 da Constituição da República e, recentemente, pelo art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com redação dada pela Lei 12.010/09, motivo por que a pretensão declaratória de paternidade ora veiculada não pode falecer no campo árido das condições da ação, sob pena de solapar o direito do autor de esclarecer a sua ancestralidade.* (Apelação Cível n. 2009.055155-9, de Içara, rel. Des. Henry Petry Junior, com votos da Exma. Srª. Desª. Sônia Maria Schmitz e do Exmo. Sr. Des. Jairo Fernandes Gonçalves – sem grifo no original).

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ANULAÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA. PEDIDOS JULGADOS IMPROCEDENTES. PADRASTO. ADOÇÃO "À BRASILEIRA". VÍNCULO SÓCIOAFETIVO VERSUS VÍNCULO BIOLÓGICO. EXAME DE DNA COM 99,97% DE PROBABILIDADE DA PATERNIDADE. PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE GENÉTICA. PROTEÇÃO DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO DIREITO À PERSONALIDADE. IMPUGNAÇÃO AO RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SEM O CONSENTIMENTO DO MENOR. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO NAS CONTRARRAZÕES. APELAÇÃO PROVIDA. 1. Em respeito ao princípio da dignidade humana, previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal, *a paternidade biológica*

se sobrepõe à socioafetiva, o que permite ao investigante ter a sua verdade genética, atestada por exame de DNA, com 99,97% de probabilidade da paternidade, refletida nos assentos registrais. A par disso, ofende ao senso jurídico comum, impedir que uma pessoa, independentemente da sua história de vida, tenha acesso à sua verdade biológica, com o reconhecimento do estado de filiação constituindo-se em direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ele ser exercitado, sm qualquer restrição, em face do pai ou de seus herdeiros. 2. A escritura pública na qual o padrasto do investigante o reconheceu como filho (adoção "à brasileira") deve ser anulada, já que realizada sem o seu consentimento (art. 1.614 do Código Civi)l. 3. Não se conhece do recurso de agravo retido se nas contrarrazões de apelação não houve pedido expresso para a sua apreciação. (Apelação Cível n. 2009.048618-0, de Lages, rel. Des. Trindade dos Santos – sem grifo no original).

DIREITO DE FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA ANTE O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PRETENDIDA PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA NOS AUTOS DE ELEMENTOS DE PROVA, ESPECIALMENTE DOCUMENTAL, SUFICIENTES À PLENA CONVICÇÃO DO JULGADOR. PRELIMINAR AFASTADA. DNA. PROVA TÉCNICA ROBUSTA E CONVINCENTE, COM RESULTADO CONCLUDENTE NO TOCANTE À PATERNIDADE ATRIBUÍDA AO INVESTIGADO. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SUPERIOR A 99%. RESIGNAÇÃO ACERCA DESTE PARTICULAR. PLEITO DE PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA NO REGISTRO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO DO AUTOR DE IMPUGNAR O RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE EM BUSCA DA VERDADE REAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.614 DO CÓDIGO CIVIL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. É curial que a produção de provas (pericial e testemunhal) é dirigida ao juiz da causa e portanto, para a formação de seu convencimento. Logo, se este se sentir habilitado para julgar o processo, calcado nos elementos probantes já existente nos autos, pode, sintonizado com os princípios da persuasão racional e celeridade processual, desconsiderar

> o pleito de produção de tais provas, sem cometer qualquer ilegalidade ou cerceamento de defesa.
>
> 2. *Não obstante a existência de paternidade sócio-afetiva, constitui direito fundamental do autor o conhecimento acerca de sua paternidade biológica e a alteração do seu registro de nascimento, uma vez que a Carta Magna assegura à criança e ao adolescente o direito à dignidade e ao respeito, como consectário do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.* Ademais, o Código Civil assegura o direito de impugnar o reconhecimento de paternidade, nos termos do art. 1.614: "*O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade ou à emancipação*". (AC n. 2010.022012-2, deste relator, com votos vencedores dos Desembargadores Fernando Carioni e Maria do Rocio Luz Santa Ritta – sem grifo no original).

Dos Tribunais Pátrios e inclusive do Superior Tribunal de Justiça, colhe-se decisões cujo entendimento está assim consagrado:

> "Processual civil. Ação de investigação de paternidade cumulada com retificação de registro civil. Propositura contra pai registral e suposto pai biológico. Pedido juridicamente possível. I – *A existência de pai registral em assentamento civil de nascimento não constitui impeditivo formal para a propositura, pelo filho menor, de ação de investigatória de paternidade cumulada com anulação de assento civil, uma vez que imprescritível e indisponível a via investigatória para incapaz (art. 27 do ECA).* II – A falsidade do registro de nascimento, se comprovada por provas obtidas sob o crivo do contraditório e ampla defesa, constitui erro essencial quanto ao estado da pessoa que afasta a verdade jurídica então estabelecida, cedendo, o assentamento civil, espaço para a comprovação da verdade real. III – Presente previsão legal a albergar o pedido de investigação de paternidade cumulado com retificação do registro civil, de se reconhecer a possibilidade jurídica do pedido." (TJMG - 1.0015.09.052533-6/001 – 8ª C.Cív. – Rel. Des. Fernando Botelho – Dje 02.12.2010 – sem grifo no original)

> AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL - MATÉRIA QUE REFOGE AO EXAME DESTA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA - FILHO REGISTRADO POR QUEM

NÃO É O VERDADEIRO PAI - BUSCA DA VERDADE REAL - ORIGEM GENÉTICA - DIREITO PERSONALÍSSIMO - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES - AGRAVO IMPROVIDO. (AgRg no AREsp 28836/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, j. em 15/12/2011, DJe 03/02/2012).

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO RESCISÓRIA - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO-OCORRÊNCIA - ADOTADO - AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA - BUSCA PELA VERDADE REAL - POSSIBILIDADE - PEDIDO DE ALIMENTOS - CABIMENTO - RECURSO IMPROVIDO. (AgRg no Ag 1291955/PR, Rel. Min. Massami Uyeda, j. em 02/09/2010, DJe 20/09/2010).

RESP. PROCESSUAL CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. CITAÇÃO DO PAI REGISTRAL. DETERMINAÇÃO EX OFFICIO. CANCELAMENTO DO REGISTRO. CONSEQÜÊNCIA.

1 - Em função do princípio da instrumentalidade das formas, não há nulidade na determinação judicial ex officio de citação do pai registral, na ação de investigação da paternidade proposta pela filha apenas contra o pai biológico, *máxime* quando aquele, em função do chamamento, aquiesce ao pedido, submetendo-se ao exame pericial (DNA) e se conforma com a sentença, onde afastada a paternidade.

2 - Segundo pacificado entendimento pretoriano, "o cancelamento do registro será sempre uma simples conseqüência do resultado da ação de investigação de paternidade", não se exigindo, portanto, em relação àquele, pedido expresso nem mesmo ação própria.

3 - Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

4 - Recurso especial não conhecido. (STJ - Resp 275374/PR, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 21/09/2004, DJ 13/12/2004).

Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade e maternidade. Vínculo biológico. Vínculo sócio-afetivo. Peculiaridades.

- A "adoção à brasileira", inserida no contexto de filiação sócio-afetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado, necessárias à proteção especial que deve recair sobre os interesses do menor.

- *O reconhecimento do estado de filiação constitui direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado sem qualquer restrição, em face dos pais ou seus herdeiros*.

- O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inc. III, da CF/88, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo o direito à identidade biológica e pessoal.

- Caracteriza violação ao princípio da dignidade da pessoa humana cercear o direito de conhecimento da origem genética, respeitando-se, por conseguinte, a necessidade psicológica de se conhecer a verdade biológica.

- A investigante não pode ser penalizada pela conduta irrefletida dos pais biológicos, tampouco pela omissão dos pais registrais, apenas sanada, na hipótese, quando aquela já contava com 50 anos de idade. Não se pode, portanto, corroborar a ilicitude perpetrada, tanto pelos pais que registraram a investigante, como pelos pais que a conceberam e não quiseram ou não puderam dar-lhe o alento e o amparo decorrentes dos laços de sangue conjugados aos de afeto.

- Dessa forma, conquanto tenha a investigante sido acolhida em lar "adotivo" e usufruído de uma relação sócio-afetiva, nada lhe retira o direito, em havendo sua insurgência ao tomar conhecimento de sua real história, de ter acesso à sua verdade biológica que lhe foi usurpada, desde o nascimento até a idade madura. Presente o dissenso, portanto, prevalecerá o direito ao reconhecimento do vínculo biológico.

- Nas questões em que presente a dissociação entre os vínculos familiares biológico e sócio-afetivo, nas quais seja o Poder Judiciário chamado a se

> posicionar, deve o julgador, ao decidir, atentar de forma acurada para as peculiaridades do processo, cujos desdobramentos devem pautar as decisões.
>
> Recurso especial provido. (REsp 833712/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. em 17/05/2007, DJ 04/06/2007 – sem grifo no original).

> CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE POST MORTEM. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE A AÇÃO. ACÓRDÃO QUE DE OFÍCIO ANULA A SENTENÇA E DETERMINA NOVA INSTRUÇÃO PROCESSUAL COM OPORTUNIDADE PARA REALIZAÇÃO DO EXAME DE DNA. POSSIBILIDADE. AÇÃO DE ESTADO. BUSCA DA VERDADE REAL. PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA. CPC, ART. 131. PRECEDENTES. *REFORMATIO IN PEJUS*. AFASTAMENTO.
>
> I. Tem o julgador de segunda instância a iniciativa probatória, mormente quando se trata de causa que tem por objeto direito indisponível (ações de estado).
>
> II. Mitigação do princípio dispositivo em razão da busca da verdade real.
>
> III. Em questões probatórias não há preclusão para o magistrado.
>
> IV. Anulada decisão desfavorável à recorrente, não há que se falar em reformatio in pejus.
>
> V. Recurso especial não conhecido. (REsp 1010559/RN, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. em 16/10/2008, DJe 03/11/2008).

No caso em apreço, para bem decidir o processo, há que se ter em mente: a) que o autor está manifestando interesse em anular o registro de nascimento feito voluntariamente pelo pai registral (primeiro réu), acoimando-o de fraudulento, porque tinha conhecimento que ele, o autor, não era seu filho biológico e que fora fruto de um relacionamento extraconjugal da sua esposa e genitora daquele com o suposto pai biológico (segundo réu); b) Anulação esta, que o pai registral (primeiro réu) não discorda, eis que, sequer contesta os fatos e os pedidos elencados na exordial e não se vale de prova alguma acerca da declinada paternidade

sócioafetiva. Além disso, se submeteu a exame pericial que o afastou desta paternidade biológica apresentando um índice acima de 99%; c) Somente por isso, se verifica a inexistência entre o autor e o pai registral de qualquer sentimento sócio-afetivo. Ambos, visam a prefalada anulação ou em outras palavras, o pai registral (primeiro réu) não nutre nenhuma afeição pelo autor e vice-versa; d) O fato de ter o suposto pai biológico (segundo réu) se negado a se submeter ao exame pericial do DNA por motivos religiosos e não ter se valido de qualquer elemento de prova para desconstituir o direito buscado pelo autor.

Pois bem. Na hipótese dos autos, verifica-se que o autor, com seis anos de idade, e na presença do representante do Ministério Público, foi ouvido em audiência pelo Juízo de primeiro grau de jurisdição (fl. 139), todavia, foi questionado apenas sobre como era sua rotina e como se dava a convivência com sua família, deixando de lhe ser perguntado acerca de seu forte interesse em desvendar qual é a sua legitima paternidade biológica. Dessa forma, diante da omissão nesse sentido, há que se entender, de consequência, que é este interesse que deve prevalecer na hipótese, uma vez que foi ajuizada ação buscando reconhecer a fraude na paternidade registral.

Por sinal, o § 1º do art. 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente, concede-lhe o direito à opinião e expressão que devem ser respeitados.

Sustenta tal entendimento Rose Melo Vencelau, quando assenta: *"Se se trata do status de filiação, é o próprio filho que pode dizer qual a sua verdade, dito de outra forma, aquilo que melhor satisfaz o seu interesse. Desse modo, considerando a criança e o adolescente também como sujeitos de direito, com direito à opinião e expressão, basta que já exista possibilidade de comunicação para que sua vontade deva ser ouvida e respeitada."* (O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial, A Verdade Afetiva, capítulo 3, Renovar, 2004, p. 132). (sem grifo no original)

Outra particularidade que merece exame é a caracterização ou não da posse de estado de filho tocante ao autor.

Prosseguindo, na mesma obra, a mesma autora, citando Julie Cristine Delinski em o novo direito da filiação, enfatiza: "*A posse de estado se caracteriza pela integração de três elementos:* nomem, tractatus e reputatio. *O* nomen *é a utilização do nome de família de quem se pretende ser filho. O* tractatus *resulta da situação onde uma pessoa é cuidada, tratada e apresentada como filho. A* reputatio *decorre da consideração da família e da sociedade em relação a uma pessoa como filha de alguém, o pai socioafetivo. Nem sempre todos esses elementos estão presentes para demonstrar a posse de estado de filho, nem são eles taxativos*" (p. 116/117).

No mesmo sentido, é a lição de Luiz Edson Fachin, citado na mesma obra, pela mesma autora: *"Em regra, as qualidades que se exigem estejam presentes na posse de estado são: publicidade, continuidade e ausência de equívoco.*" (Da paternidade, Relação biológica e afetiva, p. 70).

Não discrepa desse entendimento Paulo Lobo ao sustentar que *"a posse de estado de filiação é a exteriorização da convivência familiar e da afetividade."* (Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. Afeto, ética, família e o Novo Código Civil. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.) Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 510).

Com sustentáculo em tais ensinamentos, por óbvio, o reconhecimento desse *status* (posse de estado de filho) exige não somente um razoável período de convivência familiar entre o perfilhante e o perfilhado, mas também e principalmente a comprovação clara, consistente e extreme de dúvida, sobre os três elementos fáticos acima descritos (publicidade, continuidade e ausência de equívoco ou em outras palavras *nomem, tractatus e reputatio*).

É que, não se pode, *data venia*, cegamente reconhecer o estado de filiação em relação ao perfilhante e perfilhado por presunção. Aliás, não

são raros os casos, em que entre o perfilhante e o perfilhado, não existe, não se vislumbra o mínimo de relação socioafetiva ou em outras palavras, nem sempre existe relação socioafetiva entre o pai registral (perfilhante) e a criança (perfilhado). Esta socioafetividade, na verdade, é construída passo a passo, no convívio familiar, por razoável periodo ou durabilidade, através das atitudes, gestos e dedicação, de iniciativa quase sempre, do perfilhante, que demonstrem amor ao perfilhado.

Esse, por sinal, é o entendimento de Rolf Madaleno, quando preleciona:

> *"Os filhos são realmente conquistados pelo coração, obra de uma relação de afeto construída a cada dia, em ambiente de sólida e transparente demonstração de amor à pessoa gerada por indiferente origem genética, pois importa ter vindo ao mundo para ser acolhida como filho de adoção por afeição."* (Filhos do coração. Revista Brasileira de direito de família nº 23, p. 22.) (sem grifo no original)

Na hipótese, nenhuma prova produziu o pai registral (primeiro réu) que pudesse obstaculizar a pretensão do autor tocante a impugnação de sua assumida paternidade registral, fato que é absolutamente compreensível, de vez que, não demonstrou claramente nestes autos o mínimo interesse no reconhecimento deste tipo de paternidade e tampouco alegou em seu prol a paternidade socioafetiva. Por certo, como tantos outros casos que acontecem no cotidiano das famílias brasileiras, parece que assumiu registralmente a paternidade do ora autor, com o intuito de somente garantir e até mesmo perpetuar o casamento celebrado com a genitora daquele.

Com efeito, a posse do estado de filho, é um aspecto fático e como tal, indispensável é a prova que deverá ser produzida pelos interessados no reconhecimento da paternidade socioafetiva.

Por sinal, o depoimento do menor revela que continuam convivendo sob o mesmo teto, apesar do histórico vivenciado, envolvendo o pai registral, a genitora e o próprio autor. (fl. 139).

Os esclarecimentos prestados pelos informantes corroboram essa informação, bem como, deixam evidente uma certa diferença de tratamento do pai registral em relação ao ora autor e seus outros dois filhos:

> Que em meados de 2000, E. já morava com seu marido no bairro Vila Nova, onde moram até hoje na mesma residência, mas ouviu dizer o declarante que estão separados como casal. Que ouvia comentários na comunidade de que se duvidava da paternidade de P. Sobre o autor, antes da propositura da ação. [...] *Que antes da propositura da ação o declarante ouviu P. M. Dizer em mais de uma oportunidade que o autor não era seu filho, presenciando também o declarante que ele não tratava o menino muito bem; [...] que P. e E. tem outros dois filhos mais velhos, de 15 e 13 anos, respectivamente, que moram com eles, e que por sua vez são tratados com maior deferência por P. De que o autor. Que os irmãos mais velhos também caçoam do autor, dizendo a ele que ele deve ir para o "pai velho dele";* [...] (J. A.P., fls. 107/108 – sem grifo no original).

> Que mais ou menos há 07 anos atrás E. morava com seu marido P., com quam tinha dois filhos. [...] que ouviu dizer pelo próprio P; que ele fizera vasectomia, mas não se sabe precisar a ocasião, porém, quando o autor nasceu já tinha ouvido dizer isso (da vasectomia) por P.; que após o nascimento do autor, E quando ia visitar o declarante, disse voluntariamente que o pai do autor era outra pessoa que não P., sem esclarecer quem era; [...] *que o declarante percebeu que P não dá a mesma atenção ao autor, que aquela destinada aos filhos maiores; [...] que E. e P. moram juntos até hoje; que a comunidade, família, tem P como pai de criação do autor, mas não biológico;* [...] que quando E. contou que o autor não era filho de P, o declarante não a questionou sobre a verdadeira paternidade e circunstâncias que a envolveram, porque isso não lhe dizia respeito; ignora porque E fez esse relato, talvez para desabafar; *que não sabe quanto tempo a família e a comunidade tem notícia de que o autor não é filho biológico de P.*; [...] (e.P., fls. 109/110 – sem grifo no original).

Importante salientar, por fim, que as testemunhas ouvidas nada esclareceram acerca de eventual existência de paternidade sócio-afetiva entre autor e o pai registral, apenas relatando sobre as vezes em que o Sr. H.A. (suposto pai biológico) esteve na Cidade de Mafra (fls. 90 e 94).

De consequência, a carência ou inexistência de provas sobre a exteriorização da convivência familiar e da afetividade, impede o reconhecimento da posse de estado de filiação e consequentemente da paternidade socioafetiva e contribui sobremaneira para o êxito da busca pelo autor da verdade real sobre sua paternidade biológica, podendo-se concluir com absoluta segurança, ser este o seu melhor interesse.

Interesse este, diga-se *an passant*, que pode ter reflexos no futuro da própria vida do autor, hoje uma criança, como por exemplo, em tudo que está intimamente ligado a sua saúde, diante da evolução e descobertas da ciência. Por isso, a importância**,** no caso concreto, do desvendar da paternidade biológica do autor.

E isto, passa a ter grande valia na vida atual e futura do autor, diante do quadro que se delineou nestes autos, com o manifesto desinteresse dos réus (Pai registral e suposto pai biológico) em manter ou assumir a paternidade daquela criança.

Não há, *data venia*, como se conceber, que diante da expressa vontade do autor de desvendar a sua verdadeira ascendência genética, possa prevalecer no registro a suposta paternidade sócio-afetiva, paternidade esta que não pode ser presumida.

O interesse maior do autor está claramente exposto. Tem ele legitimidade para buscar o que lhe é mais importante, a paternidade biológica. A ninguém é dado o direito de impedir, restringir o desiderato perseguido pelo autor, nem mesmo o Estado-Juiz.

Sòmente, desta forma, é que se dá efetividade ao princípio da dignidade humana e aos preceitos legais anteriormente mencionados, permitindo-se a prevalência do melhor interesse desta criança, no caso o autor.

Ainda, a título de reflexão, surge neste momento derradeiro, um questionamento que somente o tempo será capaz de permitir o esclareci-

mento: *Será que o autor, no caso em exame, não está em busca de uma relação paterno-filial que possa "frutificar o amor e que não existiu até então?*

Por fim, merece elucidação o fato de que não se está admitindo a revogabilidade do reconhecimento voluntário e espontâneo que ocorreu na hipótese destes autos, mas sim, permitindo-se a impugnação por parte da criança, ora autor, do registro de paternidade efetivado pelo primeiro réu, em decorrência da falsidade que restou inescondível. De igual sorte, não se está decidindo qual das paternidades é verdadeira ou mais importante ou ainda que deve prevalecer em todas as situações fáticas.

Seria inaceitável, na situação revelada nestes autos, o inacolhimento dos pedidos exordiais, porquanto, estar-se-ia aplaudindo e aceitando pacificamente a chamada "adoção a brasileira", onde o pai registral, conscientemente e ao arrepio dos princípios e ditames legais assume a paternidade de uma criança que sabe não ser seu filho consangüíneo, e sobretudo premiando o pai biológico irresponsável, ausente e despreocupado com a prole.

Portanto, incompreensível, na minha concepção, é se aceitar pacificamente, sem respaldo em qualquer tipo de prova, a atitude do pai registral, no caso em exame, como uma demonstração de amor para com a criança, ora autor. Se assim tivesse procedido, certamente, não teria contribuído com o autor - ao se submeter a exame pericial do DNA para comprovar a sua não paternidade biológica e sobretudo contestado veementemente a pretensão daquele, até mesmo sustentando a sua paternidade socioafetiva – o que não aconteceu.

De outro vértice, é importante que se diga, tocante ao suposto pai biológico, que sustentado em motivos religiosos não se predispôs a se submeter ao exame pericial do DNA, todavia, tais motivos, curiosamente, não foram suficientes para impedir o seu relacionamento amoroso, extra-

conjugal, com a genitora do ora autor, também casada e vivendo sob o mesmo teto, com o ora, pai registral do autor.

Ambos foram, repito, absolutamente irresponsáveis e inconseqüentes, não se podendo, de sã consciência, em prejuízo aos interesses maiores do autor, uma criança em fase de desenvolvimento e sujeito de direitos, assim considerado pela Carta Magna e *ipso facto* pela legislação infraconstitucional, poupá-los, penalizando aquele que verdadeiramente é o ente mais frágil da relação processual, negando-lhe os pleitos exordiais.

Penso, com todas as vênias daquelas autorizadas vozes, que entendem contrariamente, que os acolhimentos dos pedidos iniciais por decisão judicial, não trarão nenhum prejuízo ao autor, porquanto, se de um lado, continuará de fato residindo sob o mesmo teto com sua genitora e esposo (pai registral – primeiro réu), de outro, deverá estar sendo assistido materialmente pelo segundo réu (suposto pai biológico) em decorrência do poder familiar, este, aliás, frise-se, o único interessado no reconhecimento da paternidade socioafetiva do pai registral para com o autor.

De graves consequências, penso, seria permitir tal desiderato (impugnação do reconhecimento da paternidade registral e busca da paternidade genética), tão somente com o advento da maioridade ou emancipação, consoante o disposto no art. 1.614 do Código Civil.

Logo, é de se concluir na hipótese em exame, que:

A) Diante do desinteresse do pai registral e suposto pai biológico em manter ou assumir a paternidade do autor;

B) Diante das posturas do autor, verificada na narrativa dos fatos descritos na inicial, bem como do pai registral de não ter contraditado a impugnação apresentada à sua assumida paternidade, dita eivada de nulidade;

C) Diante do fato de ter o pai registral, por razões que os autos não revelam, concordado em se submeter a exame pericial e que acabou por concluir, com 99% de certeza, não ser o autor seu filho biológico;

D) Diante da negativa do suposto pai biológico em se submeter ao exame pericial do DNA, assentada em motivos religiosos; como também de não ter produzido nenhuma prova que pudesse se contrapor a sua indicada e suposta paternidade biológica;

E) Diante da inexistência de provas acerca da exteriorização da convivência familiar e da afetividade, em síntese, da verdade ou vínculo afetivo entre o autor e o pai registral;

F) Diante da verificação de que o pai registral não veio aos autos demonstrar que nutre sentimento afetivo com relação ao autor e vice-versa, capaz de fazer prevalecer o registro realizado anteriormente;

Com estas considerações, concluo no sentido de que deve prevalecer os votos vencedores lançados no recurso de apelação interposto pelo autor, por se revestir de juridicidade e legalidade.

3. Ante o exposto, vota-se no sentido de negar provimento ao recurso.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Henry Petry Junior

1. Em apertada síntese, P. de A. M. J., representado por sua mãe E. A. P. M., propõe "ação de investigação de paternidade c/c alimentos" (n. 041.05.004314-6) em face do suposto pai biológico H. A. e de P. de A. M., constante como pai no registro de nascimento do autor (posteriormente incluído no polo passivo da lide).

Argumenta, em resumo, que: [a] o autor é fruto de relação de sua mãe com o primeiro réu; e [b] à época estava separada de fato do segundo réu, que já havia se submetido a cirurgia de vasectomia.

Pugna, ao fim, por declaração da paternidade, anulação de registro e fixação de alimentos. Requer a gratuidade, o que é concedido (fl. 11).

Citados, apenas o primeiro réu contesta o pleito inicial (fls. 32/35). Aduz que: [a] não é o pai biológico do autor; [b] conhecida a incapacidade de fecundação, não se pode revogar o conhecimento da paternidade afirmada; e [c] somente viu a mãe do postulante em Curitiba/PR, quando se fazia acompanhada de seu marido, não tendo mantido relações sexuais com ela.

Pede por julgamento improcedente do pedido.

Há juntada de documentos (fls. 6/8 e 118); impugnação à contestação (fls. 38/41); audiência de conciliação, onde o primeiro réu afirma impossibilidade de submissão ao exame genético por motivos religiosos (fl. 65); exame de DNA entre o autor e o segundo réu, com resultado negativo (fls. 72/78); audiência de instrução e julgamento, com o depoimento da representante do autor, do segundo réu, e a oitiva de duas testemunhas (fls. 89/94); segunda audiência de instrução para a oitiva de um informante e um testigo (fls. 106/110); oferecimento de razões finais (fls. 111/114 e

115/117); manifestação do Ministério Público (fls. 121/132); e oitiva do autor, em terceira audiência (fls. 138/139).

1.a. No ato compositivo da lide (fls. 144/149), o magistrado *a quo* - Juiz Luís Paulo Dal Pont Lodetti - julga improcedente o pleito por considerar preponderante a paternidade não biológica sobre a biológica no caso.

1.b. Irresignado, o autor, por sua representante, interpõe recurso de apelação (fls. 154/160). Em linhas gerais, argumenta que a recusa do primeiro em submeter-se ao exame de DNA é suficiente ao reconhecimento da paternidade.

Pugnam por julgamento procedente do pleito exordial.

Contrarrazões recursais às fls. 164/166.

Manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer do Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge (fls. 172/174), no sentido de dar provimento ao recurso.

1.c. Em sessão ordinária do dia 10.8.2010, a Primeira Câmara de Direito Civil, por maioria, decide dar provimento ao apelo interposto, com votos vencedores do Des. Carlos Prudêncio e Edson Ubaldo, e vencido do Des. Joel Figueira Júnior. Segundo o voto vencedor, a recusa à sujeição à prova pericial, aliada aos indícios de que o investigado conhecia a mãe do autor e esteve em Mafra/SC desacompanhado uma vez, autorizam reconhecer a paternidade e a procedência do pleito (fls. 177/186). De outro lado, sem negar o vínculo biológico, o voto vencido entende necessário fazer preponderar o vínculo socioafetivo consolidado, na linha da sentença, razão por que nega provimento ao recurso.

Posteriormente, à oposição de embargos de declaração (fls. 193/195) e seu acolhimento, por acórdão daquela Câmara (fls. 201/205), tão somente para sanar omissões apontadas quanto a possibilidade de retificação do registro de nascimento conforme a verdade biológica e esclarecer que

"o fato de outro homem ser o pai biológico do menor não modificou a convivência amorosa na família. No entanto, deixo claro que o que não pode acontecer é eximí-lo do dever de prestar alimentos ao filho e da sua responsabilidade como pai".

1.d. Inconformada, a parte ré opõe embargos infringentes, pretendendo fazer valer integralmente a tese vencida, com o restabelecimento da sentença (fls. 207/220).

Não foram oferecidas contrarrazões recursais (fl. 224).

A Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer do Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge, mantém manifestação anterior (fls. 229/231).

1.e. Em sessão ordinária do Grupo de Câmaras de Direito Civil, o ilustre relator – Des. Marcus Tulio Sartorato – vota no sentido de negar provimento aos infringentes.

É o relatório possível e necessário.

2. Pedi vista dos autos para apreciar com mais vagar a delicada *quaestio* e formar convencimento sobre o caso em tela, no que, *data venia*, ouso discordar de Sua Excelência, o relator.

2.a. A introdução necessária

2.a.1. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece em seu art. 226, §7º, a paternidade responsável, ao lado da dignidade da pessoa humana, como princípio do planejamento familiar. Também assenta, em seu art. 227, ser dever da família:

> [...] 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.

Na exegese sistemática de tais dispositivos, percebe-se que o texto constitucional liga o conceito de pai à figura daquele que é responsável por determinada criança, adolescente ou jovem, e tem o dever de proporcionar-lhe dignamente o direito à vida em sua plenitude, ou seja, garantindo-lhe saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, respeito, dignidade, liberdade e convivência familiar e comunitária. Vincula-se a ideia de família à de busca da felicidade, ao estabelecer a responsabilidade dos pais em proporcionar as condições necessárias para tanto. Ganha força, em síntese, a defesa da família eudemonista, aquela que, desapegada dos conceitos *standard* criados por meros vínculos de sangue ou legais, é pautada na convivência harmoniosa e afetiva, objetivando a felicidade de seus integrantes. A propósito do papel preponderante do afeto na relações familiares e do princípio constitucional da busca da felicidade, vale conferir: STF, AgReg no RE n. 477.554 , rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, j. em 16.8.2011.

Nessa linha, GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA enfatiza:

> Tal deve ser a consideração a respeito do sentido da parentalidade responsável, o que de certo modo se associa aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente, dentro de uma perspectiva mais afetiva e social do que puramente biológica. (*in*: A nova filiação: O Biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 455)

De se registrar, igualmente, a constatação de EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, acerca dos efeitos do reconhecimento constitucional da paternidade responsável, em especial o esvaziamento do conceito da paternidade biológica e o crescimento da importância da *affectio* para a caracterização das relações familiares:

> [...] a inserção da noção de paternidade responsável (art. 226, §7º) pôs um fim, ao menos formalmente, à insustentável supremacia da paternidade biológica. As transformações mais recentes por que passou

> a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso, para se afirmar, nas palavras de Carbonier, fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, certamente esvaziaram o conceito biológico da paternidade. (*in*: Temas de Direito de Família. São Paulo: RT, 1994, p. 119)

Outros dispositivos constitucionais dão crédito a essa modificação conceitual no Direito de Família, a exemplo do reconhecimento de outras formas de entidade familiar, como a união estável (art. 226, §3º); a igualdade entre homem e mulher no exercício de direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (art. 226, §5º); e, a proibição da discriminação em razão das distintas formas de filiação (art. 227, §6º). É exemplo ainda mais concreto dessa compreensão o recente reconhecimento da possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de união estável homoafetiva (STF, ADPF n. 132, rel. Min. AYRES BRITTO, Pleno, j. em 5.5.2011), o qual, em detrimento de conceitos estanques das relações familiares, acompanha a evolução social para galgar proteção jurídica a outras relações afetivas além daquelas tradicionalmente aceitas.

2.a.2. O Código Civil de 2002, embora timidamente, acompanha a modificação dessas bases, especificamente no caso quanto à desvinculação da paternidade da figura do genitor ou da origem biológica. Apesar de não reconhecer expressamente o estado de filiação afetivo, o novo ordenamento civil não fecha as portas ao seu reconhecimento, ao contrário, dá a entender que o parentesco não deriva tão somente da consangüinidade ou de vinculação puramente civil, mas pode resultar "de outra origem" (art. 1.593 do Código Civil), onde seria admitida principalmente a filiação derivada da consolidação de laços afetividade próprios de pais e filhos.

À luz do exposto, MARIA BERENICE DIAS, sintetizando a lição de outros doutrinadores, ressalta que a paternidade não necessariamente provém do aspecto biológico ou civil, mas pode construir-se com a manutenção da posse do estado de pai/filho no passar do tempo:

> Quando as pessoas desfrutam de situação jurídica que não corresponde à verdade, detêm o que se chama de posse de estado. Em se tratando de vínculo de filiação, quem assim se considera, desfruta do estado de filho afetivo, como prefere Belmiro Pedro Welter. Fabíola Santos Albuquerque traz a noção de posse do estado de pai, que exprime reciprocidade com a posse de estado de filho: uma não existe sem a outra. A aparência faz com que todos acreditem existir situação não verdadeira, fato que não pode ser desprezado pelo direito. Assim, a tutela da aparência acaba emprestando juridicidade a manifestações exteriores de uma realidade que não existe. Os vínculos de parentalidade fornecem grandes exemplos à teoria da aparência: a paternidade se faz, como diz Luiz Edson Fachin, o vínculo da paternidade não é apenas um dado, tem a natureza de se deixar construir. Essa realidade corresponde a uma aparente relação paterno-filial. [...] Para o reconhecimento da posse do estado de filho, a doutrina atenta a três aspectos: (a) *tractatus* - quando o filho é tratado como tal, criado, educado, e apresentado como filho pelo pai e pela mãe; (b) *nominatio* - usa o nome da família e assim se apresenta; e (c) *reputatio* - é conhecido pelo opinião pública como pertencente á família de seus pais. Trata-se de conferir à aparência os efeitos de verossimilhança que o direito considera satisfatória. [...] O vínculo de filiação socioafetiva, que se legitima no interesse do filho, gera o parentesco socioafetivo para todos os fins de direito, nos limites da lei civil. Se menor, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; se maior, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, que não admite um parentesco restrito ou de 'segunda classe'. O princípio da solidariedade se aplica a ambos os casos." (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 371/374).

Do mesmo modo, CRISTIANO CHAVES DE FARIAS E NELSON ROSENVALD lecionam:

> Sócio-afetiva é aquela filiação que se constrói a partir de um respeito recíproco, de um tratamento de mão-dupla como pai e filho, inabalável na certeza de que aquelas pessoas, de fato, são pai e filho. Apresenta-se, desse modo, o critério sócio-afetivo de determinação do estado de filho como um tempero ao império da genética, representando uma verdadeira desbiologização da filiação, fazendo com que o vínculo paterno-filial não esteja aprisionado somente na transmissão de gens.

> (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 515).

Para além da possibilidade de reconhecimento da filiação/paternidade socioafetiva, mister verificar, à luz da ordem constitucional, a preferência do liame socioafetivo em face da filiação meramente biológica.

É que a socioafetividade tem como base a existência de uma relação fática qualificada pelo amor, afeto, carinho e solidariedade entre pessoas desprovidas de vínculos biológicos entre si. Tutela-se a realidade daqueles que assumem os papéis de pai ou mãe, de um lado, e de filho, de outro, com vistas à realização humana de todos os envolvidos e apresentam-se como tais aos olhos da sociedade, consolidando essa aparência com o passar do tempo. O parentesco deixa de fundar-se em aspectos puramente biológicos para reconhecer a filiação àquelas relações em que, verdadeiramente, se observa sentimentos paterno-filiais entre os envolvidos.

Por conseguinte, o exame de ancestralidade genética deixa de ostentar caráter quase absoluto a que foi erigido desde sua criação, pois desvincula-se necessariamente a figura do pai à do genitor. Prestigia-se, assim, a relação que mais se aproxima do que preconiza o princípio constitucional da paternidade responsável, ou seja, aquela mais capaz de garantir aos filhos os deveres firmados no art. 227 da Carta Magna.

A corroborar com o exposto, MARIA BERENICE DIAS salienta o papel secundário da origem biológica para a atribuição da paternidade:

> A filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito à filiação. A necessidade de manter a estabilidade da família, que cumpre a sua função social, faz com que se atribua um papel secundário à verdade biológica. Revela a constância social da relação entre pais e filhos, caracterizando uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva. (Manual de Direito das Famílias. 5ª ed., rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 338).

ROLF MADALENO, citando Julie Delinski e José Boeira, entende que a socioafetividade deve ocupar posição de destaque na solução dos conflitos de paternidade:

> Julie Cristina Delinski bem identifica essa nova estrutura da família brasileira que passa a dar maior importância aos laços afetivos, e aduz já não ser suficiente a descendência genética, ou civil, sendo fundamental para a família atual a integração dos pais e filhos através do sublime sentimento da afeição. Acresce possuírem a paternidade e a maternidade um significado mais profundo do que a verdade biológica, onde o zelo, o amor filial e a natural dedicação ao filho revelam uma verdade afetiva, um vínculo de filiação construído pelo livre desejo de atuar em interação entre pai, mãe, e filho do coração, formando verdadeiros laços de afeto, nem sempre presentes na filiação biológica, até porque a filiação real não é biológica, e sim cultural, fruto dos vínculos e das relações de sentimento cultivados durante a convivência com a criança e o adolescente.
>
> Essa é a coerente visão defendida por José Boeira, quando menciona que: "A própria modificação na concepção jurídica da família conduz, necessariamente, a uma alteração na ordem jurídica da filiação, em que a paternidade socioafetiva deverá ocupar posição de destaque, sobretudo para a solução de conflitos de paternidade".

PAULO LÔBO não destoa e firma posição de que origem genética não é bastante, por si só, para atribuir ou negar paternidade:

> Em outras palavras, para que possa ser impugnada a paternidade independentemente do tempo de seu exercício, terá o marido da mãe que provar não ser o genitor, no sentido biológico (por exemplo, o resultado de exame de DNA) e, por esta razão, não ter sido constituído o estado de filiação, de natureza socioafetiva; e se foi o próprio declarante perante o registro de nascimento, comprovar que teria agido induzido em erro ou em razão de dolo ou coação.
>
> A Constituição rompeu com os fundamentos da filiação na origem biológica e na legitimidade, quando igualou os filhos de qualquer origem, inclusive os gerados por outros pais. Do mesmo modo, o Código Civil de 2002 girou completamente da legitimidade e de sua presunção, em torno da qual a legislação anterior estabeleceu os requisitos da filiação, para a paternidade de qualquer origem, não

> a radicando mais e exclusivamente na origem genética. Portanto, a origem genética, por si só, não é suficiente para atribuir ou negar a paternidade, por força da interpretação sistemática do Código Civil e de sua conformidade com a Constituição. (LÔBO, Paulo. Famílias. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 224)

Precedentes do Superior Tribunal de Justiça, da mesma forma, reconhecem a possibilidade de reconhecimento da paternidade/maternidade socioafetiva e sua preponderância em relação à paternidade biológica em situações de conflito:

> I) DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA NEGATIVO. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.
>
> 1. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva. [...] 3. Recurso especial não provido. (STJ. Resp n. 1.059.214/RS, rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, j. em 16.2.2012); e
>
> II) PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL. ANULAÇÃO PEDIDA POR PAI BIOLÓGICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA.
>
> 1. A paternidade biológica não tem o condão de vincular, inexoravelmente, a filiação, apesar de deter peso específico ponderável, ante o liame genético para definir questões relativa à filiação.
>
> 2. Pressupõe, no entanto, para a sua prevalência, da concorrência de elementos imateriais que efetivamente demonstram a ação volitiva do genitor em tomar posse da condição de pai ou mãe.
>
> 3. A filiação socioafetiva, por seu turno, ainda que despida de ascendência genética, constitui uma relação de fato que deve ser

> reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, frise-se, arrimada em boa-fé, deve ter guarida no Direito de Família.
>
> 4. Nas relações familiares, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família.
>
> 5. Na hipótese, a evidente má-fé da genitora e a incúria do recorrido, que conscientemente deixou de agir para tornar pública sua condição de pai biológico e, quiçá, buscar a construção da necessária paternidade socioafetiva, toma-lhes o direito de se insurgirem contra os fatos consolidados.
>
> 6. A omissão do recorrido, que contribuiu decisivamente para a perpetuação do engodo urdido pela mãe, atrai o entendimento de que a ninguém é dado alegrar a própria torpeza em seu proveito (nemo auditur propriam turpitudinem allegans) e faz fenecer a sua legitimidade para pleitear o direito de buscar a alteração no registro de nascimento de sua filha biológica.
>
> 7. Recurso especial provido. (STJ. Resp n. 1.087.163/RJ, rel. Minª. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, j. em 18.8.2011).

Esta Corte também tem precedentes nessa direção, ratificando a possibilidade de sobreposição da socioafetividade:

> I) PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE *POST MORTEM*. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DO ESPÓLIO RÉU. AVENTADA NULIDADE PROCESSUAL DERIVADA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. EXEGESE DO ART. 249, § 2º, DO CPC. NULIDADE NÃO PRONUNCIADA. MÉRITO. PROVA DO VÍNCULO BIOLÓGICO FEITA EM LAUDO PERICIAL DE DNA. EXISTÊNCIA DE PRECEDENTE RELAÇÃO SOCIOAFETIVA, ENTRE O AUTOR E O PAI REGISTRAL FALECIDO, AO LONGO DE 23 ANOS. PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA SOBRE A BIOLÓGICA PARA FINS PATRIMONIAIS E REGISTRAIS. PRECEDENTES

DESTE TRIBUNAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE PARA MANTER A SENTENÇA, SOMENTE NO TOCANTE AO RECONHECIMENTO DO LIAME GENÉTICO, SEM REFLEXOS PATRIMONIAIS NEM REGISTRAIS.

[...] "A filiação socioafetiva, fundada na posse do estado de filho e consolidada no afeto e na convivência familiar, prevalece sobre a verdade biológica" (Des. Fernando Carioni). (TJSC, AC n. 2012.058161-7, de Rio do Sul, rel. Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN, Segunda Câmara de Direito CIvil , j. em 11.10.2012);

II) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ANULAÇÃO E RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL E ALIMENTOS. IRREVOGABILIDADE DO ATO DE ADOÇÃO, SALVO CASOS EXCEPCIONAIS. PREVALÊNCIA DA REALIDADE SOCIOAFETIVA. AUTOR QUE DESDE A TENRA IDADE ESTÁ SOB A GUARDA DE FATO DO CASAL ADOTANTE, RECEBENDO ATENÇÃO E CUIDADOS. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA SEM REFLEXOS NO REGISTRO DE NASCIMENTO E NA ESFERA PATRIMONIAL. JUSTIÇA GRATUITA DEFERIDA EM PRIMEIRO GRAU. RENOVAÇÃO DO PEDIDO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. DESNECESSIDADE DE ANÁLISE DO PLEITO NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARCELA, DESPROVIDO. (TJSC. AC n. 2009.043274-7, de Tubarão, rel. Des. Subst. ODSON CARDOSO FILHO, Quinta Câmara de Direito Civil, j. em 17.5.2012);

III) DIREITO CIVIL - FAMÍLIA - INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E ALIMENTOS - EXAME DNA POSITIVO - PROCEDÊNCIA PARCIAL EM 1º GRAU - *INSURGÊNCIA DO INVESTIGADO - CERCEAMENTO DE DEFESA* - AUSÊNCIA DE TESTEMUNHAS E INDEFERIMENTO DE 2º EXAME DNA - TESTEMUNHAS DEFERIDAS INDEPENDENTEMENTE DE INTIMAÇÃO - NOVA PERÍCIA - DESNECESSIDADE - LAUDO REGULAR - *RECURSO IMPROVIDO* - RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE - EXISTÊNCIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E GENÉTICA - PREVALÊNCIA DAQUELA -

MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA -PATERNIDADE PARA FINS EXCLUSIVAMENTE BIOLÓGICOS - MANUTENÇÃO DO REGISTRO CIVIL - SENTENÇA REFORMADA.

[...] No conflito entre paternidade socioafetiva e biológica - matéria de ordem pública -, prevalece aquela por melhor acolher o princípio constitucional da dignidade humana. (TJSC. AC n. 2005.000406-5, rel. Des. MONTEIRO ROCHA, Quarta Câmara de Direito Civil, j. em 1.8.2008); e

IV) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. JUSTIÇA GRATUITA DEFERIDA. DESCONSTITUIÇÃO DA FILIAÇÃO PELA NULIDADE DO ASSENTO DE NASCIMENTO. RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO E CONSCIENTE DA PATERNIDADE. VÍCIO DE CONSENTIMENTO INEXISTENTE. REALIZAÇÃO DE TESTE DE PATERNIDADE POR ANÁLISE DE DNA. EXCLUSÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. IRRELEVÂNCIA. EXISTÊNCIA DE SÓLIDO VÍNCULO AFETIVO POR MAIS DE 23 ANOS. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA DEMONSTRADA. DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE VEDADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

É irrevogável e irretratável a paternidade espontaneamente reconhecida por aquele que tinha plena consciência de que poderia não ser o pai biológico da criança, mormente quando não comprova, estreme de dúvidas, vício de consentimento capaz de macular a vontade no momento da lavratura do assento de nascimento.

A filiação socioafetiva, fundada na posse do estado de filho e consolidada no afeto e na convivência familiar, prevalece sobre a verdade biológica. (Apelação Cível n. 2011.005050-4, Rel. Des. FERNANDO CARIONI, Terceira Câmara de Direito Civil, j. em 10.5.2011); e

V) DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE PATERNIDADE. ADOÇÃO À BRASILEIRA. GENITOR QUE REGISTROU FILHO DE SUA CONVIVENTE, MESMO SABENDO QUE NÃO ERA SEU. ATO IRREVERSÍVEL. EXEGESE DO ARTIGO 1.604 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE VÍCIO APTO A GERAR A ANULAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. Nos tempos atuais, em que solidificada está

> a paternidade socioafetiva, verifica-se que somente um vício extremamente grave, muito bem consubstanciado em provas robustas, é apto a autorizar a exclusão do pai do registro de nascimento do filho. Tal mácula, portanto, está longe de ser configurada na hipótese em que o pai reconhece voluntariamente o filho de sua convivente, apenas cedendo ao pedido desta. (TJSC, AC n. 2011.056014-6, de Canoinhas, rel. Des. JAIME LUIZ VICARI, Sexta Câmara de Direito Civil, j. em 22.3.2012).

Ante o exposto, perfilho-me à corrente de entendimento que faz preponderar a socioafetividade sobre a verdade biológica para fins de assentamento da paternidade, tanto para efeitos registrais como para quaisquer outros efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais.

2.1.c. A propósito, oportuno dizer, como faz MAURO NICOLAU JUNIOR, que o registro civil de nascimento - apesar de posicionamentos em sentido contrário - não exprime, propriamente, a paternidade. O que ele reflete é um acontecimento jurídico. Ao registro não interessa a história natural das pessoas, senão apenas um evento jurídico.

Assim, quando o estabelecimento da paternidade decorrer de derivação biológica do DNA, o que o oficial de registro consigna em seus assentos não é o laudo pericial, mas a sentença do juiz. Ao contrário, se a sentença for lavrada manifestamente contrária à prova genética, ainda assim é ela e não o laudo a que o oficial deve obediência. *(In:* Investigação de Paternidade Procedente - coisa julgada material - prazo para ação rescisória expirado. Ação negatória de paternidade. Qual prevalece? Revista da AJURIS. N. 85. Tomo I. Rio Grande do Sul: AJURIS, março/2002, p. 286).

Em suma, o registro civil - por alguns chamado de paternidade registral - não se configura, de regra, fonte primária da paternidade. Ao revés, o assentamento revela, exterioriza e dá publicidade a um evento anterior, qual seja, a relação biológica ou socioafetiva. O registro não nasce *per se,* mas sim é consequente a algo que lhe é anterior. Não é causa, mas conseqüência. Não é originário, sim sequencial.

2.1.d. A questão pede, ainda, outra distinção importante. De se distinguir entre a *pretensão de reconhecimento/alteração da paternidade* (onde a socioafetividade deve prevalecer ordinariamente sobre o vínculo genético, como visto) e a *pretensão de busca da mera ancestralidade*, esta consistente no pedido de simples conhecimento de quem são seus pais ou outros ascendentes. Cuida-se, neste último caso, somente da carga declaratória inerente ao pleito de investigação da paternidade. Em outros termos, trata-se apenas da declaração da existência ou inexistência da relação biológica.

A distinção encontra amparo na ordem jurídica nacional. É que o direito à descoberta da verdade biológica está estabelecido no art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com redação dada pela Lei 12.010/09, cujo teor preconiza: "o adotado tem direito de conhecer a sua origem biológica, bem como obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos". O simples fato de o dispositivo legal citado encontrar-se em diploma regente dos direitos da criança e do adolescente não significa dizer que a previsão não se estenda a todos – e, empreendido raciocínio integrativo, às hipóteses outras que não a adoção. Não há negar o direito fundamental de toda pessoa a conhecer sua própria identidade, nela compreendida seus laços biológicos.

Aliás, a possibilidade de conhecimento da ascendência é inerente à própria personalidade do ser, porquanto somente com o descortinar de sua origem biológica poderá a pessoa extirpar qualquer curiosidade ou incômodo íntimo com esse desconhecimento. Liga-se esse interesse, de certa forma, com seu direito à própria intimidade e, como direito da personalidade que é, deve gozar da tutela jurídica típica dos direitos dessa natureza, consagrada no art. 11 do Código Civil, a saber: "com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, *não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária*".

MARIA BERENICE DIAS faz a pertinente diferenciação e lembra, ainda, que o reconhecimento da ancestralidade pode ainda se justificar para fins como realização de futuros transplantes de órgãos, tratamentos de saúde, cautelas quanto a impedimentos matrimoniais ou possibilidade de contrair doenças transmissíveis:

> O direito à identidade genética passou a ser reconhecido como direito fundamental integrante do direito de personalidade, o que tem levado a jurisprudência a aceitar, cada vez com mais desenvoltura, a busca da identificação da paternidade. [...]
>
> *Assim, ainda que detenha o autor a posse do estado de filho, tal não obsta a propositura da ação visando a descoberta da verdade biológica*. Só impede que se produza a alteração no assento de nascimento do investigante. *Precisa ser assegurado ao autor o direito de conhecer as suas origens, sem que essa identificação importe em desconstituição da filiação jurídica ou socioafetiva, pois não se pode valorar a identidade biológica sobre os laços afetivos.* Preserva-se o direito de personalidade de conhecer a ascendência biológica, para transplante de órgãos, cautelas quanto a impedimentos matrimoniais e verificação da possibilidade de contrair doenças transmissíveis geneticamente (*in: Manual de direito das famílias.* 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 353; 355).

Igualmente, KÁTIA REGINA FERREIRA LOBO ANDRADE MACIEL faz a pertinente diferenciação entre a busca da ancestralidade e a paternidade:

> Nesse sentido, a filiação, qualquer seja a sua origem, apresenta natureza cultural, mas não exatamente natural, embora eventualmente possa haver coincidência. Essa a razão por que se declara nas ações de estado de filiação quem é a mãe e quem é o pai, enquanto que na busca da estirpe biológica se indica a ascendência, a genetriz e o genitor, procriadores que podem ou não funcionalizar os papéis de pai e de mãe, uma vez que dependem da vivência do afeto e da responsabilidade cultivados diariamente para que a parentalidade seja edificada. Portanto, no direito à origem genética não se busca vínculo de afetividade, não se cria relação jurídica e, pouco menos, o parentesco, mas apenas se declara relação consanguínea e que possui reflexos para o futuro, como acontece com os impedimento matrimoniais dela decorrentes. Não há direitos sucessórios, alimentares, guarda, convivência ou quaisquer

> outras obrigações parentais, na medida em que parentesco não existe. Em síntese, mesmo existindo o *status* de filho socioafetivo, este pode buscar a sua origem biológica, como direito da personalidade, pois não se cogita uma nova filiação.

Prossegue, citando doutrinadores como Maria Cristina de Almeida, Heloisa Helena Barboza e Rose Melo Vencelau:

> A ascendência genética, para Almeida, é um atributo da individualização, assumindo na consciência do indivíduo uma posição-chave para a criação da individualidade, do autoentendimento, propiciando o livre desenvolvimento da personalidade. Essa a razão por que o fenômeno do conhecimento do tronco genético se difere do conceito de paternidade, não só em sua versão biológica, mas no plano psíquico, espiritual e social, e deve ser entendido como intrínseco à personalidade humana e não como um direito funcional ou instrumental que visa atingir decorrências patrimoniais.
>
> [...] Porconseguinte, na busca genética do ser humano não se abre a possibilidade de extinção de vínculos socioafetivos já sedimentados na relação jurídica adotiva. Nem tampouco se altera o nome de família da pessoa humana. Confrontado com a descoberta da origem genética, o nome permanece estático, exteriorizando o ser, inalterada que está a sua função de distinguir um sujeito dos demais e de individualizar a sua personalidade.
>
> A identidade genética do adotado, pois, constitui direita da personalidade e a busca de sua autorreferência individual e social, descobrindo a si próprio. Em suma, a linhagem sanguínea e o estado de filho da pessoa humana possuem distintos significados, na medidade em que aquela pode não gerar parentalidade e nem afetividade. Sob o prisma estritamente genético, portanto, "a origem da vidade ainda é biológica, mas nem sempre a origem da filiação" (*in:* A Verdade Biológica e a Verdade Adotiva: a contrução da identidade plena do filhos adotado. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, n. 30, out-nov 2012. Porto Alegre: Magister, p. 42/43)

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça já enfrentou a temática, ocasião em que, *mutatis mutandis*, decidiu:

> Direito civil. Família. Ação de declaração de relação avoenga. *Busca da ancestralidade. Direito personalíssimo dos netos. Dignidade da*

> *pessoa humana. Legitimidade ativa e possibilidade jurídica do pedido. Peculiaridade.* Mãe dos pretensos netos que também postula seu direito de meação dos bens que supostamente seriam herdados pelo marido falecido, porquanto pré-morto o avô.
>
> *- Os direitos da personalidade, entre eles o direito ao nome e ao conhecimento da origem genética são inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis* erga omnes.
>
> *- Os netos, assim como os filhos, possuem direito de agir, próprio e personalíssimo, de pleitear declaratória de relação de parentesco em face do avô, ou dos herdeiros se pré-morto aquele, porque o direito ao nome, à identidade e à origem genética estão intimamente ligados ao conceito de dignidade da pessoa humana.*
>
> *- O direito à busca da ancestralidade é personalíssimo e, dessa forma, possui tutela jurídica integral e especial, nos moldes dos arts. 5º e 226, da CF/88.*
>
> *- O art. 1.591 do CC/02, ao regular as relações de parentesco em linha reta, não estipula limitação, dada a sua infinitude, de modo que todas as pessoas oriundas de um tronco ancestral comum, sempre serão consideradas parentes entre si, por mais afastadas que estejam as gerações; dessa forma, uma vez declarada a existência de relação de parentesco na linha reta a partir do segundo grau, esta gerará todos os efeitos que o parentesco em primeiro grau (filiação) faria nascer.*
>
> *- A pretensão dos netos no sentido de estabelecer, por meio de ação declaratória, a legitimidade e a certeza da existência de relação de parentesco com o avô, não caracteriza hipótese de impossibilidade jurídica do pedido; a questão deve ser analisada na origem, com a amplitude probatória a ela inerente.*
>
> *- A jurisprudência alemã já abordou o tema, adotando a solução ora defendida. Em julgado proferido em 31/1/1989 e publicado no periódico jurídico NJW (Neue Juristische Woche) 1989, 891, o Tribunal Constitucional Alemão (BVerfG) afirmou que "os direitos da personalidade (Art. 2 Par. 1º e Art. 1º Par. 1º da Constituição Alemã) contemplam o direito ao conhecimento da própria origem genética.* (STJ. Resp n. 807.849/RJ, rel.ª Min.ª NANCY ANDRIGHI, j. em 24.3.2010) (Grifou-se).

2.1.e. Registro importante, consignado no acórdão supracitado, diz respeito ao caráter personalíssimo, tanto do direito à busca da ancestrali-

dade, como o direito à perfilhação. Isso porque pertence ao íntimo do ser humano a decisão de buscar conhecer ou não de seus ancestrais e, principalmente, alterar sua paternidade para reconhecer a paternidade biológica ou socioafetiva (sobre essa última hipótese - STJ. Resp. n. 1.189.663/RS, rel. Minª. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, j. em 6.9.2011).

Sob o prisma constitucional, não há dúvidas de que a filiação consubstancia um direito indisponível. Na lição de BELMIRO PEDRO WELTER, "a perfilhação é direito natural e constitucional de personalidade, sendo indisponível, inegociável, imprescritível, impenhorável, personalíssimo, indeclinável, absoluto, vitalício, indispensável, oponível contra todos, intransmissível, constituído de manifesto interesse público e essencial ao ser humano" (WELTER, Pedro Belmiro. Coisa julgada na investigação de paternidade. Revista Jurídica. N. 256. Ano 46, fevereiro de 1999, p. 19).

Essa característica ganha relevo quando a ação não é ajuizada diretamente pelo filho, porque incapaz, mas por seus representantes ou mesmo tendo o Ministério Público como substituto processual. Não há falar, é certo, que durante a incapacidade seria impossível o ajuizamento de ações de investigação de paternidade ou de busca de ancestralidade. Contudo, em hipóteses tais é preciso cautela máxima na aferição do melhor interesse do representado, de modo que, sobretudo quando se busque a alteração da filiação, não haja arrependimento posterior à aquisição da capacidade plena.

Por essa razão, quiçá, o Estatuto da Criança e do Adolescente atesta a possibilidade de o adotado buscar sua origem genética somente após a maioridade. Também em razão dessa questão, sempre que possível, é de todo conveniente ouvir a criança sobre seus sentimentos e pretensões em juízo, de modo a buscar o seu desejo personalíssimo e minorar consequências futuras indesejadas.

Outrossim, tal particularidade é também importante para a apreciação de eventual relativização da coisa julgada. É que, com a maioridade

do investigante, novo e importante elemento aparece para a solução de controvérsias ligadas à paternidade, principalmente para a aferição da socioafetividade, qual seja – a vontade do filho. Com a manifestação direta e personalíssima do maior interessado na questão, a lide pode ser definida com maior propriedade, no que não é impróprio cogitar de sua revisão futura.

Feitos esses necessários comentários, passa à análise do caso concreto.

2.b. A espécie

Da acurada análise dos autos, tenho que o voto vencido deve prevalecer.

De início, saliente-se que a paternidade biológica, assentada nas decisões, tem como fundamento preponderante a recusa do réu em sujeitar-se à prova pericial, aliada aos indícios de que o investigado conhecia a mãe do autor e esteve desacompanhado em Mafra/SC (cidade onde esta reside) por uma vez. Lembre-se, ainda, que a recusa à realização de exame genético vem calcada em impedimentos de ordem religiosa do genitor. Logo, o reconhecimento do vínculo biológico não encontra amparo em prova sólida.

A prova é mais tranquila, sim, quanto ao vínculo socioafetivo entre o segundo réu e o autor. Aliás, o próprio voto vencedor, após os acréscimos decorrentes do julgamento dos embargos de declaração reconhece o vínculo, no que não discrepa o voto do ilustre relator. Colhe-se do voto vencedor:

> Por outro lado, nota-se pelo que foi detalhado nos autos que o fato de excluir o pai registral do registro civil do menor não deve interferir na relação afetiva construída entre eles, até porque, mesmo depois de ter conhecimento da verdade, ou seja, de que a criança não é seu filho biológico, P. de A. M., após um curto período de separação, retornou a conviver maritalmente com a genitora do menor, continuando a ser a figura paterna que importa para o menino.

> Isto pode ser comprovado pelo depoimento de P. de A. M. J., colhido quase 1 (um) anos após seu pai afetivo saber, por meio de prova pericial, que não era seu pai biológico (fl. 139):
>
> "Seu pai e sua mãe trabalham, a mãe na Brunatto e o pai na Lan House. *Seus pais se separaram mas agora estão juntos de novo. Ficou feliz que eles voltaram a viver juntos. Seus pais não lhe dão bronca. As vezes a mãe brinca junto. O pai também. Dos dois, o pai é mais legal e a mãe que pega mais no pé. Gosta mesmo do pai e da mãe. Tem o mesmo nome do pai, e acha isso legal. É mentira se alguém disse que algum dos dois não lhe trata bem. Não tem pai e mãe melhor que os seus. Se perguntado se quer trocar, diria que não quer."*
>
> Verifica-se que o fato de outro homem ser o pai biológico do menor não modificou a convivência amorosa na família. (fl. 204) [grifei]

Registre-se, somente para frisar o liame, que a oitiva do infante em primeira instância se deu quando contava com cerca de 7 (sete) anos, mas suas palavras são seguras acerca do sentimento de quem é seu pai. O depoimento da mãe e representante do menor reforça tal conclusão:

> [...] que quando seu marido descobriu ele rejeitava a criança, mas hoje continua cuidando do filho, com quem se dá muito bem; que seu filho hoje tem 6 anos e sabe de tudo porque seu marido contou; que a cabecinha dele está uma confusão; que a criança só diz que gosta do P. e não gosta do outro; que a criança não conhece H.; [...] (fl. 92)

O tio do autor, de nome Edco, ouvido como informante ressalta que a comunidade trata o segundo réu como pai do demandante, mesmo sabendo não ser o pai biológico: "E. e P. [mãe e pai do autor] moram juntos até hoje. Que a comunidade, família, tem P. como pai de criação do autor, mas não biológico." (fl. 109)

Nessa toada, a meu sentir, o vínculo socioafetivo entre o autor e o segundo demandado está sobejamente demonstrado. Além de terem o mesmo nome (*nominatio*), tratam-se ambos como pai e filho (*tractatus*) e são assim conhecidos perante a sociedade (*reputatio*), de modo que restam

preenchidos todos os pressupostos necessários à configuração da chamada posse do estado de filho, consolidada por mais de 12 (doze) anos.

Logo, a propositura da presente ação, ao menos no que tange ao pleito de retificação da paternidade constante no registro civil e seus corolários, parece contrariar o próprio interesse do adolescente autor, na medida em que tem o segundo réu como seu pai.

Ao que parece, a demanda foi movida pela genitora em razão do momento delicado por que passava, com a dita separação do marido (com posterior reconciliação), ou então por razões financeiras com o móvel de obter os alimentos pleiteados. De todo modo, a demanda parece contrariar os interesses do representado, sendo proposta mais em razão da vontade da mãe do que a do filho, o que esbarra no postulado da boa-fé objetiva. É que, não se pode olvidar, a mãe é a principal responsável por toda essa situação, uma vez que permitiu o registro do filho por aquele que sabia não ser o pai biológico, fazendo consolidar o sentimento paternal do filho por outra pessoa.

Por outro viés, a concordância tácita do segundo réu com o pleito não tem efeitos maiores ao caso. Isso porque, à luz da prova produzida, tinha conhecimento da improbabilidade de ser o genitor, em virtude de ter realizado anterior vasectomia. Veja-se que a própria representante do autor diz que: "não sabe porque seu marido resolveu assumir a criança; que ele devia saber que o filho não era dele, ainda que a depoente lhe assegurasse o contrário" (fl. 91). Logo, os elementos indicam reconhecimento voluntário livre de vícios, o que caracteriza hipótese clássica de *venire contra factum próprio*, ou seja, de comportamento contraditório. Não é só. Após ter certeza de não ser o pai biológico, embora tenha titubeado por certo momento, ao que parece voltou a agir como pai, consoante relato do filho e da mãe, no que emprestar relevância a sua revelia, para fins de retificação

da paternidade, também redundaria em contrariedade aos deveres corolários da boa-fé objetiva.

Destarte, penso que o registro civil espelha com precisão a relação de paternidade do autor, não merecendo reparo. Por conseguinte, nem mesmo para atender o pleito alimentar é possível seguir o voto vencedor. É que falta a esse pedido o primeiro pressuposto da obrigação alimentar, qual seja a obrigação alimentar ou o vínculo de parentesco ente autor e primeiro réu.

Não se descarta, em hipóteses excepcionalíssimas, a possibilidade de o filho buscar algum amparo junto ao genitor ou mero ancestral do filho, com base em sua desídia no reconhecimento. Todavia, penso, deve restar caracterizada, ao menos, a total falta de meios para que os pais e parentes mais próximos provejam as necessidades da prole antes de se facultar tal complementação por aquele que nada tem que ver com o alimentando, senão o mero empréstimo de seu material genético.

Na espécie, não há sequer alegação nesse sentido, quanto mais prova de que os pais não consigam prover o mínimo para que o filho tenha uma vida digna. Aliás, aprova aponta até mesmo o contrário, pois ambos tem labor (consoante depoimento do filho) e nada lhe falta.

3. A conclusão

Assim, em virtude do que consta expressamente deste voto, quer pelas razões que de seu teor decorrem, *venia maxima*, divirjo do voto do ilustre relator para fazer prevalecer o voto minoritário e a bem lançada sentença de primeira instância.

É o voto.

Henry Petry Junior

DESEMBARGADOR

Declaração de voto vencido do Excelentíssimo Senhor Desembargador Jaime Luiz Vicari.

Os motivos pelos quais ousei dissentir da douta maioria são os mesmos muito bem explanados no voto vencido do eminente Desembargador Henry Petry Junior, razão pela qual, acompanhando sua fundamentação, registro meu entendimento no sentido de dar provimento aos embargos infringentes.

Florianópolis, 25 de fevereiro de 2013.

Jaime Luiz Vicari

Desembargador

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Subst. Odson Cardoso Filho.

Com o máximo respeito, ousei apresentar posição divergente da exprimida pela douta maioria, que lançam respeitáveis fundamentos para negar provimento aos Embargos Infringentes, as quais encontram-se justificadas no voto do Exmo. Des. Henry Petry Junior, razão porque, encampando sua fundamentação, adoto-as como razões de decidir.

Florianópolis, 26 de fevereiro de 2013.

Odson Cardoso Filho

Desembargador Substituto

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Substituto Jorge Luis Costa Beber.

Ousei divergir da douta maioria pelas mesmas razões declinadas no voto lavrado pelo Exmo. Des. Henry Petry Junior.

Florianópolis, 27 de fevereiro de 2013.

Jorge Luis Costa Beber

REVISOR

Declaração de Voto Vencido do Excelentíssimo Desembargador Fernando Carioni

Dissenti, com a devida vênia, da douta maioria pelas mesmas razões adotadas pelo Exmo. Sr. Des. Henry Petry Junior.

Florianópolis, 28 de fevereiro de 2013.

Fernando Carioni

DESEMBARGADOR

Declaração de voto vencido do Excelentissimo Senhor Desembargador Joel Dias Figueira Junior

Divergi da douta maioria dos integrantes deste órgão julgador pelas mesmas razões por mim expostas às fls. 187-191.

Florianópolis, 11 de março de 2013.

Joel Dias Figueira Junior

Desembargador

Declaração de voto vencedor do Exmo. Sr. Des. Ronei Danielli

As razões que me levam a divergir da douta maioria nesta matéria são fruto de recentes reflexões acerca da condição humana, sobretudo no que concerne às relações parentais, especialmente sob o enfoque dos princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família.

Registro, antes de mais nada, que, apesar da aparente discordância, concordo, perdoado o paradoxo, tanto com o posicionamento vencido como com o vencedor.

Explico.

O caso dos autos traduz-se em uma investigação de paternidade (com anulação de registro civil), na qual pretende ver reconhecido o investigando o vínculo genético em relação ao investigado.

De outro vértice, tem-se no pai registral a figura parental que mais se aproxima do modelo de socioafetividade, conferindo ao infante a chamada "posse do estado de filho", consubstanciada na tríade nome, trato e fama.

Assim, ambas as teses, voltadas à concretização do "melhor interesse da criança", cumpre ressaltar, polarizam-se na tentativa de fazer prevalecer uma das paternidades, em necessário detrimento da outra.

Sob esse aspecto, o voto vencedor destaca a responsabilidade pendente sobre a paternidade biológica, notadamente a material, ao tempo em que assinala o direito fundamental do filho de perseguir os efeitos jurídicos do parentesco natural, sem limites ou fronteiras, conforme irrestritamente assegurado na Carta Magna.

O voto vencido, por sua vez, pondera a preexistência e até mesmo a prevalência do liame afetivo sobre o consangüíneo, uma vez que o marido da mãe do menor o registrou como filho, ainda que ciente da impossibilidade

fisiológica de sua paternidade, criando-o como tal, de modo a consolidar, na história de vida de ambos, a parentalidade sociológica.

Os fundamentos que ancoram as teorias contrapostas são de suma importância ao debate e, por isso, merecem séria e detida consideração.

Com efeito, forçoso reconhecer que a paternidade, conceitualmente falando, há muito se distanciou do axioma do revogado Código Civil de 1916, no qual era submetida, exclusivamente, ao seu aspecto jurídico, para o qual concorria presunção derivada do casamento e necessariamente refletida no Registro Civil: *pai é o marido da mãe*. De outro lado, a paternidade extramatrimonial, denominada ilegítima, no mais das vezes, sequer gerava efeitos pessoal e patrimonial, dada a vedação de seu reconhecimento, notadamente se "adulterina" ou "incestuosa".

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao não recepcionar o obtuso estatuto da filiação de 1916, estabeleceu novo marco teórico para a familia, fundamentando-a e mais ainda, submetendo-a aos princípios da *pluralidade das entidades familiares, isonomia jurídica de todos os filhos, democratização das relações familiares, paternidade consciente e responsável*, dentre outros.

A partir dessa construção principiológica, pode-se afirmar que a paternidade assume diferentes aspectos, conforme o ângulo de análise e a circunstância fática envolvida, quais sejam, a biológica, a afetiva e a registral ou jurídica.

É certo que a situação ideal de paternidade, almejada tanto pelo direito quanto pela pessoa do filho, é a de coincidência de todas as nuances possíveis da relação parental, sendo, contudo, inegável que, na prática, nem sempre a experiência de vida condiz com a utopia da unicidade.

Nesse contexto, não se pode conceber o direito como um sistema hermeticamente fechado, impermeável às mudanças sociais, especialmente quando concernente ao direito familiarista.

Por essa mesma razão, torna-se difícil ignorar (ou reescrever) a história de vida do embargado a fim de desconsiderar uma das paternidades ou, ainda, precisar qual delas representa seu melhor interesse antes de descartar para efeitos jurídicos a outra.

Se, por um lado a paternidade sociológica do marido de sua genitora encontra na voluntariedade seu fundamento, a paternidade biológica não se distancia muito desse aspecto, uma vez que embora não desejasse o resultado -gravidez e filiação - o pai genético assume tal risco ao se relacionar intimamente com a mãe do embargado. E quanto à paternidade biológica, diz-se prescindir de construção de laços afetivos, uma vez assentada no vínculo consangüíneo que a torna inequívoca.

O pai genético, tanto quanto o sociológico, deve ser responsabilizado pela sua paternidade, ainda que apenas financeiramente, já que o direito não dispõe de mecanismos jurídicos hábeis a realizar em termos pessoais e afetivos o primado constitucional da *paternidade consciente e responsável*.

Na espécie, em que pese a exitência da paternidade registral, ainda que afetiva, por óbvio não supria nem supre todas as necessidades do filho, em especial as materiais, tanto que este busca na presente ação os alimentos do pai biológico.

Se dos princípios consagrados na Carta Magna destaca-se, por exemplo, o da pluralidade das entidades familiares, pode-se e deve-se construir a interpretação, nas palavras de Konrad Hesse (*A força normativa da Constituição*), que melhor assegure o sentido mais justo e adequado aos valores sociais e aos elementos não só objetivos, mas subjetivos de dada realidade sócio-cultural.

Nesse sentir, o parâmetro ideal de paternidade una, cada vez mais se distancia da realidade cotidiana, na medida em que as novas organizações familiares vão sendo forjadas, enquanto outras reconstituídas após sucessivos divórcios e as figuras parentais vão-se naturalmente mesclando, tornando, por vezes, impossível ao próprio filho dizer-se filho de um só pai e uma só mãe.

Assim, está-se diante de uma hipótese em que há um pai registral, quiçá até afetivo, e um pai biológico. Com que autoridade ou por qual argumento legal se hierarquizam as paternidades para concluir qual delas deve prevalecer ou gerar efeitos? Se elas coexistem, por que ambas, observadas as circunstâncias, não podem surtir efeitos pessoais e patrimoniais em favor do filho?

Volta-se, novamente, aos princípios constitucionais que possibilitam a teoria da multiparentalidade, especificamente o da dignidade da pessoa humana, o da isonomia jurídica entre os filhos e o da pluralidades das organizações familiares.

Merece nota a reflexão de Belmiro Pedro Welter, em artigo dirigido à discussão dessa polêmica:

> O ser humano é um todo tridimensional e, ao mesmo tempo, uma parte genética, afetiva e ontológica, tendo à sua disposição todos os direitos e desejos desses três mundos, uma vez que a existência é uma formação contínua de eventos, pelo que, nas ações de investigações de paternidade/maternidade genética e afetiva, devem ser acrescidos todos os direitos daí decorrentes, como alimentos, herança, poder/dever familiar, parentesco, guarda compartilhada, nome, visitas, paternidade/maternidade genética e afetiva e demais direitos existenciais.
>
> No decorrer da trajetória da vida, o ser humano vai adquirindo direitos, que vão moldando os seus modos de ser-no-mundo, encontrando-se em formação contínua da vida, motivo pelo qual nenhum desses episódios poderá ser renunciado, sob pena de renunciar à carga, à história, à experiência de vida, à evolução da civilização, à linguagem humana e à toda temporalidade, que não pode ser negada como se ela

> não tivesse ocorrido e nem conduzido o modo de ser-em-família, de ser-em-sociedade e de ser-no-mundo-tridimensional.
>
> A proibição da renúncia a todos os momentos da estrada da vida decorre da manutenção da trilogia dos modos de ser-no-mundo, porque os eventos da existencialidade não são somente os que foram vivenciados, mas, também, "que o seu ser-vivenciado teve um efeito especial, que lhe empresta um significado permanente" . A vivência se encontra "numa relação direta com o todo, com a totalidade da vida", pelo que o todo da vida se integra na vivência e a vivência no todo da vida, a qual não se desliga da existência concreta, nem das cargas pré-genética, pré-desafetiva e pré-ontológica. Essas cargas existenciais vêm sempre antecipadas, significando que o ser humano sempre traz consigo as cargas históricas de seu mundo tridimensional, de seu modo de ser-em-família. (Teoria Tridimensional no Direito de Família: reconhecimento de todos os direitos das filiações genética e socioafetiva. Disponível em:http://www.Mp.Rs.Gov.Br/imprensa/notícias/id17076.Htm?Impressão=1, capturado em 16.09.2011)

Com base nessa premissa epistemológica, o Tribunal Gaúcho em acórdão paradigmático, eternizou o precedente transcrito na Apelação Cível 70029363918, Oitava Câmara Cível, relator Desembargador Claudir Fidelis Faccenda, DJe de 13.05.2009:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESENÇA DA RELAÇÃO DE SOCIOAFETIVIDADE. DETERMINAÇÃO DO PAI BIOLÓGICO ATRAVÉS DO EXAME DE DNA. MANUTENÇÃO DO REGISTRO COM A DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. POSSIBILIDADE. TEORIA TRIDIMENSIONAL. Mesmo havendo pai registral, o filho tem o direito constitucional de buscar sua filiação biológica (CF, § 6º do art. 227), pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Constitui-se em decorrência da lei (artigos 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar. *Nem a paternidade socioafetiva e nem a paternidade biológica podem se sobrepor uma à outra. Ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas porque*

> *fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica.* APELO PROVIDO. (sem grifo no original)

Percebe-se que há um longo caminho ainda a percorrer para que o direito familiarista encontre o ponto de equilíbrio de modo a prestigiar a dimensão ontológica do ser humano, esteja ele na posição de pai ou de filho na relação parental, resgatando a sua vivência e a sua história individual, sem a preocupação de enquadramento em certa e imutável categoria. A propósito, esta é, no meu sentir, a correta construção jurídica sugerida a partir dos princípios da dignidade humana e igualdade plena entre os filhos: a noção de que a filiação não comporta meio-termo ou semi-direitos. *Filho é filho, independente de sua origem, sua história de vida, sua vivência pessoal.*

Soma-se às minhas considerações o fato de que, se às paternidades não cabe precedência nem hierarquia e, por conseguinte, exclusão, elas podem e devem ser harmonizadas conforme as circunstâncias de cada caso, nada obstando permanecer o filho com o sobrenome do pai registral (sendo ou não afetivo), acrescendo ou não o sobrenome do pai genético para fins de sua identificação.

No caso em debate, tem-se, ainda, o fato de que o menino, ao ser registrado pelo marido de sua mãe, recebeu não apenas seu sobrenome, mas igualmente o mesmo prenome, acrescido do agnome de *Júnior*, pelo qual, supõe-se, seja efetivamente conhecido, servindo tal circunstância de argumento adicional para a manutenção do nome desse pai registral.

Ilustram bem a hipótese, as considerações de Belmiro Pedro Welter:

> Não reconhecer as paternidades genética e socioafetiva, ao mesmo tempo, com a concessão de TODOS os efeitos jurídicos, é negar a existência tridimensional do ser humano, que é reflexo da condição e da dignidade humana, na medida em que a filiação socioafetiva é tão irrevogável quanto a biológica, pelo que se deve manter incólumes as duas paternidades, com o acréscimo de todos os direitos, já que ambas fazem parte da trajetória da vida humana.

> [...]
>
> Em decorrência da tese da teoria tridimensional no direito de família, há necessidade premente da doutrina e da jurisprudência avançarem mais um pouco, não admitindo apenas a existência do mundo genético OU do mundo afetivo, mas, sim, conceder ao ser humano o direito ao mundo biológico E ao mundo afetivo, isso porque o ser humano é detentor de três mundos, genético-afetivo-ontológico, pelo que ele tem o direito: a) à sua singularidade, ao seu mundo real, em sua perspectiva verdadeira, a base sobre a qual ele se relaciona consigo mesmo (mundo ontológico); b) ao relacionamento com a família e a sociedade (mundo afetivo); c) na transmissão às gerações, por exemplo, de sua compleição física, os gestos, a voz, a escrita, a origem da humanidade, a imagem corporal e, principalmente, de todas as partículas de seu DNA (mundo genético), para que haja a pacificação familiar e social, um dos maiores fundamentos do Estado Constitucional.

Por fim, retomo as ponderações iniciais, identificando-me com a posição dos que defendem o direito do filho de ver reconhecida a sua paternidade biológica, acrescida de todos os consectários legais, sem restringir tal prerrogativa ao fato de preexistir outro pai registral ou mesmo afetivo, pois filho é filho.

Contudo, faço coro também com a tese do voto vencido ressalvando a relevância jurídica do afeto, que, a toda evidência, prescinde dos laços de sangue para a sua constituição, pois filho é filho.

Logo, se filho é filho, independente da origem da filiação, por que motivo deve prevalecer a filiação biológica sobre a afetiva ou vice-versa? Não me parece representar a expressão constitucional do melhor interesse da criança forçá-la a uma escolha do ponto de vista jurídico, completamente dissociada de sua biografia, notadamente no que pertine às circunstâncias das paternidades aqui discutidas, para as quais não contribuiu nem lhe coube escolher até o momento.

Concluo, então, que a paternidade afetiva, construída cotidianamente na base da confiança e do afeto não deve ceder ante à biológica, que, sem prejuízo da anterior, a ela se alia na busca do melhor para o infante.

Essas são, em síntese, as razões do meu dissenso e os motivos pelos quais votei para dar provimento apenas em parte aos Embargos Infringentes, especificamente no sentido de conservar a paternidade registral do pai afetivo, somando-se, no mesmo assento e para todos os efeitos, a do pai biológico.

Florianópolis, 19 de abril de 2013.

Ronei Danielli

DESEMBARGADOR

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Pedido de Uniformização de Jurisprudência em Apelação Cível n. 2007.064876-0/0002.00, da Capital

Relator: Des. Ronei Danielli

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. ART. 476 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL CUMULADO COM O ART. 158 DO RITJSC. PREVIDÊNCIA PRIVADA. REVISÃO DO ATO CONCESSIVO DO BENEFÍCIO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL EXPRESSAMENTE PREVISTA PELA LEI COMPLEMENTAR N. 109/2001. CONTROVÉRSIA ACERCA DA INCIDÊNCIA DO REFERIDO PRAZO EXTINTIVO SOBRE AS PARCELAS PRETÉRITAS OU SOBRE O PRÓPRIO DIREITO (PRESCRIÇÃO DO FUNDO DO DIREITO). INCIDENTE CONHECIDO. CONTROVÉRSIA PACIFICADA.

Sujeitam-se à prescrição quinquenal, na forma prevista pela Lei regulamentadora, apenas as parcelas pretéritas, e não o direito à revisão do ato concessivo do benefício previdenciário, matéria atinente à hipótese de decadência.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Pedido de Uniformização de Jurisprudência em Apelação Cível n. 2007.064876-0/0002.00, da comarca da Capital (4ª Vara Cível), em que é suscitante Jaime João Mafra, e suscitada Fundação Sistel de Seguridade Social:

O Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar, vencida a Exmª. Desª Maria do Rocio Luz Santa

Ritta, que votou pelo não reconhecimento da divergência. No mérito, também por maioria, o Grupo decidiu pacificar o entendimento acerca da contagem do prazo extintivo para a revisão de benefício previdenciário, propondo como conteúdo da Súmula o seguinte texto: "Sujeitam-se à prescrição quinquenal, na forma prevista pela Lei regulamentadora, apenas as parcelas pretéritas, e não o direito à revisão do ato concessivo do benefício previdenciário, matéria atinente à hipótese de decadência." Restaram vencidos, com declaração de voto os Exmos. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Trindade dos Santos, Jairo Fernandes Golçalves, Jaime Luiz Vicari e Denise Volpato, que votaram pela rejeição da proposta de Súmula, julgando-se improcedente o pedido de Uniformização de Jurisprudência em Apelação Cível. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 13 de fevereiro de 2013, foi presidido pelo Exmo. Des. Carlos Prudêncio e dele participaram o Desembargador Ronei Danielli, o Desembargador João Batista Góes Ulysséa, a Desembargadora Denise Volpato, o Desembargador Trindade dos Santos, o Desembargador Eládio Torret Rocha, o Desembargador Monteiro Rocha, o Desembargador Fernando Carioni, o Desembargador Marcus Tulio Sartorato, o Desembargador Jaime Luiz Vicari, a Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta, o Desembargador Joel Figueira Júnior, o Desembargador Henry Petry Júnior, o Desembargador Victor Ferreira, o Desembargador Stanley da Silva Braga, o Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves e o Desembargador Luiz Carlos Freysleben.

Florianópolis, 15 de fevereiro de 2013.

Rohei Danielli

RELATOR

RELATÓRIO

Perante o juízo da 4ª Vara Cível da comarca da Capital, Jaime João Mafra promoveu ação de revisão de benefício previdenciário em face de Fundação Sistel de Seguridade Social, sob o argumento de que não incidira correção monetária sobre seu salário-de-participação, razão pela qual estaria recebendo benefício previdenciário suplementar em montante inferior ao efetivamente devido.

Na sentença foi afastada a preliminar de conexão, inacolhida a prejudicial de mérito relativa à prescrição e julgado procedente o pedido para: (1) determinar que a fundação ré promova novo cálculo do valor da renda mensal do benefício, incluído INPC como índice de correção monetária durante o período de dezembro de 1997 até novembro de 1998; (2) condenar a instituição demandada ao pagamento das diferenças apuradas entre o valor pago e o efetivamente devido, no quinquênio anterior ao ajuizamento da ação, ressaltando que sobre estes valores que deverão incidir correção monetária desde os pagamentos a menor e juros de mora a partir da citação. Ao final, condenou a requerida ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor da causa.

Irresignada, a Fundação Sistel apelou, apontando preliminar de cerceamento de defesa e prejudicial de mérito de prescrição. No mérito, propugnou pela reforma da sentença apresentando os seguintes argumentos: a) é entidade fechada de previdência complementar, sem fins lucrativos, sendo o contrato celebrado de natureza associativa com enfoque na cooperação entre as partes que atuam em parceria; b) os acordos coletivos referentes aos anos de 1998/1999 e 1999/2000 não previram a incidência de reajuste salarial e apontaram apenas a concessão de "gratificação pessoal" a título de abono; c) não poderia conceder benefício para o participante apelado em detrimento dos demais integrantes do plano; d) a Lei n. 6.435/1977, o Decreto n . 81240/1978 e a Lei Complementar n. 109 apenas estabelecem regras gerais do regime de previdência complementar, devendo ser observado o

Regulamento e o Estatuto de cada plano; e) o Regulamento do Plano de Benefícios da Sistel previa que o salário-real-de-benefício corresponderia à média dos 36 salários de participação anteriores à aposentadoria, corrigidos mensalmente pelo índice geral de variação dos salários dos empregados do Sistema Telebrás, no entanto, diante da privatização ocorrida, não houve possibilidade de proceder à atualização monetária nos moldes previstos pelo Regulamento; f) a majoração do benefício não pode ocorrer sem a respectiva fonte de custeio estar definida; g) a correção monetária do valor devido, caso subsistente, deve incidir a partir do ajuizamento da ação; h) a verba honorária deve ser reduzida.

Foram apresentadas contrarrazões e os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

Neste grau de jurisdição, Jaime João Mafra ingressou com pedido de uniformização de jurisprudência, na forma preconizada pelos arts. 476 e seguintes do Código de Processo Civil, apontando divergência jurisprudencial na interpretação e aplicação do prazo prescricional, objeto de prejudicial de mérito suscitada no recurso, observada em julgados proferidos pela Segunda e Terceira Câmaras de Direito Civil desta Corte.

Sustentou que a divergência surgiu a partir de novo critério introduzido pela jurisprudência acerca da contagem do prazo prescricional nas ações revisionais de complementação de aposentadoria privada, quais sejam: (a) a unicidade do ato de concessão da aposentaria, posição adotada pela 3ª e 6ª Câmaras Civis; e (b) relação jurídica de trato sucessivo, posição adotada pela 2ª Câmara de Direito Civil. Demonstrado o dissenso jurisprudencial, postulou a submissão da *quaestio* ao E. Grupo de Câmaras com o intuito de uniformizar a interpretação a respeito do assunto.

Em sessão de julgamento da Sexta Câmara de Direito Civil, decidiu-se suspender o julgamento da apelação cível e acolher a instauração do presente incidente de uniformização de jurisprudência, nos termos do

art. 476 e seguintes do Código de Processo Civil e art. 158 do Regimento Interno deste Tribunal.

Opostos embargos de declaração pela Sistel, estes foram rejeitados.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Procurador de Justiça Dr. Basílio Elias de Caro, manifestou-se no sentido de acolher o incidente de uniformização de jurisprudência, editando-se súmula sobre o tema.

Esse é o relatório.

VOTO

Trata-se de incidente de uniformização de jurisprudência iniciado ante pedido formulado por Jaime João Mafra, nos termos dos arts. 476 e seguintes do Código de Processo Civil, em razão da constatação de divergência de entendimentos entre julgados da Segunda e Terceira Câmaras de Direito Civil desta Corte, relativos à interpretação e aplicação do prazo prescricional em matéria de revisão de benefício previdenciário.

Cumpre destacar, inicialmente, que o prazo prescricional *quinquenal* encontra-se pacificado em sede jurisprudencial (Súmula 291 do Superior Tribunal de Justiça).

O objeto do presente incidente volta-se unicamente à pretensão de uniformização do entendimento quanto à contagem deste prazo. Sob esta óptica, a polêmica aparenta perpassar pela distinção, feita em todos os julgados paradigmáticos, entre a chamada "prescrição de trato sucessivo" e a denominada "prescrição de fundo do direito."

A peça que deflagrou o presente incidente apontou antagonismo entre as seguintes decisões:

Da Terceira Câmara de Direito Civil, a Apelação Cível n. 2010.026444-7, de Lages, relatora Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, DJe de 05.05.2011:

> PREVIDÊNCIA PRIVADA (SISTEL). REVISÃO DA RENDA MENSAL. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DO DIREITO. PRAZO DE CINCO ANOS CONTADOS DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ.
>
> Em se tratando de revisão da renda mensal inicial, o prazo de prescrição, que é de cinco anos, flui da concessão do benefício e apanha o fundo do direito e não apenas as parcelas vencidas e não pagas há mais de cinco anos antes da propositura da demanda.
>
> Trecho do acórdão:
>
> Pois bem. *Em se tratando de revisão da renda mensal inicial, o prazo de prescrição, que é de cinco anos, flui da concessão do benefício e apanha o fundo do direito, isto é, a pretensão mesma, e não apenas as parcelas vencidas e não pagas há mais de cinco anos antes da propositura da demanda* (cf: TJSC - ACv 2008.001438-8, minha relatoria).
>
> Nesses casos não há falar em prescrição por trato sucessivo. O direito que se quer ver reconhecido remonta ao cálculo da renda mensal inicial, ao passo que a respectiva pretensão nasce (*actio nata*) no exato momento em que a aposentadoria foi concedida, em tese, contra as regras do plano de previdência (cf: TJSC - ACv 2007.054841-5, minha relatoria).
>
> De trato sucessivo não é a forma de cálculo do benefício, evento uno e cindível no tempo, mas sim as prestações continuadas que derivam dessa relação jurídica base, de sorte que somente quanto a elas, que se renovam mês a mês, é que se poderia falar em prescrição por trato sucessivo, caso se postule a implementação de diferenças havidas posteriormente à concessão do benefício.
>
> Pensar de forma diversa implicaria defender que antes do pagamento de cada prestação a ré deve voltar ao regulamento do plano e proceder ao recálculo da renda mensal inicial do beneficio para só então deferir a parcela correspondente a rubrica da ocasião. O despropósito da premissa, penso, põe a nu o dislate da síntese.

E da Segunda Câmara de Direito Civil, a Apelação Cível n. 2009.048811-5, da Capital, relator Des. Nelson Schaefer Martins, DJe de 28.03.2011:

> AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA DE DIFERENÇA DE CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE RESERVA DE POUPANÇA EM PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA (FUSESC).
>
> PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 291 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INAPLICABILIDADE DA PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA.
>
> SENTENÇA QUE RECONHECERA A PRESCRIÇÃO QUINQUENAL A CONTAR DA DATA DA MIGRAÇÃO DE PLANO. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA NA SEGUNDA SEÇÃO DA CORTE SUPERIOR NO JULGAMENTO DO RESP 1111973/SP REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA NO SENTIDO DE QUE O TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL SERIA A DATA DA RESTITUIÇÃO A MENOR DAS CONTRIBUIÇÕES PESSOAIS DO PARTICIPANTE DO PLANO EM FORMA DE RESGATE OU INCLUÍDA NO CÁLCULO DE BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA COMPLEMENTAR. BENEFÍCIO COMPLEMENTAR RECEBIDO PELO AUTOR A PARTIR DE 03.10.2002. AÇÃO AJUIZADA EM 24.04.2008. LAPSO TEMPORAL TRANSCORRIDO. PRESCRIÇÃO LIMITADA ÀS PRESTAÇÕES QUE PRECEDEM O QUINQUÊNIO ANTERIOR AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. OBRIGAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. RECURSO PROVIDO. [...]
>
> Trecho do acórdão:
>
> O termo inicial de prescrição ocorreu somente na data em que o autor passou a receber de volta suas contribuições pessoais em valor inferior ao devido, incluídas no cálculo do benefício complementar recebido a partir de 03.10.2002, tendo em vista que foi desligado da patrocinadora em 02.10.2002 e requereu à fundação o pagamento de aposentadoria antecipada vitalícia (fls. 123/126).
>
> Todavia, verifica-se que a ação foi proposta somente em 24.04.2008 (fl. 02-verso), após transcorrido o prazo prescricional de 05 (cinco)

> anos da aposentadoria do autor, momento em que as contribuições por eles vertidas ao plano de previdência privada passaram a ser restituídas em valores menores que os devidos incluídas no benefício mensal de aposentadoria complementar.
>
> *Portanto, foram atingidas pela prescrição as parcelas que precedem os 05 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da ação.*
>
> *Isto porque as contribuições pessoais do participante do plano de previdência privada restituídas em valor menor que o devido na forma de benefício complementar caracterizam obrigação de trato sucessivo, de modo que a prescrição alcança apenas as prestações restituídas antes do quinquênio que precede o ajuizamento da ação e não o fundo de direito.*

Da simples leitura dos precedentes acima transcritos, constata-se que ambos adotaram posicionamentos diametralmente opostos sobre a prescrição da cobrança de correção monetária em plano de previdência privada.

Em análise da jurisprudência desta Corte, constata-se que a divergência ultrapassa as duas amostras acima referidas e atinge proporção de flagrante cisão das Câmaras de Direito Civil deste Tribunal de Justiça. Veja-se:

Seguindo o entendimento exposto na Apelação Cível n. 2010.026444-7, de relatoria da Desª. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, de que o prazo prescricional quinquenal conta-se a partir da concessão de benefício, encontram-se os seguintes precedentes, todos contemporâneos à instauração do presente incidente de uniformização: Apelação Cível n. 2011.023879-9, da Capital, relator Des. Odson Cardoso Filho, Quinta Câmara de Direito Civil, DJe de 07.10.2011 (embora afastada a prescrição do fundo do direito na hipótese, elege como parâmetro a sua contagem quinquenal a partir da aposentação); Apelação Cível n. 2009.053389-8, de Blumenau, relator Desa. Sônia Maria Schmitz, Quinta Câmara de Direito Civil, DJe de 20.09.2011.

Em contrapartida, na mesma época, as ponderações adotadas na Apelação Cível n. 2009.048811-5, da relatoria do Des. Nelson Schaefer

Martins, no sentido de que se traduz a obrigação como sendo de trato sucessivo e, por isso, a prescrição atingiria apenas os cinco anos que antecedem o ajuizamento da demanda, foram seguidas nos julgados: Apelação Cível n. 2008.068978-3, da Capital, relator Des. Victor Ferreira, Quarta Câmara de Direito Civil, DJe de 06.10.2011; Apelação Cível n. 2007.042547-8, da Capital, relator Des. Sérgio Izidoro Heil, Segunda Câmara de Direito Civil, DJe de 04.10.2011; Apelação Cível n. 2011.052281-6, da Capital, relator Des. Luiz Carlos Freyesleben, Segunda Câmara de Direito Civil, DJe de 11.08.2011.

Desse modo, evidente a divergência entre as Câmaras de Direito Civil em torno do início da contagem do prazo prescricional, a justificar a instauração do incidente de uniformização de jurisprudência, evitando-se contradições nos julgados sobre o mesmo tema e garantindo segurança jurídica aos jurisdicionados que esperam do Poder Judiciário uma resposta coerente e firme sobre as questões postas à sua apreciação, conforme bem ressaltado por Luiz Fux:

> [...] se é inquietante que o direito nacional seja aplicado diversamente entre os tribunais das unidades da federação, mais preocupante é essa diversidade dentro do mesmo órgão jurisdicional. O interesse público conspira em favor da unidade do direito.
>
> Destarte, é inegável a função popular da jurisdição, uma vez que, em nome do povo, essa parcela da soberania é exercida. Ora, não ressoa coerente que cidadãos residentes na mesma localidade e sujeitos à mesma ordem jurídica recebam tratamento diverso das fontes encarregadas da aplicação e interpretação das leis. Assim, a *uniformização* cumpre, obliquamente, a promessa constitucional de que "todos são iguais perante a lei", além de exercer notável papel pedagógico, em relação à primeira instância, devido à sua força informativa. (em *Curso de Direito Processual* Civil, V. I, 4. ed., Rio de Janeiro:Forense, 2008, p. 958).

No mesmo sentido, discorre sobre o tema Humberto Theodoro Júnior:

> Incidente de uniformização de jurisprudência. "A uniformização da jurisprudência não se destina à impugnação de uma decisão, mas é um meio de se atingir o ideal de segurança jurídica, muitas vezes frustrada pela divergência de julgados sobre uma mesma tese jurídica." (em *Código de Processo Civil Anotado*, 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 522).

Aclarada a necessidade de uniformização de entendimento sobre a possibilidade de revisão de benefício previdenciário, passa-se ao estudo da hipótese ensejadora da controvérsia.

Antes mesmo do debate da matéria aparentemente fulcral da dissonância jurisprudencial – se a prescrição quinquenal atinge somente as prestações, na medida em que se vencerem, ou fulmina o "fundo do direito", cumpre uma tentativa de aprofundamento dos conceitos operacionais envolvidos na compreensão do tema.

1. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Planos de Previdência Privada*

Muitos são os aspectos jurídicos que guardam pertinência à espécie dos autos.

O primeiro, de relevância indiscutível, diz respeito à incidência da legislação consumerista aos planos de previdência privada, dada a sua natureza de pacto securitário, conforme denota o artigo 3º, § 2º do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
>
> § 1° Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.
>
> § 2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

A subsunção à legislação protecionista revela particular influência nas discussões de grande repercussão social, destacadamente nas que, a exemplo da travada nos autos, a maior parte dos consumidores encontram-se na faixa etária em que se presume não apenas a hipossuficiência decorrente do desconhecimento técnico, mas uma verdadeira hipervulnerabilidade resultante do declínio do vigor físico e mental e, não raro, financeiro, que acompanha o processo de envelhecimento.

Nessa linha, extraem-se julgados do Superior Tribunal de Justiça:

1) Agravo Regimental no Agravo de instrumento n. 766447/RN, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 06.10.2010:

> PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. RESTITUIÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PESSOAIS. INTEGRALIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA DO SALDO DE POUPANÇA. ÍNDICES. RECOMPOSIÇÃO DA REAL DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA. SÚMULA 289/STJ. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICAÇÃO A ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA. CABIMENTO.
>
> 1. "Consoante entendimento pacificado do STJ, é devida a restituição integral das contribuições vertidas pelo ex-associado à entidade de previdência complementar, por ocasião de seu desligamento."
>
> 2. "A restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda (Súmula 289/STJ)."
>
> *3. "O CDC é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes." (Súmula 321/STJ).*
>
> 4. Agravo regimental desprovido. (sem grifo no original)

2) Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 723943 / MG, Min. Carlos Fernando Mathias, Quarta Turma, DJe 22.09.2008:

> PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA

> COMPLEMENTAR. APLICAÇÃO DO CDC. SÚMULA 83 DO STJ.
>
> *1. É pacífica a orientação desta Corte no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável tanto às entidades abertas quanto às fechadas de previdência complementar. Inafastável a incidência da Súmula 83 do STJ.*
>
> 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (sem grifo no original)

Estabelecido esse pressuposto básico, mister a ponderação sobre os conceitos de prescrição, prescrição do fundo do direito e decadência, aplicados à tese objeto do presente estudo.

2. *Prescrição, Prescrição do fundo do Direito e Decadência*

O fundamento tanto da prescrição quanto da decadência constitui-se na busca pela estabilização das relações jurídicas e, em última instância, na conquista da paz social.

Segundo Fernando Noronha, importa à correta submissão às hipóteses de decadência ou de prescrição, determinar-se a natureza do direito subjetivo em questão, sendo fundamental para o deslinde da celeuma, saber-se distinguir os *direitos subjetivos propriamente ditos* (ou chamados de *comuns*) dos classificados como *potestativos.* (*Direito da Obrigações*. V.1. São Paulo: Saraiva, 2003, p.54).

Quanto aos primeiros, caracterizam-se por possuir o sujeito ativo "*apenas uma pretensão, isto é, o poder de exigir de outras pessoas que adotem um determinado comportamento*." (Idem.Ibidem).

Nas palavras do citado autor:

> Portanto, pode-se dizer serem duas as características essenciais dos direitos subjetivos propriamente ditos: a exigibilidade de outrem e a realização de interesses privativos do titular. Eles são exigíveis de outrem, não são simplesmente (e diretamente) exercitáveis pelo titular e, por outro lado,têm como finalidade específica a satisfação de interesses do sujeito ativo. É por estas características que esses direitos subjetivos poderiam ser chamados de direitos-pretensões. (Op Cit, pp. 55/56).

> Por outro lado, são potestativos os direitos que permitam a uma pessoa, por simples manifestação unilateral de sua vontade (isto é, sem necessidade de concurso de qualquer outra pessoa), modificar ou extinguir uma relação jurídica preexistente, que é de seu interesse. As pessoas sujeitas a direitos deste tipo não têm propriamente uma obrigação, estão em posição puramente passiva, chamada de sujeição, ou estado de sujeição. (Op. Cit, pp.56/57).

Em resumo, nas palavras do autor:

> Os direitos subjetivos propriamente ditos, tendo por objeto uma prestação a ser realizada por outrem, são caracterizados pela sua exigibilidade: a prestação é exigida de outras pessoas. Já os direitos potestativos (os autônomos que são os únicos que aqui interessam) não são exigíveis, eles são imediatamente exercitáveis pelo titular, produzindo logo os efeitos a que tendem. *Porque os direitos subjetivos propriamente ditos têm que ser exigidos de outrem, a pretensão do titular à tutela judicial só pode surgir após o inadimplemento do devedor. Já no direito potestativo a pretensão nasce com o próprio direito.* (*Op. Cit*, p. 61) (sem grifo no original)

Percebe-se da comparação, que a decadência tem sua incidência sobre direitos potestativos, enquanto a prescrição refere-se aos direitos subjetivos comuns.

De outro vértice, contribui para a elucidação da diferença entre os institutos a classificação da ação que lhe é correlata, observada a tradicional divisão proposta por Chiovenda, tomando-se por base a natureza do pronunciamento judicial buscado:

> As ações de simples apreciação, que são aquelas pelas quais se torna certo um direito que é controvertido, e as de condenação, pelas quais se exige de outrem uma prestação, assim realizando um direito preexistente e não cumprido, têm na sua base direitos subjetivos propriamente ditos. Já nas ações constitutivas, que são aquelas pelas quais se constitui, modifica ou extingue um direito (....), faz-se puro e simples exercício de um direito potestativo. Ora, as ações constitutivas, e somente elas, podem estar sujeitas a prazos de decadência, o que se compreende, porque apenas elas têm na sua base um direito potestativo. (NORONHA, Fernando. Op. Cit., p. 62) (sem grifo no original)

O entrecruzamento do direito em si e da ação que lhe corresponde possibilita, na prática e na teoria, aferir se aquele nasce ou não simultaneamente a esta, ou, em outras palavras, "*se a ação constitui em si, o exercício do direito que lhe serve de fundamento, ou se tem por fim proteger um direito, cujo exercício é distinto do exercício da ação. No primeiro caso o prazo é extintivo do direito e o seu decurso produz a decadência; e no segundo caso o prazo é extintivo da ação e seu decurso produz a prescrição*" (LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da Prescrição e da Decadência - Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, p.110).

Ressalta Rizzardo que, concernente às ações de natureza constitutiva, "*apenas a decadência de direito pode haver, sempre que verificada a previsão legal. Extinto o direito, extingue-se, em decorrência, a ação constitutiva correspondente*". (*Parte Geral do Código Civil.* 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 569).

Feita essa breve digressão, pensa-se estar diante de situação em que são confundidas as hipóteses de decadência do direito e de prescrição das prestações dele decorrentes.

Explica-se.

Cumpridos os requisitos previstos pela lei e pela entidade de aposentadoria privada, é *direito potestativo* do participante receber o benefício correspondente, nos limites e valores conquistados. E mais, é *direito adquirido*.

Sob esse ponto de vista, a ação manejada para a revisão do benefício concedido em desacordo com os critérios preestabelecidos, afigura-se de *natureza constitutiva* (pois visa à modificação do valor do benefício em si), sujeitando-se, portanto, a *prazo decadencial*, que pode ser legal ou convencional.

Revisto o benefício, a pretensão de ver aplicadas às prestações pretéritas o novo cálculo, porque caracterizada como *direito subjetivo comum*

(pretensão de natureza condenatória), sujeita-se à *prescrição*, sempre decorrente de lei, e, no caso, expressamente regulado pela Lei Complementar 109/2001 como quinquenal, aplicada a cada parcela individualmente.

A propósito, extrai-se do referido texto legal:

> Art. 75. *Sem prejuízo do benefício*, prescreve em cinco anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes, na forma do Código Civil. (sem grifo no original).

Observa-se que a legislação regulamentadora do regime da Previdência Complementar, ao contrário da que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social - Lei 8.213/91, deixa de estabelecer prazo decadencial para a revisão do ato de concessão do benefício, regulando, tão somente, a prescrição sobre as parcelas passadas.

Para bem ilustrar, merece transcrição o dispositivo da Lei 8.213/91, cujo teor é esclarecedor em termos de fixação de prazos decadencial e prescricional, conforme a natureza do direito:

> Art. 103. *É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício,* a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.
>
> Parágrafo único. *Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social,* salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil. (sem grifo no original).

A partir do exemplo, consigna-se que, no contexto legal das entidades de previdência complementar, a *faculdade* de revisão do ato concessivo do benefício não se sujeita a prazo algum, limitando-se a sua repercussão prá-

tica, nos termos do citado art. 75 (LC n. 109/01), às prestações pretéritas ainda não alcançadas pela prescrição (quinquenal).

Recorre-se, novamente, aos ensinamentos de Câmara Leal para sedimentar a distinção entre decadência e prescrição:

> *O direito é uma faculdade de agir atribuída a um titular,* ao passo que *ação é um meio judicial de proteção a essa faculdade, quando ameaçada ou violada. Se o prazo que se estabelece se refere à faculdade de agir, subordinando-a à condição de exercício dentro de determinado lapso de tempo, esse prazo é de decadência; mas se o prazo se estabelece para o exercício da ação, uma vez ofendido o direito, esse prazo é de prescrição*. A decadência impede que o direito, até então existente em potência, passe a existir em ato; e a prescrição, ao invés, supõe a existência do direito em ato, mas contra a qual surge um obstáculo superveniente, que a ação tem por fim remover, para reintegrá-lo nessa existência. (*Op. Cit.*, p. 106) (sem grifo no original).

O que se entende estar ocorrendo, muito provavelmente pela ausência de previsão legal ou contratual de decadência do direito de rever a concessão do benefício nos planos de aposentadoria complementar, é uma indevida aplicação da previsão expressa de prescrição à hipótese manifestamente afeta à decadência, resultado direto da noção, introduzida na matéria, de "*prescrição do fundo do direito*".

Por esse viés, há precedentes que defendem ter ocorrido a prescrição do direito à revisão da concessão do benefício previdenciário, considerando-se, para tanto, o prazo de cinco anos contados da data da efetiva concessão, de modo a fulminar o próprio "fundo do direito" (ou seja, o direito em si), no exato sentido pelo qual se entende tratar a espécie de decadência.

A título de aprofundamento da temática, este relator buscou as origens históricas da terminologia "prescrição do fundo do direito", a fim de confrontá-la com os conceitos legais de decadência e prescrição.

Tem-se, então, que tal categoria fora formulada pela jurisprudência pátria nas hipóteses em que figurava a Fazenda Pública em juízo, a partir do balizamento legal fornecido pelo Decreto 20.910/32, que dispunha:

> Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios**,** *bem_assim todo e qualquer direito* ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal*, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem*.
>
> Art. 3º Quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos**,** *a prescrição atingirá progressivamente as prestações à medida que completarem os prazos estabelecidos pelo presente decreto*. (sem grifo no original)

Evidencia-se da leitura dos dispositivos, que referida legislação tratou de prescrição e decadência sob o mesmo enfoque, dispensando-lhes igual *prazo prescricional,* razão pela qual os precedentes que lhe seguiram viram-se compelidos a, de alguma forma, diferenciar as hipóteses de verdadeira prescrição, das que, na verdade, seriam de decadência.

Nasceu, assim, a teoria da *prescrição do fundo do direito* (verdadeira decadência) que, de qualquer modo, encontra previsão expressa no dispositivo legal, devendo, portanto, limitar-se às hipóteses relativas à Fazenda Pública.

Cahali, na tentativa de elucidar o que vem a ser a prescrição do fundo do direito e prescrição, propriamente dita, nos termos do mencionado Decreto, aduz que os conceitos enunciados no artigo primeiro definem as hipóteses de prescrição do fundo do direito, porque envolvem os *direitos originantes* [potestativos?], ao passo que o enunciado no artigo terceiro refere-se à prescrição das prestações vencidas, pura e simplesmente, haja vista tratar-se de *direitos originados* [subjetivos comuns?].(*Op. Cit*, p.305).

De qualquer forma, deve-se refletir acerca do cabimento da apropriação desse conceito, transbordando a esfera jurídica para a qual fora forjado, para reconhecer, em casos como o discutido no presente incidente, a prescrição quinquenal de um direito para o qual nem a lei, tampouco

o ajuste entre as partes, prevê a decadência ou mesmo a prescrição, uma vez que o dispositivo legal refere-se, particularizadamente, à prescrição das parcelas vencidas.

Em resumo, caso considerada a hipótese da revisão do ato de concessão do benefício como espécie sujeita à decadência, quer por se tratar de direito potestativo, quer por se perseguir provimento judicial constitutivo (modificativo do direito), na inexistência de previsão expressa de prazo, seja legal seja contratual, dever-se-á considerar tal faculdade exercitável a qualquer momento.

Isso porque ainda que sobrevenha lei posterior fixando prazo extintivo ao exercício dessa faculdade, sua aplicação não poderá dar-se retroativamente, fulminando direito potestativo, sob pena de afrontar direito adquirido.

Nas ponderações de Humberto Theodoro Júnior:

> Não pode a lei, nova em princípio, retirar a ação que integra o direito potestativo, nem reduzir-lhe o prazo, porque isso implicaria afrontar o direito adquirido. 'Ação judicial para fazer valer um direito já adquirido constitui, por sua vez, direito adquirido (o direito de acionar); porquanto semelhantes remédios processuais enumeram-se entre as consequências do direito adquirido; não são faculdades da lei, nem a essas se equiparam'.
>
> (...)
>
> Somente situações excepcionalíssimas, caracterizadas não apenas pelo interesse de ordem pública, mas pela nova sistemática de repressão às condutas imorais e completamente incompatíveis com a nova ordem jurídica, é que podem conduzir o legislador a impedir os efeitos ainda não produzidos pelo direito potestativo sejam vedados ou reduzidos na lei nova.
>
> Essa eficácia jamais poderá afetar os efeitos já produzidos antes da vigência da lei inovadora e dependerá de expressa declaração do legislador. (In.: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Comentários ao Novo*

Código Civil. V III, Tomo II. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp.426/427).

No entanto, como as repercussões patrimoniais do reconhecimento de tal direito (benefício suplementar de aposentadoria) dão-se de forma diferida no tempo (prestações continuadas de trato sucessivo), uma vez modificado o parâmetro inicial de sua concessão, a incidência do novo valor encontrará na prescrição quinquenal a sua limitação temporal, devendo, pois, influenciar apenas as prestações pretéritas por esta não fulminadas.

3. Da prescrição quinquenal – prestação continuada de trato sucessivo

Estabelecidos os pressupostos jurídicos do incidente, notadamente após diferenciados os institutos da decadência e da prescrição, passa-se à análise desta última, no que concerne à pretensão da incidência de novo valor sobre as prestações pagas a menor, após a revisão do cálculo da renda mensal inicial, concedida em desconformidade com o direito adquirido do participante/consumidor.

Ainda que se defenda que o direito à revisão do ato de concessão do benefício (direito potestativo), por total ausência de previsão expressa, não se sujeita à limitação temporal (decadência), seus efeitos práticos, ou seja, a pretensão de cobrança da diferença sobre as parcelas pagas em ofensa ao novo paradigma, no entanto, submetem-se à prescrição quinquenal.

Rememorando as considerações previamente tecidas, é de prescrição o prazo para reclamar pretensão nascida com o inadimplemento do devedor.

Pois bem.

No caso emblemático do presente estudo, vê-se que essa violação, esse inadimplemento, acontece de forma continuada, justamente por dizer respeito a uma obrigação que se cumpre por prestações periódicas e autônomas, sendo que "*cada uma delas se sujeita à prescrição, de tal forma que o perecimento do direito sobre as mais remotas não prejudica a percepção das*

mais recentes." (CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e Decadência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.37).

Nesse rumo seguem os precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

1) Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1316357/RS, relator Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe de 03.08.2012:

> AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. OFENSA AO ART. 6º DA LICC. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. SÚMULA 291, 427/STJ. FONTE DE CUSTEIO. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282, 356/STF. TRANSAÇÃO. SÚMULAS 5, 7/STJ. CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO.
>
> 1.- Esta Corte Superior entende que não cabe analisar princípios contidos na Lei de Introdução do Código Civil (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada), por estarem revestidos de carga eminentemente constitucional.
>
> 2.- *Embora se reconheça a prescrição quinquenal das prestações previdenciárias, tratando-se de parcela de trato sucessivo, não atinge o fundo de direito*. Aplica-se as Súmulas 291, 427/STJ.
>
> 3.- A convicção a que chegou o Tribunal a quo quanto à ocorrência da transação decorreu da análise do conjunto probatório e o acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame do mencionado suporte. Incide nesse ponto as Súmulas STJ/5 e 7.
>
> 4.- Os dispositivos apontados como violados, quanto à inexistência de fonte de custeio, não foram objeto de debate no Acórdão recorrido, tampouco foram interpostos Embargos de Declaração para suprir eventual omissão, de modo que, ausente está o necessário prequestionamento, incidem as Súmulas STF/282 e 356.
>
> 5.- O imposto de renda incidente sobre rendimentos pagos acumuladamente deve ser calculado com base nas tabelas e alíquotas das épocas próprias a que se referem tais rendimentos, ou seja, a retenção na fonte deve observar a renda que teria sido auferida mês a mês pelo contribuinte se não fosse o erro da administração, e não no rendimento total acumulado recebido em virtude de decisão judicial

> (REsp 899.576/SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.3.2007, DJ de 22.3.2007, p. 332).
>
> 6.- Agravo Regimental improvido. (sem grifo no original)

2) Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios nos Embargos Declaratórios no Recurso Especial n. 1279716/SC, relator Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe de 09.05.2012:

> AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO.
>
> 1. *O pagamento de complementação de aposentadoria é obrigação de trato sucessivo, sujeita, pois, à prescrição quinquenal que alcança somente as parcelas vencidas antes do ajuizamento da ação e não o próprio fundo de direito.* Precedentes desta Corte.
>
> 2. Agravo Regimental improvido. (sem grifo no original)

3) Agravo regimental no Recurso Especial 940847/SC, relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 03.11.2011:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. AFASTAMENTO DA MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. *COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA PRIVADA. FUNCEF. PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL*. PARIDADE DE BENEFÍCIOS. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.
>
> (...)
>
> 3. *O pagamento de complementação de aposentadoria é obrigação de trato sucessivo, sujeita, pois, à prescrição quinquenal que alcança somente as parcelas vencidas antes do ajuizamento da ação e não o próprio fundo de direito. Precedentes desta Corte.*
>
> 5. Agravo regimental não provido. (sem grifo no original)

Em conclusão, entende-se que a aplicação do prazo prescricional de cinco anos, expressamente previsto na Lei Complementar regulamentadora dos Planos de Previdência Privada, refere-se, exclusivamente, à pretensão de cobrança da diferença entre o que foi pago e o que era devido ao beneficiário (parcelas pretéritas), não podendo atingir o "fundo do direito", este sujeito à hipótese de decadência, todavia não regulada por lei ou contrato.

Entender-se de forma contrária, ou seja, aplicar a previsão expressa de prescrição à pretensão de cobrança ao próprio direito de receber o benefício integral, afronta, dentre outros princípios, os instituídos pela legislação consumerista, parâmetro das relações em debate, ferindo, em última instância, o próprio fundamento que subjaz à existência dos institutos jurídicos da prescrição e da decadência, que se traduz na busca pela paz e pelo equilíbrio na sociedade.

Assim, conhece-se do pedido de uniformização de jurisprudência para firmar o entendimento de que *se sujeita à prescrição quinquenal as parcelas pretéritas e não o direito à revisão do ato concessivo do benefício previdenciário, matéria atinente à hipótese de decadência.*

Esse é o voto.

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

Divirjo da douta maioria pelos fundamentos que seguem:

1. Jaime João Mafra ingressou com "ação de revisão de benefício previdenciário" contra Fundação Sistel de Seguridade Social.

Alegou que a ré, ao conceder o seu benefício, "calculou de forma incorreta a renda mensal inicial, violando disposição do Regulamento do Plano de Benefícios que assegurava a correção monetária dos salários-de-participação".

Pediu o recálculo do seu benefício e o pagamento dos atrasados.

Julgado procedente o pedido e interposta apelação pela ré, a Sexta Câmara de Direito Civil, em voto da lavra do e. Desembargador Ronei Danielli, suspendeu o julgamento do recurso e acolheu a instauração do incidente de uniformização de jurisprudência.

Iniciado o julgamento do incidente, pedi vista dos autos para analisar mais detidamente a proposta de Súmula apresentada pelo e. Relator, assim redigida: "*Sujeitam-se à prescrição quinquenal, na forma prevista pela Lei regulamentadora, apenas as parcelas pretéritas, e não o direito à revisão do benefício previdenciário, matéria atinente à hipótese de decadência*".

2. Pois bem, antes de ir ao mérito da controvérsia, quero registrar as minhas sinceras homenagens ao e. Desembargador Ronei Danielli, não apenas em função de seu alentado voto, em que procurou diferenciar, a partir de critério científico, os casos de prescrição dos outros de decadência, mas também pela iniciativa de unificar a interpretação que as Câmaras Cíveis conferem a tema de invulgar importância e que impacta inúmeras ações que aportam a esta Corte.

Como destacou Piero Calamandrei em sua obra "Eles, os Juízes, vistos por um Advogado", não é razoável que as partes recebam decisões díspares de um mesmo Tribunal apenas em função do órgão fracionário em que distribuída a causa.

Submetidas à mesma *questão de fato e de direito*, é salutar que as Câmaras de Direito Civil desta Corte falem a mesma língua e ofereçam resposta uniforme aos jurisdicionados.

Eis a magna função do incidente de uniformização de jurisprudência, que milita em prol da valorização dos precedentes, da segurança jurídica e da racionalização da prestação jurisdicional (cf: TJSC – ACv 2006.046244-2, minha relatoria).

3. Uma vez fixada a tese prevalente na Corte, a parte que pretender livrar-se de seu alcance deverá manejar a técnica do 'distinguish', mediante a qual procurará demonstrar que, a despeito de o caso concreto subsumir-se no *âmbito normativo da súmula*, os fatos relevantes (*material facts*) e a lógica da decisão precedente não lhe são aplicáveis (cf: TJSC – AI 2007.017359-3, minha relatoria).

Daí a necessidade de que o incidente de uniformização seja processado a partir de decisões que apresentem solução jurídica diversa, apesar da *identidade do suporte fático que as iguala*.

Pois é justamente essa identidade, penso, que não existe na espécie.

Inicialmente, cabe uma indagação: por que motivo se pede a "revisão" de aposentadoria?

As hipóteses, frequentes na rotina desta Corte, são as mais variadas: (I) alega-se que a entidade aplicou um estatuto ao invés de outro (TJSC - ACv 2011.007880-1, Rel. Des. Stanley da Silva Braga, na qual se reconheceu a prescrição do fundo de direito); (II) ou que, aplicando embora o estatuto correto, violou ou negou vigência a essa ou aquela cláusula (TJSC

– ACv 2008.037820-6, Rel. Desa. Denise Volpato, na qual se reconheceu a prescrição do fundo de direito); (III) ou ainda porque, aplicando o estatuto correto, fez incidir cláusula nele inserida que se alega agressiva a algum postulado constitucional (TJSC – ACv 2008.006050-5, Rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, na qual foi reconhecida a prescrição parcial) ou legal (TJSC – ACv 2009.007500-4, Rel. Des. Stanley da Silva Braga, na qual foi reconhecida a prescrição do fundo do direito); (IV) ou ainda porque o beneficio foi apurado a partir de uma base de cálculo defasada em virtude da não inclusão (pela empregadora) de uma rubrica salarial ou uma vantagem qualquer (e.g., horas extras), cujo reconhecimento demanda o ajuizamento, em muitos casos, até de ação trabalhista contra a patrocinadora (TJSC – ACv 2010.038466-0, Rel. Des. Fernando Carioni, na qual foi reconhecida a prescrição parcial); (V) ou ainda porque a entidade, sonegando valores referentes a expurgos, como que amesquinhou um pedaço da base de cálculo sob a qual o benefício foi calculado (TJSC – ACv 2012.087918-9, Rel. Des. Saul Steil, na qual foi reconhecida a prescrição do fundo do direito); (VI) ou mesmo porque, por divergência interpretativa, a entidade deixou de incluir na conta do salário de contribuição um aspecto salarial da renda do trabalhador (que ele vem percebendo normalmente) por enquadrá-lo como indenizatório (TJSC – ACv 2012.053910-6, minha relatoria, na qual não foi reconhecida a prescrição do fundo do direito tendo em vista o ajuizamento da ação no prazo de cinco anos da implantação do benefício).

Convém assinalar, desde logo, que esses casos não revelam uma ação revisional pura.

Via de regra, essas assim denominadas "ações revisionais" são cumuladas com uma pretensão *condenatória* que busca obrigar a entidade a reconhecer algum direito em favor do participante e assim efetuar esse ou aquele pagamento para, somente a partir daí, investigar a repercussão financeira no cômputo do benefício.

E o que tradicionalmente se denomina de 'fundo de direito' é justamente esse aspecto condenatório que na grande maioria das vezes aparece como um prius em relação ao pedido de revisão.

Por todos, cito o entendimento exposto pelo Ministro Moreira Alves no RE 110419, relator o Ministro Octávio Gallotti:

> Fundo do direito é expressão utilizada para significar o direito de ser funcionário (situação jurídica fundamental) ou os direitos a modificações que se admitem com relação a essa situação jurídica fundamental, como reclassificações, reenquadramentos, direito a adicionais por tempo de serviço, direito à gratificação por prestações de serviços de natureza especial, etc. A pretensão ao fundo do direito prescreve, em direito administrativo, em cinco anos a partir da data da violação dele, pelo seu não reconhecimento inequívoco. Já o direito a perceber as vantagens pecuniárias decorrentes dessas situação jurídica fundamental ou de suas modificações ulteriores é mera consequência daquele, e sua pretensão, que diz respeito a quantum, renasce cada vez em que este é devido (dia a dia, mês a mês, ano a ano, conforme a periocidade em que é devido seu pagamento), e, por isso, se restringe às prestações vencidas há mais de cinco anos [...].

Prescreve o fundo de direito em casos tais não porque o direito abstrato de revisar não mais existe, mas sim porque o fundamento material desse pleito de revisão foi alcançado pela prescrição.

Cito da jurisprudência do STJ:

> ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. EX-CELETISTA. REVISÃO DE APOSENTADORIA. INCLUSÃO DO TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE INSALUBRE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO AO FUNDO DE DIREITO. OCORRÊNCIA.
>
> A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece a prescrição da pretensão ao fundo de direito nas ações em que se visa rever ato de aposentadoria de servidor público para inclusão do tempo de serviço insalubre, quando decorridos, como no caso, mais de cinco anos entre o ato de concessão e o ajuizamento da ação.
>
> Agravo regimental improvido (STJ - AgRg no REsp 1174989, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, sem destaque no original).

Essa distinção está, penso, na origem da Súmula 327 editada pelo TST, assim redigida: "A pretensão a diferenças de complementação de aposentadoria sujeita-se à prescrição parcial e quinquenal, salvo se o pretenso direito decorrer de verbas não recebidas no curso da relação de emprego e já alcançadas pela prescrição, à época da propositura da ação".

Feitas essas considerações, convém assinalar que duas foram as decisões selecionadas pelo acórdão que admitiu o incidente de uniformização.

Na primeira, de minha lavra (ACv 2010.026444-7), pedia-se o recálculo da renda mensal inicial de um participante de previdência privada porque o suplemento "teria sido mal calculado já na origem, por não representar a diferença de 100% do valor do salário real de benefício e o valor da aposentadoria por tempo de serviço concedida pelo INSS, *como previsto no plano vigente quando do ingresso no plano*".

Como se vê, nesse precedente pediu-se a revisão porque a entidade de previdência teria aplicado um estatuto diverso do pretendido pelo acionante. Pretendia-se, então, a condenação da entidade previdenciária à observância do estatuto correto para, posteriormente, obter-se a revisão do benefício.

O acórdão contrastante, por seu turno, da boa lavra do e. Desembargador Nelson Schaefer Martins (ACv 2009.048811-5), trata de matéria diversa, por cuidar da temática relacionada aos expurgos inflacionários no ambiente da migração ao plano Multifuturo I da Fusesc.

No precedente relatado pelo Desembargador Schaefer, antes do pedido de revisão existe um pedido nitidamente condenatório; pede-se que o Poder judiciário condene a entidade previdenciária ao pagamento de "expurgos" para que, em passo adiante, à guisa de revisão, seja dimensionado o impacto que a inclusão de tais e quais índices implicará no benefício.

Por isso está dito na fundamentação desse aresto que o "autor formulou *pedido de condenação* da demandada ao *pagamento* das diferenças entre os índices aplicados e os efetivamente devidos a título de correção monetária sobre os depósitos em reserva de poupança em seus planos de previdência privada, incluídas suas contribuições pessoais e as contribuições patronais, observados os expurgos inflacionários e com acréscimo de juros de mora de 1% a contar da citação" (sem destaque no original).

Em pleitos revisionais puros, tem-se um pedido (des)constitutivo (revisional) normalmente seguido de um condenatório (pagamento dos atrasados, isto é, da diferença entre o benefício implantado e o que deveria ter sido implantado).

Nos demais, de que é exemplo o caso julgado pelo e. Desembargador Nelson Schaefer Martins, existe um pedido condenatório seguido de um revisional.

Em casos tais - de prescrição quando da migração de plano - a Terceira Câmara tem afirmado, pela unanimidade de seus membros, que o "fundo do direito está prescrito", não porque o *direito potestativo* de revisar o ato inicial do benefício tenha desaparecido, mas sim porque a ação (de direito material, ou a pretensão, para ficar com o dicção do CC/02) para a cobrança do tal "fundo do direito" (*aqui entendido como os valores relativos aos expurgos*) prescreveu num prazo de cinco anos a contar do ato de migração, quando o participante já reunia *condições jurídicas* de detectar a contabilização a menor de suas contribuições. Aqui se entende que o recebimento desses valores deu-se em momento único e que, por isso, se aplica, por analogia, o regramento da prescrição relativa ao resgate (cf: TJSC – ACv 2012.080898-4, minha relatoria).

É verdade que esse entendimento pode ser refutado, e há notícia mesmo de que decisões do STJ (embora sem enfrentar o tema diretamente e se valendo de modelos a meu ver inaplicáveis à espécie) têm reformado as

decisões da Terceira Câmara que caminham nesse sentido (cf: TJSC - ACv 2008.031893-2, Rel. Des. Saul Steil); mas parece claro que esses casos de prescrição em ambiente de migração de um plano a outro não justificam a uniformização de jurisprudência com pleitos revisionais, tão distante se apresenta uma questão da outra. Em vão será procurar nessas decisões qualquer discussão sobre saber se a pretensão é potestativa ou condenatória, ou mesmo se a dogmática da extinção do direito pelo decurso do tempo deve ser presidida pelas regras aplicáveis à decadência ou à prescrição.

Tamanha é a diversidade entre os acórdãos em destaque que nessas hipóteses de migração existem casos limites em que o participante vai a juízo quando ainda pertence aos quadros da empregadora e nem sequer recebe benefício, situação em que avulta a inexistência de pleito revisional, já que inexistente também benefício a revisar.

Por outro lado, vale assinalar que o exame dos outros precedentes citados no corpo do acórdão permissivo da uniformização não deixa de causar certa espécie.

No grupo dos que entendem que em ação revisional prescreve o fundo do direito, foi perfilado ao lado do precedente de minha relatoria um aresto da lavra do e. Desembargador Henry Petry Junior (ACv 2011.063999-1) em que se analisava, entre outras matérias, preliminar de prescrição no ambiente da migração de um participante a plano de contribuição definida.

Porém, esse precedente dispõe expressamente em sua fundamentação que "*na hipótese não está se tratando de revisão do ato de benefício previdenciário*", por isso que, com as vênias de estilo, nunca poderia ter sido selecionado para demonstrar a divergência sobre a matéria de que se cogita nestes autos.

Como se vê, a diversidade dos suportes fáticos que estão à base de todos os precedentes aqui indicados impede a emissão de uma súmula

que pretenda apanhar e conferir um sentido jurídico unívoco a realidades tão distintas.

Isso posto, preliminarmente, não reconheço a divergência e, pelo meu voto, encaminho os autos à Câmara respectiva para que julgue o recurso como entender de direito.

4. Outro o entendimento, reafirmo o voto que proferi nos autos da ACv 2010.026444-7.

Para o e. Relator, existe uma fórmula científica, um critério dogmático absoluto, serviente à distinção dos casos de prescrição dos de decadência.

Esse critério, que seria encontradiço na obra de Fernando Noronha, na linha da fundamentação do voto proferido por Sua Excelência, na verdade provem de estudo publicado por Agnelo Amorim Filho na Revista dos Tribunais n. 300, de outubro de 1960, e republicado em 2009 em "edição histórica" dessa mesma revista.

Em apertada síntese, segundo Agnelo Amorim Filho, apenas as ações condenatórias, veiculando o direito de uma parte de exigir da outra a realização de prestação obrigacional (direito subjetivo), sujeitam-se aos prazos prescricionais.

As ações (des)constitutivas, em visando não a compelição da parte adversa a satisfazer uma prestação, mas o exercício da prerrogativa de alteração, extinção ou modificação de uma relação jurídica (direito potestativo, em regra), submetem-se aos prazos decadenciais. (Agnelo Amorim Filho. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. RT/2009, ps. 471/496).

Pois bem.

Apesar dos predicados que possui, da excelência e da coerência de sua fundamentação, penso que esse modo de arrumar a matéria não pode ser

sublevado à regra absoluta em tema de prescrição e decadência, até porque a doutrina apregoada por Agnelo Amorim Filho não foi incorporada pelo direito positivo pátrio sem ressalvas, como se observa da própria exposição de motivos do atual Código Civil:

> [...].
>
> Menção à parte merece o tratamento dado aos problemas da prescrição e decadência, que, anos a fio, a doutrina e a jurisprudência tentaram em vão distinguir, sendo adotadas, às vezes, num mesmo Tribunal, teses conflitantes, com grave dano para a Justiça e assombro das partes.
>
> Prescrição e decadência não se extremam segundo rigorosos critérios lógico formais, *dependendo sua distinção, não raro, de motivos de conveniência e utilidade social,* reconhecidos pela Política legislativa.
>
> Para por cobro a uma situação deveras desconcertante, optou a Comissão por uma fórmula que espanca quaisquer dúvidas. Prazos de prescrição, no sistema do Projeto, passam a ser, apenas e exclusivamente, os taxativamente discriminados na Parte Geral, Título IV, Capítulo I, sendo de decadência todos os demais, estabelecidos, em cada caso, isto é, como complemento de cada artigo que rege a matéria, tanto na Parte Geral como na Especial.

Noutro texto, tratando do princípio da operabilidade, Miguel Reali se manifestou de forma expressiva sobre a artificialidade dos diversos teoremas que pretendem distinguir a prescrição da decadência:

> O terceiro princípio que norteou a feitura deste nosso Projeto – e vamos nos limitar a apenas três, não por um vício de amar o trino, mas porque não há tempo para tratar de outros, que estão de certa maneira implícitos nos que estou analisando – o terceiro princípio é o "princípio da operabilidade". Ou seja, toda vez que tivemos de examinar uma norma jurídica, e havia divergência de caráter teórico sobre a natureza dessa norma ou sobre a convivência de ser enunciada de uma forma ou de outra, pensamos no ensinamento de Jhering, que diz que é da essência do Direito a sua realizabilidade: o Direito é feito para ser executado; Direito que não se executa – já dizia Jhering na sua imaginação criadora – é como chama que não aquece, luz que não ilumina, O Direito é feito para ser realizado; é para ser operado. Porque, no fundo, o que é que nós somos – nós advogados? Somos operadores do direito:

> operamos o Código e as leis, para fazer uma petição inicial, e levamos o resultado de nossa operação ao juiz, que verifica a legitimidade, a certeza, a procedência ou não da nossa operação – o juiz também é um operador do Direito; e a sentença é uma renovação da operação do advogado, segundo o critério de quem julga. Então, é indispensável que a norma tenha operabilidade, a fim de evitar uma série de equívocos e de dificuldades, que hoje entravam a vida do Código Civil. *Darei apenas um exemplo. Quem é que, no Direito Civil brasileiro ou estrangeiro, até hoje, soube fazer uma distinção nítida e fora de dúvida, entre prescrição e decadência? Há as teorias mais cerebrinas e bizantinas para se distinguir uma coisa de outra.* Devido a esse contraste de idéias, assisti, uma vez, perplexo, num mesmo mês, a um Tribunal de São Paulo negar uma apelação interposta por mim e outros advogados, porque entendia que o nosso direito estava extinto por força de decadência; e, poucas semanas depois, ganhávamos, numa outra Câmara, por entender-se que o prazo era de prescrição, que havia sido interrompido! Por isso, o homem comum olha o Tribunal e fica perplexo. Ora, quisemos pôr um termo a essa perplexidade, de maneira prática, porque o simples é o sinal da verdade, e não o bizantino e o complicado (sem destaque no original) (Visão Geral do Projeto de Código Civil in http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.Htm, acesso em 18/12/2012).

Como se vê, longe de quebrar lanças por esse ou aquele critério dogmático (ou científico) (até porque em muitos casos constitui missão inglória distinguir matematicamente direitos potestativos de pretensões condenatórias), o direito positivo (e também a jurisprudência) pretende separar prazos de prescrição dos de decadência sobretudo a partir "de motivos de conveniência e utilidade social".

Aliás, retornando à doutrina proposta por Agnelo Amorim Filho, é conveniente destacar que esse notável jurista abriu um capítulo em sua obra para tratar de "casos especiais" em que pretensões condenatórias e direitos potestativos se confundem; e, ao fazê-lo, deixando de lado qualquer nota de cientificidade, resolveu a intrincada questão a que se propôs por meio de critério de pura conveniência, de justiça do caso concreto e de "prevalência do interesse público" (cf: op. cit. p. 485).

O magistério de Agnelo Amorim Filho é brilhante e muito contribuiu para a evolução do estudo sobre a matéria. Não é a toa que mereceu mais de uma publicação na prestigiada Revista dos Tribunais.

Porém, para além de não ter sido acolhida pelo CC/02, não deixa de causar certo desalento que um texto intitulado de "critério científico para distinguir a prescrição da decadência" se veja obrigado, mais a frente, a solucionar a tal distinção por meio de critérios de justiça, os quais, nos mais das vezes, se distanciam de qualquer solução esquemática ou pré concebida em arquétipos fechados de pura lógica.

Nesses termos, não me parece conveniente que, em casos como o presente, nos quais pretensões condenatórias se misturam e se imiscuem com pretensões revisionais, o magistrado se coloque à frente da questão jurídica qual um cientista, pesando e medindo em seu laboratório, e se valha de uma premissa dita científica para, a partir dela, prender-se a conclusões tão lógicas quanto artificiais, desprezando até mesmo a tradição da jurisprudência que sempre acolheu a chamada "prescrição do fundo do direito".

Portanto, nessas ações "revisionais", que de revisionais têm muito pouco, quando não apenas o nome, pois o que nelas avulta é o sentido condenatório do pedido, não se deve afastar toda a construção e a tradição erigida em torno da prescrição do chamado "fundo do direito", sob pena de desestabilizar suplementações de aposentadorias cuja renda mensal inicial foram calculadas em épocas pretéritas, às vezes em lapso temporal que atravessa uma década (cf: TJSC – ACv 2011.033127-7, minha relatoria), para surpreender os mais diversos planos de previdência e abalar as suas reservas financeiras e atuariais, em prejuízo da totalidade dos participantes.

Sobre a importância das reservas atuariais e financeiras dos planos de previdência, considero pertinente ressaltar a seguinte passagem do voto proferido pelo Ministro João Otávio Noronha na MC 16.197/RS:

> Diante disso, consideradas as peculiaridades do caso concreto, tenho que restou demonstrado o preenchimento dos requisitos autorizadores do deferimento da medida cautelar em razão da plausibilidade da tese que alicerça o pedido inicial, vazada na premissa de que, em se tratando de entidade de previdência privada, a revisão dos valores das pensões a serem pagas deve ser precedida de perícia técnica, a ser realizada com base em cálculos atuariais.
>
> Não é demais destacar que eventual desequilíbrio atuarial significará prejuízo para todos os participantes do plano de previdência privada, tendo em vista que os custos e os benefícios são mantidos pelas contribuições feitas pelos próprios participantes.
>
> Portanto, é de suma importância que seja realizada a perícia técnica-atuarial para permitir que se decida de forma coerente com a projeção atuarial existente no plano de previdência e não se chegue a decisões que levem, a bem da verdade, a vitórias de pirro. Isso porque, havendo o desequilíbrio atuarial, a conseqüência lógica, sem sombra de dúvida, pode ser a insolvência do plano de previdência e, por conseguinte, a extinção da fonte de renda que hoje é representada pelo referido plano.

Na hipótese *sub judice*, a prescrição não apanha o direito de percepção do benefício em si, nem, e isto é o mais importante, se pretende uma revisão pura; o que prescreve é a pretensão, *de cunho condenatório*, de recebê-lo (o benefício) com base na inteligência posta na petição inicial e na interpretação que essa peça deu ao modo como deva ser quantificada a renda mensal inicial, em oposição ao sistema implantado pela fundação previdenciária e ao regramento por ela observado nessa operação.

Disso também resulta, penso, que mesmo a adoção deliberada da doutrina de Agnelo Amorim Filho não impõe a conclusão alcançada pelo voto do e. Relator, precisamente porque essas chamadas "ações revisionais" não têm em sua base puros direitos potestativos em relação aos quais sempre e sempre se deva cogitar de decadência e não de prescrição.

O que nelas avulta, vale repetir, é a pretensão de condenar a entidade previdenciária a se submeter a um tipo de regulamentação que ela inobservou quando da contabilização primeira do suplemento a ser pago.

A revisão, aí, e o direito potestativo que a materializa, não deixa de ser um aspecto secundário e consequente do pedido condenatório, sem o qual aquela não sobrevive, nem apresenta utilidade prática.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (apesar de contraditório no seu "dispositivo"), foi direto ao ponto nos relevantes fundamentos que apresentou a esta Corte:

> [...].
>
> O ato originário da relação jurídica envolve questões concernentes às condições de concessão do benefício – plano, reajuste, fórmula do cálculo, pagamento das prestações, entre outras -, todas elas possuindo relação com o fundo de direito e que, por isso, depois de cinco anos, não podem mais ser alteradas, porque a pretensão nesses moldes é fulminada pela prescrição. Isso gera certeza às partes quanto às condições do negócio, ou, melhor dizendo, sobre o benefício que será concedido.
>
> Desse ato originário de concessão do benefício surge para a entidade de previdência privada a obrigação periódica e sucessiva de pagar as prestações, tendo conhecimento desde então que o valor da renda mensal inicial, o qual se presume tenha sido corretamente calculado, deverá ser satisfeito naquele montante, respeitadas as regras de reajustes posteriores, até o termo final da vigência do contrato.
>
> Nesses termos, *se o beneficiário visa apenas à revisão do cálculo da renda mensal inicial, entendendo ter havido erro ou equívoco na apuração dos valores, sem que isso implique modificação das fórmulas ou condições originárias de concessão do benefício*, nada mais razoável que a prescrição alcance tão somente a pretensão de cobrança das parcelas que se venceram nos cinco anos precedentes ao ajuizamento da ação, ficando intacto o pedido de revisão, já que se trata de uma relação jurídica de trato sucessivo e o novo montante apurado passará a ser satisfeito dali em diante como já deveria estar sendo cumprido desde o início da obrigação.
>
> O direito de perceber o valor decorrente da aposentadoria privada é mera consequência do ato que concedeu o benefício, de modo que a pretensão de revisão desse valor renasce cada vez em que a prestação é satisfeita em valor inferior ao devido e a prescrição, por isso, restringe-

> se às prestações vencidas anteriormente aos cinco anos que precedem o ajuizamento da ação.
>
> [...].
>
> *Parece correto, também, que se a pretensão deduzida, embora de revisão do valor da renda mensal inicial, questionar a fórmula aplicável para o cálculo do montante do benefício ou a própria regulamentação aplicável ao caso, aí a prescrição alcança o fundo de direito, porquanto já não se estará pugnando pelo mero refazimento da operação matemática nos moldes em que deveria ser realizada, mas pela modificação das condições em que o benefício foi concedido* (sem destaque no original).

Por outro lado, visto que a doutrina de Agnelo Amorim Filho não pode ter adesão absoluta, e pontificado, também, que as hipóteses de "revisão" apresentadas a esta Corte embutem verdadeiras pretensões condenatórias, cabe assinalar que nesses casos não há falar em prescrição por trato sucessivo, pois o direito que se quer ver reconhecido remonta ao cálculo da renda mensal inicial, ao passo que a respectiva pretensão nasce (*actio nata*) no exato momento em que a aposentadoria foi concedida, em tese, contra as regras do plano de previdência ou da legislação pertinente à espécie.

De trato sucessivo não é a forma de cálculo do benefício, evento uno e cindível no tempo, mas sim as prestações continuadas que derivam dessa relação jurídica base, de sorte que somente quanto a elas, que se renovam mês a mês, é que se poderia falar em prescrição por trato sucessivo, caso se postule a implementação de diferenças havidas *posteriormente* à concessão do benefício.

Pensar de forma diversa implicaria defender que antes do pagamento de cada prestação a ré deve voltar ao regulamento do plano e proceder ao recálculo da renda mensal inicial do beneficio para só então deferir a parcela correspondente a rubrica da ocasião.

Nesse sentido, calha a transcrição de parecer assinado pelo i. Ministro José Carlos Moreira Alves, um dos juristas que mais contribuíram para a correta definição do que vem a ser a chamada prescrição do fundo de direito, e insuspeito, penso, para falar de prescrição e decadência:

> [...] o ato de aposentadoria complementar, com a apuração do benefício para a formação da renda mensal inicial da concessão dessa aposentadoria, é único, e não de trato sucessivo, porque, com a sua realização, o beneficiário, que é aposentado, passa a ter essa situação jurídica em caráter permanente e, portanto, independente de sua renovação mensal no tocante ao *quantum* das parcelas, ou das diferenças de parcelas, da aposentadoria que lhe são devidas como consequência da referida situação jurídica – que por isso mesmo é fundamental – de aposentado.
>
> Assim, a concessão de aposentadoria complementar é ato jurídico único, que, aperfeiçoado, não se renova periodicamente.
>
> [...] o que se tem denominado 'fundo de direito' no concernente à aposentadoria complementar é o direito de se ter apurado o benefício para a formação da renda mensal inicial da concessão dessa aposentadoria de acordo com a forma de cálculo em conformidade com a regulamentação aplicável para assegurar a aposentadoria suplementar à Previdência Oficial.
>
> A pretensão contra a violação do fundo de direito prescreve, em consonância com o que foi pacificado pela Súmula 291 do STJ, em cinco anos a partir da data em que ocorreu essa violação.
>
> Já o direito de perceber as prestações pecuniárias e periódicas decorrentes do fundo de direito dá margem à pretensão da implementação de diferenças com referência à renda mensal inicial de suplementação que porventura existam depois da concessão da aposentadoria complementar, caso em que a prescrição dessa pretensão se relaciona apenas com o *quantum* dessas prestações, renascendo cada vez em que este é devido periodicamente [...], renascimento esse que não alcança as prestações vencidas há mais de cinco anos, que é o prazo da prescrição por trato sucessivo.
>
> Em síntese, quando se pleiteia o próprio direito à aposentadoria complementar ou algum aspecto dele como a apuração de sua renda inicial, se está no âmbito da prescrição relacionada como fundo de

> direito, ao passo que, quando se pleiteia o *quantum* das diferenças da suplementação que ocorrem depois da concessão da aposentadoria complementar da previdência privada, se está na esfera da prescrição por trato sucessivo.
>
> [...] sendo o fundo de direito, no que diz respeito à aposentadoria complementar, o direito de se ter apurado o benefício para a formação da renda mensal inicial da concessão dessa aposentadoria de acordo com a forma de cálculo em conformidade como a regulamentação aplicável para assegurar a aposentadoria suplementar à Previdência Oficial, não há dúvida de que, nas ações em que se questionam dispositivos regulamentares aplicáveis ao cálculo de benefício para a formação da renda mensal inicial, a prescrição dessa pretensão é do fundo do direito, e não a prescrição de trato sucessivo por não estar tal pretensão relacionada com a implementação de diferenças que venham a existir após a concessão da aposentadoria complementar.
>
> [...] a pretensão de desconstituir ou a de revisar o ato de concessão de aposentadoria complementar para a suplementação da aposentadoria pela Previdência Oficial diz respeito ao próprio direito a essa aposentadoria concedida pela Previdência Privada, e não ao *quantum* das prestações mensais referentes à aposentadoria complementar, razão por que [..] incide [...] a prescrição do fundo de direito, por poder ser atingida a situação jurídica do beneficiário da concessão da aposentadoria, ou pela sua desconstituição ou pela sua alteração, inclusive no tocante à apuração da renda mensal inicial.

Como se vê, no entendimento do Ministro José Carlos Moreira Alves, com o qual estou em uníssono, o fundo de direito, no que diz respeito à aposentadoria complementar, engloba também "o direito de se ter apurado o benefício para a formação da renda mensal inicial da concessão dessa aposentadoria de acordo com a forma de cálculo em conformidade como a regulamentação aplicável para assegurar a aposentadoria suplementar à Previdência Oficial".

É verdade que decisões recentes das duas Turmas (3ª e 4ª) do STJ com competência para julgar causas de previdência privada têm se posicionado (sem, a meu ver, enfrentar veramente os pontos cruciais da discussão) pela inexistência da prescrição do fundo do direito em casos como o presente.

Mas também é certo que muitas outras decisões dessa Corte (tão recentes quanto aquelas) têm reafirmado a tradição do reconhecimento da prescrição do fundo de direito em lides previdenciárias, valendo citar recente aresto proveniente da Terceira Seção do STJ, proferido nos Embargos de Divergência 355376, Relator o Ministro Celso Limongi:

> EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DIREITO. PRECEDENTES DA TERCEIRA SEÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.
>
> Consoante reiterado entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, deve ser reconhecida a prescrição do fundo de direito nas ações que buscam complementação de aposentadoria.
>
> Embargos de divergência providos para reformar o acórdão da Quinta Turma e dar provimento ao recurso especial da Fazenda de São Paulo (STJ - EREsp 355376, Rel. Min. Celso Limongi, DJe 10/02/2010).

E ainda:

> ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO DE ATO CONCESSIVO DE PENSÃO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. PRECEDENTES STJ.
>
> *Colhe-se dos autos que a agravante busca a revisão de ato administrativo concessivo da pensão. Nesse caso, o STJ entende que há prescrição do próprio fundo do direito, porquanto a pretensão é de alteração da própria situação jurídica fundamental. Precedentes do STJ.*
>
> Agravo Regimental não provido (STJ - AgRg no AgRg no AREsp 201664, Rel. Min. Herman Benjamin, sem destaque no original, DJe 05/11/2012).

E mais:

> PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO INATIVO DO BANESPA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. ART. 1º DO DECRETO 20.910/32. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO (STJ - AgRg no REsp 1257083, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 15/10/2012).

E outra:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDORA INATIVA DO BANESPA. LEI Nos 4.819/58 E 200/74. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA INTEGRALIDADE. PRETENSÃO ALCANÇADA PELA PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. DECRETO Nº 20.910/32. SÚMULA Nº 85/STJ. INAPLICABILIDADE.
>
> A pretensão posta à apreciação do Judiciário, na presente demanda, refere-se à alteração do ato de aposentadoria, no sentido de se reconhecer seu direito à complementação dos proventos com base na Lei Estadual 4.819/58.
>
> O entendimento consolidado no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a prescrição da pretensão de modificar o próprio ato de aposentadoria atinge o fundo de direito do Autor, devendo ser afastada a aplicação da Súmula n.º 85 dessa Corte. Precedentes.
>
> Agravo regimental desprovido (STJ - AgRg no Ag 1180502, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 09/11/2009).

5. Por tais razões, pedindo vênia à d. maioria, votei, preliminarmente, pelo não reconhecimento da divergência e, no mérito, pela rejeição da proposta de súmula, julgando improcedente o pedido de uniformização de jurisprudência em apelação cível n. 2007.064876-0.

Florianópolis, 28 de fevereiro de 2013.

Maria do Rocio Luz Santa Ritta

DESEMBARGADORA

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos

Dispõe o art. 151, § 2º, do Regimento Interno deste Tribunal que "os desembargadores vencidos, no todo ou em parte, declararão que o foram, e deverão justificar os seus votos, nos julgamentos que possam ensejar embargos infringentes".

Assim, não sendo esse o caso dos presentes autos, abstenho-me de lavrar declaração de voto vencido.

Florianópolis, 5 de março de 2013.

Trindade dos Santos

DESEMBARGADOR

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Jairo Fernandes Gonçalves

Os motivos pelos quais ousei dissentir da douta maioria são os mesmos já muito bem explanados no voto vencido da eminente Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta, razão pela qual, acompanhando sua fundamentação, registro meu voto vencido no sentido de que a prescrição do fundo de direito se opera quando a discussão travada é a concessão do benefício suplementar, ou seja, a renda mensal inicial, pois se trata de ato jurídico único que não se renova no tempo, o que difere das prestações pecuniárias que são periódicas e que, portanto, prescrevem na forma do enunciado 291 da Súmula do STJ.

Florianópolis, 11 de março de 2013.

Jairo Fernandes Gonçalves

DESEMBARGADOR

Declaração de voto vencido da Exma. Sra. Desa. Denise Volpato

Ouso divergir da douta maioria acompanhando o entendimento lançado nas declarações de voto vencido da Excelentíssima Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 10 de abril de 2013.

Denise Volpato

DESEMBARGADORA

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2012.064587-0, de Içara

Relator: Des. Trindade dos Santos

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. REVELIA DO MENOR DEMANDADO. EFEITOS DO ART. 319, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INCIDÊNCIA, ENTRETANTO, DO DISPOSTO NO ART. 320, INCISO II, DO MESMO ESTATUTO. FORTES DÚVIDAS, DO AUTOR, ACERCA DA PATERNIDADE DO MENOR. RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO, AINDA ASSIM, DA PATERNIDADE EM ANTERIOR DEMANDA JUDICIAL. COAÇÃO POR PARTE DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA. ALEGAÇÃO NÃO COMPROVADA. EXAME DE DNA. VINCULAÇÃO GENÉTICA AFASTADA. HIPÓTESES DO ART. 1.604 DO CÓDIGO CIVIL, NO ENTANTO, NÃO DELINEADAS NOS AUTOS. VINCULAÇÃO SOCIOFETIVA. AUSÊNCIA OU RUPTURA NÃO COMPROVADAS. SOBREPOSIÇÃO DA VERDADE REGISTRAL À VERDADE BIOLÓGICA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. CONFIRMAÇÃO. RECLAMO RECURSAL DESATENDIDO.

1 Ação negatória de paternidade é típica ação de estado, versando sobre direitos indisponíveis. Disso resulta que, ainda que

não conteste o demandado a ação, não se operam, quanto a ele, os efeitos da revelia - CPC, art. 319 -, não havendo como se reputar verdadeiros os fatos afirmados pelo autor, conforme claramente previsto no art. 320, inc. II, do Código de Processo Civil.

2 No moderno Direito de Família, a paternidade tem como traço essencialmente preponderante a socioafetividade. Disso resulta que, na atualidade, a paternidade socioafetiva assumiu o 'status' de gênero, do qual são espécies a paternidade biológica e a não biológica. A desbioligização da paternidade, identifica pais e filhos não consanguíneos, mas que, unidos por vínculos de afeto, solidificaram ou formaram uma verdadeira filiação psicológica, que se sobrepõe à filiação biológica.

3 De conformidade com o que dispõem o art. 1.609 do Código Civil e o art. 1.º da Lei n.º 8.560/1992, o ato de reconhecimento da paternidade é timbrado pela irrevogabilidade. A anulação do assento civil de nascimento, com supressão do nome que dele consta como sendo pai do registrando, só se viabiliza quando cabalmente provada a ocorrência de vício de consentimento no ato registral. Não é o que ocorre quando o registrante, mesmo com fortissimas dúvidas acerca da existência efetiva de elos biológicos entre ele e o menor registrado, dúvidas essas que beiravam a uma quase certeza, já que estimadas por ele próprio em aproximadamente 90%, ainda assim o registrou como se filho seu fosse. Nessa contextualização, mormente quando não provada nos autos a alegada coação judiciária havida para que registrasse ele o menor, desimporta que o exame de DNA tenha concluído pela exclusão da paternidade por ele assumida registralmente, de forma espontânea.

> 4 Ao autor da negatória de paternidade incumbe, com exclusividade, comprovar a ausência de liame socioafetivo entre ele e o menor que registrou voluntariamente como filho, prova essa que não decorre do simples ajuizamento da ação promovida, como implicação lógica e irrefutável desta. Não produzida essa prova, a presunção de socioafetividade subsiste, prevalecendo sobre a verdade biológica.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.064587-0, da comarca de Içara (1ª Vara), em que é apelante J. B., sendo apelado M. M. B.:

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 6 de junho de 2013, os Exmos. Srs. Des. Monteiro Rocha e João Batista Góes Ulysséa. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, emitiu parecer o Exmo. Sr. Dr. Mário Luiz de Melo.

Florianópolis, 19 de junho de 2013.

Trindade dos Santos

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

J. B. ajuizou ação de investigação de paternidade contra M. M. B., representado por sua mãe M. S. M., aduzindo ter convivido em união estável com a genitora do menor requerido por aproximadamente 10 (dez)

anos, período em que nasceu o demandado e, " [...] mesmo sob a suspeita de não ser o pai biológico [...]" deste, registrou-o como seu filho.

Disse, a seguir, que, com o fim da relação estável, a mãe do infante anunciou para diversas pessoas e também para o acionado que ele não era o pai biológico do infante, reforçando ainda mais as dúvidas existentes acerca da paternidade biológica do menor.

Por isso, requereu, no encerramento, a realização do exame de DNA e, acaso o resultado exclua a filiação paterna, seja feita a consequente alteração no registro de nascimento do demandado, com a procedência do pedido.

Citado, o menor acionado não apresentou contestação, não tendo sido aplicados, contudo, os efeitos da revelia à espécie por força do disposto no art. 320, II, do Código de Processo Civil.

Efetuado o exame de DNA, o resultado atestou não ser o acionante o pai biológico do acionado (fl. 34).

Em audiência de instrução e julgamento, as partes prestaram depoimento pessoal (fls. 42 a 44).

Nenhum dos litigantes formulou razões finais, com o Ministério Público, na sequência, opinando pela improcedência do pedido vestibular, ao fundamento de não ter restando demonstrado qualquer vício de consentimento com aptidão para gerar a desconstituição do assento de nascimento do menor demandado.

Na sentença que proferiu, o julgador singular não acolheu a pretensão deduzida na inicial, ao entendimento de que o requerente não comprovou eventual mácula à época em que consentiu registrar o requerido como seu filho, ressaltando, por conseguinte, o laço socioafetivo construído durante a relação, o que desagua na prevalência dos interesses do menor.

Irresignado, interpôs o demandante recurso de apelação, no qual rebateu a assertiva sustentada na sentença segundo a qual há relação socioafetiva entre ele e o recorrido.

Asseverou, mais, que a pretensão inicial deve ser atendida, porquanto o acionado, apesar de citado, não ofertou defesa, ensejando, portanto, a decretação dos efeitos da revelia, na forma do art. 319 do Código de processo Civil.

Pontuou ter registrado o menor como seu filho somente porque uma magistrada, em ação de regulamentação de guarda, o ameaçou de prisão caso não procedesse de tal forma.

Nesses termos, requereu o provimento do recurso para que seja integralmente reformada a decisão combatida.

Não houve resposta recursal.

A egrégia Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do reclamo recursal.

VOTO

A irresignação recursal não comporta acolhida, impondo-se a confirmação da sentença impugnada.

É pretensão do autor e apelante, como delineado na exordial, ver reconhecida a ausência de qualquer vínculo biológico entre ele e o menor M. M. B., com a consequente desconstituição do assento de nascimento do acionado, dele erradicando-se a filiação paterna.

De início, enfatizou o apelante impor-se a reforma do 'decisum' singular, em razão de não haver o julgador de primeiro grau, entre outros aspectos, levado em consideração o fato de não haver o menor recorrido

contestado a ação, ainda que devidamente citado por meio de sua representante legal, caracterizando-se, pois, a sua revelia..

Segundo o disposto no art. 319 do Código de Processo Civil, "Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão como por ele aceitos os fatos afirmados pelo autor".

No entanto, há que se ter em mente versar a ação proposta sobre um direito indisponível, qual seja, o direito à filiação, pelo que a revelia do menor demandado não firma a presunção de veracidade decorrente da revelia.

É claro, a respeito, o Código de Ritos, ao acentuar, em seu art. 320, que:

> A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente:
>
> [...]
>
> II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

Manifestando-se acerca do tema, registra José Roberto dos Santos Bedaque:

> Também não serão admitidos como verdadeiros os fatos alegados pelo autor se, não obstante a revelia, a demanda versar sobre direitos indisponíveis, ou seja, aqueles de que o titular não pode abrir mão, porque considerados inerentes à própria personalidade. Trata-se de direito eem relação ao qual a manifestação de vontade do titular não é livre, pois o sistema estabelece limitações, às vezes absoluta, quanto à possibilidade de disposição.
>
> Assim, em processo de investigação de paternidade ou anulação de casamento, por exemplo, irrelevante a ausência de contestação. Os fatos afirmados pelo autor, ainda que incontroversos, terão de ser demonstrados, não comportando o processo julgamento antecipado (art. 330, II) (*Código de processo civil interpretado*. MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1.027).

Da mesma forma, averbam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> Mesmo que ocorra revelia (não contestação), se o direito posto em causa for indisponível (e.g., anulação de casamento), não ocorrem os efeitos da revelia. Neste caso, ainda que o réu não conteste, o autor tem que fazer a prova dos fatos constitutivos de seu direito (CPC 333 I), vedado ao juiz julgar antecipadamente a lide (CPC 320 II) (*Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 594-595).

Enfaticamente, aduz Maria Berenice Dias:

> As ações que buscam identificar o estado de filiação são o exemplo clássico do que se chama de ação de estado. Por isso, ninguém põe em dúvida de que não se operam os efeitos da revelia (CPC 320 II). Assim, mesmo que o réu seja citado pessoalmente, se não contestar, não há como reputar verdadeiros os fatos afirmados pelo autor (CPC 319). É necessária a produção de provas (*Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 422).

Coadunando os transcritos entendimentos, acentuamos:

> PATERNIDADE. AÇÃO NEGATÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. INTERESSE PROCESSUAL. AUSÊNCIA. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* E FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL VERIFICADAS. REVELIA. EFEITOS NÃO CONFIGURADOS. DEMANDA QUE VERSA SOBRE DIREITOS INDISPONÍVEIS. IRRESIGNAÇÃO RECURSAL DESACOLHIDA. SUCUMBÊNCIA FIRMADA, DE OFÍCIO, NESTA INSTÂNCIA.
>
> [...]
>
> 2. Por se tratar de direito indisponível, os efeitos da revelia não incidem nas ações negatórias de paternidade, segundo expressa dicção do art. 320, da Lei Adjetiva Civil.
>
> [...] (Ap. Cív. n. 2011.022514-9, de Criciúma, j. 6-9-2012).

Rejeita-se, em sendo assim, as aduções a respeito lançadas pelo insurgente!

No mérito, resta ver, a pretensão deduzida pelo reclamante recursal encontra eco, em tese, no art. 1.604 do Código Civil, ao ressaltar que:

"Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro".

De valia citar, ainda, o art. 1.601 do mesmo diploma legal: "Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível'.

Sobre a temática em julgamento, é certo afirmar que há fortes embates na doutrina e jurisprudência pátrias, defendendo uma primeira corrente a irrelevância da inexistência de ascendência genética em face da presença de vínculo socioafetivo, ao passo que a outra se inclina para a prevalência do vínculo biológico em detrimento da paternidade socioafetiva.

Essa divisão, aliás, resultou no reconhecimento de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal ("prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica"), sendo o *leading case* tratado no Recurso Extraordinário com Agravo n. 692186, pendente de julgamento.

Na doutrina, anotou Theotonio Negrão:

> A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato de reconhecimento. A relação socioafetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil. O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação socioafetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai socioafetivo. A *contrário sensu*, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sangüíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica (STJ-RIDF 44/153: 3ª T., Resp 878.941)" (*Código civil e legislação civil em vigor.* 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 479).

Os que perfilham do entendimento segundo o qual a ascendência socioafetiva prevalece sobre a biológica sustentam que somente no caso de prova contundente de vício de consentimento na declaração registral pode o requerente vindicar estado contrário ao que resulta do assento de nascimento, na forma do art. 1.604 do Código Civil, sendo irrelevante, para perquirir a desconstituição da filiação, a descoberta superveniente de que o pai registral não é o genitor do infante, ainda que lastreada tal revelação em exame de DNA.

Entretanto, a meu sentir, embora não se possa excluir, de plano, a importância da vinculação biológica, ainda que em detrimento da filiação sócio-afetiva, tem-se que, conquanto o exame de DNA realizado nos autos tenha concluído não possuir o pai registral qualquer vínculo genético com o infante, tal não caracteriza, por si só, erro apto a desconstituir a filiação então reconhecida, caso esse reconhecimento tenha sido voluntário e, principalmente quando, como na hipótese vertente, já tinha o recorrente dúvidas de que o menor não fosse seu filho.

E isso, segundo ele, para evitar maiores constrangimentos e na tentativa de preservar a união que mantinha com a mãe do menor, ainda que esta, nos últimos três anos de vida comum, passasse a manter uma conduta inadequada e uma convivência desregrada, muito condizente com seu histórico de antecedentes negativos.

Segundo relatado na inicial, a mãe do menor deixava os filhos em casa e ia para as margens da rodovia BR 101 pegar carona com os caminhoneiros que por ali transitavam, mantendo relacionamentos extraconjugais.

No depoimento pessoal que prestou em juízo (fl. 43), entretanto, o autor mudou radicalmente a versão trazida com a inicial, afirmando que, quando o menor nasceu, não quis registrá-lo como filho, pois achava 90% que não seria ele seu filho. Todavia, em uma ação de guarda que tramitou na comarca de Jaguaruna, presente o menor, a mãe deste afirmou que

gostaria de continuar a viver com o depoente, ao que retrucou ele que não queria voltar ao convívio comum, já que o menor não era seu filho. Todavia, a magistrada que presidia a audiência olhou para o menor e disse que ele era a cara do depoente, determinando-lhe que, sob pena de prisão, registrasse ele o acionado em 24 horas; que, quando então, o menor tinha um ou dois meses de idade. E mais: que na ocasião seu advogado estava presente e nada disse, pelo que o depoente registrou o menor em seu nome no mesmo dia e entregou a certidão no Forum.

Diametralmente opostas, portanto, as versões trazidas aos autos pelo postulante recursal, pois na contida na peça vestibular reconheceu ele expressamente tendo registrado o menor em seu nome espontaneamente, para evitar maiores constrangimentos e na tentativa de preservar a união que mantinha com a mãe do menor, ao passo que, no depoimento prestado em juízo, afirma ter sido obrigado a registrar o menor em razão das ameaças de prisão que lhe foram feitas pela magistrada da comarca de Jaguaruna, acentuando que não quis reatar a união com a mãe do infante e que não mais conviveu com ela a partir do registro.

Num momento, em sendo assim, registrou ele o menor para tentar salvar a vida em comum com a mãe do mesmo, o que implica na existência, quando então, de uma vida em comum, enquanto em outro não mais estava ele convivendo com a genitora do infante, quando do registro agora impugnado e não mais retornou a essa convivência, com o registro em questão sendo determinado, sob ameaça de prisão, pela magistrada que conduziu a audiência realizada nos autos da ação de regulamentação de guarda que tramitou na comarca de Jaguaruna.

Das incoerências trazidas aos autos pelo próprio demandante, o que se conclui é ter ele registrado o menor em seu nome por vontade própria, ainda que tivesse desconfianças que não era ele seu filho.

Mesmo porque, a suposta ameaça judicial feita contra o postulante para que registrasse ele o menor em seu nome não está comprovada, nem ao menos por indícios, no caderno processual; e, sabe-se que, alegar e não provar, tem a mesma implicação jurídica que não provar.

É certo que, no caso vertente, o exame de DNA excluiu a paternidade biológica do autor, conforme laudo de fls. 32 a 34.

Não menos certo é ponderar-se que, consoante já foi decidido:

> O reconhecimento dos filhos através de registro público é irrevogável, no entanto, tal fato não implica na vedação de questionamentos em torno da filiação, desde que haja elementos suficientes para buscar a desconstiuição do reconhecimento anteriormente formulado. Para desconstituir o registro de nascimento é necessário erro ou falsidade, contudo tenho que o exame de DNA, por ter como resultado um erro essencial sobre o estado da pessoa, é prova capaz de desconstituí-lo, pois derruba, por completo, a verdade jurídica nele estabelecida. Diante de uma prova tecnológica e cientificamente avançada como o exame de DNA e, ainda, não havendo, nos autos, elementos suficientes para contradizer o resultado por ele alcançado, não há razão para decidir contrariamente à sua conclusão (RT 869/311).

Obviamente, entendemos que, em situações especiais, a filiação biológica há que se sobrepor ao conteúdo do assento de nascimento, prevalecendo mesmo sobre os laços socioafetivos entre aquele que registra e o registrando, fazendo-se certo, no nosso entendimento, que, a partir do momento em que o pai registral reclama perante o Poder Judiciário a declaração de inexistência de filiação, com a consequente alteração do registro de nascimento, a relação socioafetiva eventualmente construída acaba por desmoronar, viabilizando a medida extrema de modificação registral paterna no assento de nascimento.

Até porque, é justamente a imposição estatal de forçar alguém a ser pai que pode acarretar em sérios prejuízos à criança, na medida em que, em manifesto ato de rebeldia face à obrigatoriedade avalizada pelo

Estado-Juiz, pode o forçado, daí sim, vir a lesar os interesses do menor de forma intencional.

Entretanto, tal deve ocorrer, pensamos, quando o pai registral, ainda que tenha efetuado de livre e espontânea vontade o registro, vem a descobrir, posteriormente, que o menor em verdade não era seu filho.

Não assim, quando alguém registra um menor em seu nome, mesmo tendo dúvidas sérias acerca da paternidade que lhe era atribuída, como no caso sob apreciação, em que o próprio autor, no depoimento que prestou, firmou que tinha quase 90% (noventa por cento) de dúvida acerca da sua paternidade em relação ao menor acionado.

Expôs este Tribunal, em caso similar:

> AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA FUNDAMENTADA NA EXISTÊNCIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. APELO DA DEMANDADA QUE ANUIU COM O PEDIDO INICIAL. DIREITO INDISPONÍVEL, ART. 27, ECA. POSSIBILIDADE, TODAVIA, DA ANÁLISE DO DIREITO MATERIAL. RECURSO CONHECIDO.
>
> Ainda que não tenha sido sucumbente, assiste direito à demandada de apelar, pois o Judiciário não pode dar maior importância ao direito processual e fechar os olhos pra situações patentes de insatisfação com a parentalidade que é imposta aos litigantes que não se reconhecem neste estado e não desejam a perpetuação deste vínculo.
>
> EXAME DE DNA QUE EXCLUIU A PATERNIDADE. VÍCIO DO CONSENTIMENTO CONSISTENTE EM ERRO. POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL CONFORME O ART. 1.604 DO CÓDIGO CIVIL. ESTUDO SOCIAL QUE CONCLUIU SEREM FRÁGEIS OS VÍNCULOS PARENTAIS. AUSÊNCIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DA FILIAÇÃO E ANULAÇÃO DO REGISTRO.
>
> Existe erro no registro civil capaz de ensejar a modificação de seu estado quando o pai registral não é o biológico. Ainda, se o registrante pretende

> ver desfeito o vínculo da filiação, subentende-se que não nutre o afeto balizador da paternidade afetiva pelo registrado.
>
> Em consequência do reconhecimento da ilegitimidade da filiação, declara-se o demandante isento da obrigação alimentar.
>
> RECURSO PROVIDO (Ap. Cív. n. 2012.047866-4, de Otacílio Costa, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 21-2-2013).

Do corpo do aresto, destaca-se:

> Infere-se dos dispositivos do Código Civil e dos ensinamentos carreados, que poderá ser anulado o registro quando houver erro constante da inverdade biológica, assim, por restar comprovado que o recorrido não é o genitor da demandada, o registro de nascimento pode ser modificado a fim de se excluir o nome do demandante.
>
> E, para os que entendem que o registro civil não pode ser modificado mesmo assim, face a existência de paternidade afetiva, tal argumento não tem como subsistir, pois quando o pai registral intenta uma ação a fim de desconstituir o vínculo da filiação, é porque a ligação socioafetiva já deve ter se dissipado, uma vez que o pai que nutre verdadeiro amor por seu filho não iria ingressar com um pedido judicial a fim de se ver livre da relação parental tendo por base a origem genética diversa da sua.
>
> Ainda, qual seria a vantagem para a criança em manter no seu registro civil um pai que, além de não possuir vínculo biológico consigo, ainda desprezou a paternidade socioafetiva que afirma nunca ter existido?
>
> Desta forma cai por terra o argumento de que deve ser preservada a filiação tendo em vista a paternidade socioafetiva e o melhor interesse da menor, uma vez que não é interessante para a criança contar apenas com um pai registral, mas que não lhe deseja ter como filha e que não vai lhe prestar nenhuma assistência além da alimentar (obrigação legal).

Na situação excepcional que se entrevê nestes autos, todavia, não é de se aplicar o entendimento acima explicitado.

De total aplicabilidade, ao contrário, o seguinte entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Direito civil. Família. Criança e adolescente. Recurso especial. Ação negatória de paternidade c.c. declaratória de nulidade de registro civil. Interesse maior da criança. Ausência de vício de consentimento. Improcedência do pedido.

- O assentamento no registro civil a expressar o vínculo de filiação em sociedade, nunca foi colocado tão à prova como no momento atual, em que, por meio de um preciso e implacável exame de laboratório, pode-se destruir verdades construídas e conquistadas com afeto.

- Se por um lado predomina o sentimento de busca da verdade real, no sentido de propiciar meios adequados ao investigante para que tenha assegurado um direito que lhe é imanente, por outro, reina a curiosidade, a dúvida, a oportunidade, ou até mesmo o oportunismo, para que se veja o ser humano – tão falho por muitas vezes – livre das amarras não só de um relacionamento fracassado, como também das obrigações decorrentes da sua dissolução. Existem, pois, ex-cônjuges e ex-companheiros; não podem existir, contudo, ex-pais.

- O reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento, isto é, para que haja possibilidade de anulação do registro de nascimento de menor cuja paternidade foi reconhecida, é necessária prova robusta no sentido de que o "pai registral" foi de fato, por exemplo, induzido a erro, ou ainda, que tenha sido coagido a tanto.

- Tendo em mente a salvaguarda dos interesses dos pequenos, verifica-se que a ambivalência presente nas recusas de paternidade são particularmente mutilantes para a identidade das crianças, o que impõe ao julgador substancial desvelo no exame das peculiaridades de cada processo, no sentido de tornar, o quanto for possível, perenes os vínculos e alicerces na vida em desenvolvimento.

- A fragilidade e a fluidez dos relacionamentos entre os adultos não deve perpassar as relações entre pais e filhos, as quais precisam ser perpetuadas e solidificadas. Em contraponto à instabilidade dos vínculos advindos das uniões matrimoniais, estáveis ou concubinárias, os laços de filiação devem estar fortemente assegurados, com vistas no interesse maior da criança, que não deve ser vítima de mais um fenômeno comportamental do mundo adulto.

Recurso especial conhecido e provido (REsp n. 1.003.628/DF, rela. Mina. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 14-10-2008).

Mais recentemente, tornou a enfatizar a Corte de Uniformização Infraconstitucional:

> PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL INVERÍDICO. ANULAÇÃO. POSSIBILIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA.
>
> 1. Ação negatória de paternidade decorrente de dúvida manifestada pelo pai registral, quanto a existência de vínculo biológico com a menor que reconheceu voluntariamente como filha.
>
> 2. Hipótese em que as dúvidas do pai registral, quanto a existência de vínculo biológico, já existiam à época do reconhecimento da paternidade, porém não serviram como elemento dissuasório do intuito de registrar a infante como se filha fosse.
>
> 3. Em processos que lidam com o direito de filiação, as diretrizes determinantes da validade de uma declaração de reconhecimento da paternidade devem ser fixadas com extremo zelo e cuidado, para que não haja possibilidade de uma criança ser prejudicada por um capricho de pessoa adulta que, conscientemente, reconhece a paternidade da qual duvidava, e que posteriormente se rebela contra a declaração auto-produzida, colocando a menor em limbo jurídico e psicológico.
>
> 4. Mesmo na ausência de ascendência genética, o registro da recorrida como filha, realizado de forma consciente, consolidou a filiação socioafetiva – relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a paternidade que nasce de uma decisão espontânea, deve ter guarida no Direito de Família.
>
> 5. Recurso especial provido (REsp n. 1.244.957/SC, rela. Mina. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 7-8-2012).

Enfocando o tema, assinalou o Tribunal de Justiça de São Paulo:

> NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – Reconhecimento voluntário – Anulação – Inadmissibilidade – Pai não biológico – Irrelevância – Vício de consentimento não alegado – Irrevogabilidade do ato – Recurso não provido – Voto vencido.
>
> É irrevogável o reconhecimento voluntário de paternidade se não eivado de vício de vontade como erro, coação ou inobservância de certas formalidades legais (Ap. Cív. n. 274.482-1, rel. Des. Alfredo Migliore, j. 11-6-1996).

Não divergindo, expôs o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> O registro de forma consciente e espontânea, corolário lógico é assumir as responsabilidades decorrentes do seu ato, sendo uma delas o dever de prestar alimentos. Sendo assim, a conduta do recorrente de registrar os filhos da companheira, tendo ciência de que não eram filhos comuns, estabelece a filiação socioafetiva, a qual produz os mesmos efeitos da adoção, logo, ato irrevogável (Ap. Cív. n. 70013190863, de Erechim, rela. Desa. Walda Maria Melo Pierro).

> AGRAVO RETIDO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE. ACORDO. HOMOLOGAÇÃO EM AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. VÍCIO DE CONSENTIMENTO. ERRO. REQUISITOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ART. 333, I, DO CPC.
>
> Agravo retido não conhecido, eis que não reiterado em sede de apelação. Inteligência do art. 523, § 1º, do CPC.
>
> Inexistindo demonstração do vício de consentimento quando do reconhecimento da paternidade efetuado por meio de acordo judicial nos autos da ação de investigação de paternidade movida pelo menino, não há falar em anulação do ato.
>
> Erro substancial, escusável e real que não se verifica na presente hipótese, em que o recorrente, nos autos de ação investigatória, sem reclamar a produção de prova acerca da filiação então lhe imputada, reconheceu a paternidade.
>
> AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. APELAÇÃO DESPROVIDA (Ap. Cív. n. 70045856994, de Estância Velha, rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pasti, 8ª CCív., j. 16-2-2012).

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE QUE O REGISTRO DECORREU DE ERRO DE CONSENTIMENTO. VERDADE REGISTRAL E SOCIOAFETIVA QUE PREVALECE SOBRE A VERDADE BIOLÓGICA.

> O reconhecimento da paternidade é ato irrevogável, a teor do art. 1º da Lei nº 8.560/92 e art. 1.609 do Código Civil. A retificação do registro civil de nascimento, com supressão do nome do genitor, só é possível quando existir nos autos prova cabal de ocorrência de vício de consentimento no ato registral ou, em situação excepcional, demonstração de total ausência de relação socioafetiva entre pai e filho. Não comprovado que o registro decorreu de erro e que inexiste vínculo socioafetivo entre pai e filho, impunha-se a improcedência da ação negatória de paternidade.
>
> APELAÇÃO DESPROVIDA (Ap. Cív. n. 70043329291, rel. Des. Roberto Carvalho Fraga, j. 14-3-2012).

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. AUSÊNCIA DE PROVA DA OCORRÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA.
>
> O reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento, isto é, para que haja possibilidade de anulação do registro de nascimento de menor cuja paternidade foi reconhecida, é necessária prova no sentido de que o "pai registral" foi de fato, por exemplo, induzido a erro, ou ainda, que tenha sido coagido a tanto. Parentalidade socioafetiva configurada no autos.
>
> RECURSO DESPROVIDO (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Ap. Cív. n. 7004630469, rela. Desa. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 28-3-2012).

Em situação similar à destes autos, expôs este Tribunal:

> Ação Declaratória - Negativa de paternidade - Reconhecimento da mesma através do Registro de Nascimento - Ato jurídico irrevogável - Inteligência da Lei nº 8.560/92 - Vindicação contrária ao que consta do Registro Civil - Inteligência do art. 348 do C.C. - Impossibilidade jurídica do pedido - Extinção do processo - Sentença confirmada - Apelo improvido.
>
> 'O registro civil prova o nascimento e estabelece presunção de verdade em favor de suas declarações. Ninguém será admitido a impugnar-lhe a veracidade; seu conteúdo impregna-se de fé pública, a menos que

tenha ocorrido erro ou falsidade do registro' (TJSC, apelação cível nº 96.005701-3, de Pinhalzinho, Rel. Des. Cláudio Barreto Dutra).

Se o registro de nascimento de fl. 9 preenche os requisitos formais e o Apelante não demonstrou ter sido levado a erro, dolo ou coação quando prestou a declaração de paternidade nele constante, impõe-se desacolher o Recurso em exame.

Destarte, a sentença objurgada deve ser mantida nos seus exatos termos (Ap. Cív. n. 2005.008046-7, de São Joaquim, rela. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 21-3-2006).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL E EXONERAÇÃO DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA. RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DE FILHO ALHEIO COMO PRÓPRIO. AUSÊNCIA DE VÍCIO CAPAZ DE ANULAR O REGISTRO DE NASCIMENTO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM E IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. ART. 267, VI, DO CPC. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Afigura-se manifesta a ilegitimidade ativa ad causam e a impossibilidade jurídica do pedido para a demanda desconstitutiva de paternidade e retificação de registro civil, porquanto o autor, de forma voluntária e consciente, registrou a ré como se fosse sua filha biológica, e, diante da regra insculpida no art. 1604 do Código Civil, não pode invocá-la em seu favor. Em demandas desta espécie, há de prevalecer a paternidade civil em face da paternidade biológica. Por conseguinte, há que ser mantida a sentença que extinguiu o processo sem resolução de mérito (art. 267, VI, do CPC) (Ap. Cív. n. 2006.022837-6, da Capital, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 26-6-2007, grifo nosso).

DIREITO CIVIL - FAMÍLIA - NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - EXTINÇÃO DO PROCESSO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - INCONFORMISMO - CERCEAMENTO DE DEFESA - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - INOCORRÊNCIA - PROVAS SUFICIENTES - INEXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO

BIOLÓGICA - FATO INCONTROVERSO - ALEGAÇÃO ACOLHIDA - VÍNCULO GENÉTICO INEXISTENTE - ANULAÇÃO DO REGISTRO CIVIL FUNDADO EM VÍCIO DE CONSENTIMENTO - AFASTAMENTO - RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO - ATO IRREVOGÁVEL - FILIAÇÃO SÓCIOAFETIVA QUE EXCLUI A BIOLÓGICA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não há cerceamento de defesa no julgamento antecipado do feito, quando presentes nos autos os elementos indispensáveis ao julgamento da lide.

A inexistência de vínculo genético entre o pai registral e a filha adotiva não exclui a paternidade socioafetiva demonstrada.

O reconhecimento voluntário da filiação através de registro civil, sedimentados por elos de afetividade caracteriza relação paterno-filial socioafetiva em ato irrevogável, mormente quando ausentes quaisquer vícios formais ou materiais maculando a higidez do ato.

No conflito entre paternidade socioafetiva e biológica, prevalece aquela, fulcrado no princípio constitucional da dignidade humana (Ap. Cív. n. 2007.029396-7, de Itajaí, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 12-3-2009).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. JUSTIÇA GRATUITA DEFERIDA. DESCONSTITUIÇÃO DA FILIAÇÃO PELA NULIDADE DO ASSENTO DE NASCIMENTO. RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO E CONSCIENTE DA PATERNIDADE. VÍCIO DE CONSENTIMENTO INEXISTENTE. REALIZAÇÃO DE TESTE DE PATERNIDADE POR ANÁLISE DE DNA. EXCLUSÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. IRRELEVÂNCIA. EXISTÊNCIA DE SÓLIDO VÍNCULO AFETIVO POR MAIS DE 23 ANOS. PATERNIDADE SÓCIOAFETIVA DEMONSTRADA. DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE VEDADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

É irrevogável e irretratável a paternidade espontaneamente reconhecida por aquele que tinha plena consciência de que poderia não ser o pai biológico da criança, mormente quando não comprova, estreme

de dúvidas, vício de consentimento capaz de macular a vontade no momento da lavratura do assento de nascimento.

A filiação socioafetiva, fundada na posse do estado de filho e consolidada no afeto e na convivência familiar, prevalece sobre a verdade biológica (Ap. Cív. n. 2011.005050-4, da Capital, rel. Des. Fernando Carioni, j. 26-4-2011).

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE.

NA AÇÃO QUE OBJETIVA PROVIMENTO DECLARATÓRIO NEGATIVO DA PATERNIDADE HÁ QUE SER ADEQUADAMENTE PERSCRUTADO O FUNDAMENTO FÁTICO DA CAUSA DE PEDIR.

HÁ ABISSAIS DIFERENÇAS E REPERCUSSÕES QUE DIMANAM DAS SEGUINTES PRETENSÕES:

(I) PEDIDO FUNDADO EM ERRO OU OUTRO VÍCIO DE VONTADE, COM PREVISÃO NO ART. 1.604 DO CÓDIGO CIVIL.

(II) PLEITO ARRIMADO NAQUILO QUE O REVOGADO CÓDIGO DE 1916 INTITULAVA DE *PATER IS EST JUSTAE NUPTIAE DEMONSTRANT*, INCIDINDO, NESSA HIPÓTESE, A NORMA TIMBRADA NO ART. 1.601 DA LEI SUBSTANTIVA.

(III) PRETENSÃO DIRECIONADA CONTRA PROVIMENTO SENTENCIAL BASEADO EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS INDICIÁRIOS, POR AUSÊNCIA DO ESPECTRO PROBATÓRIO HOJE EXISTENTE, EM ESPECIAL O EXAME DE DNA, ENSEJANDO A CHAMADA FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA.

(IV) AÇÃO NEGATÓRIA FORMULADA POR QUEM, ABRINDO MÃO DE QUALQUER EXAME PERQUIRITÓRIO, MESMO ENVOLTO EM SUPOSTAS DÚVIDAS, RECONHECE ESPONTÂNEA E VOLUNTARIAMENTE A PATERNIDADE DE UMA CRIANÇA, ESCOIMADO DE QUALQUER VÍCIO DE VONTADE.

Não se tratando de filho gerado em outro leito, por ato de infidelidade da mulher na constância do seu casamento, tampouco versando o

pedido em torno da impossibilidade de esgotamento dos meios de prova em pretérita ação que proclamou a paternidade apenas com base em elementos indiciários, e, finalmente, ausente qualquer prova demonstrando hipótese de erro ou de outro vício de vontade no momento do ato registral, não se concebe viabilidade no pedido que visa a declaração negativa de paternidade por parte daquele que reconhece de forma espontânea ser o pai de uma criança, incidindo nessa hipótese os dizeres do art. 1.609 do Código Civil e art. 1º da Lei nº 8.560/92.

"O reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento, isto é, para que haja possibilidade de anulação do registro de nascimento de menor cuja paternidade foi reconhecida, é necessária prova robusta no sentido de que o "pai registral" foi de fato, por exemplo, induzido a erro, ou ainda, que tenha sido coagido a tanto (REsp 1022763/RS, Relª Minstª Nancy Andrighi)." (Ap. Cív. n. 2008.054615-3, de São Miguel do Oeste, rel. designado Des. Jorge Luís Costa Beber, j. 12-8-2011).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADO COM PEDIDO DE EXONERAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA. PATERNIDADE RECONHECIDA DE FORMA VOLUNTÁRIA, QUANDO DO NASCIMENTO DO MENOR. EXAME DE DNA NEGATIVO DE PATERNIDADE. VERACIDADE DAS DECLARAÇÕES CONTIDAS NO REGISTRO DE NASCIMENTO QUE SÓ PODE SER ELIDIDA POR PROVA DE ERRO OU FALSIDADE DO REGISTRO, CONFORME PREVISTO NO ART. 1.604, DO CÓDIGO CIVIL. PLEITO NEGATÓRIO CONSUBSTANCIADO EM ERRO. VÍCIO NÃO COMPROVADO. ÔNUS QUE CABIA AO APELANTE, NOS TERMOS DO ARTIGO 333, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VÍNCULO AFETIVO DEMONSTRADO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PROTEÇÃO AOS SENTIMENTOS DO INFANTE, DA SUA PROTEÇÃO DE IDENTIDADE E DEFINIÇÃO QUE DEVEM SE SOBREPOR À VERDADE REGISTRAL. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Há presunção de veracidade nas declarações contidas no registro de nascimento, a qual somente pode ser ilidida pela prova de erro ou falsidade do registro, conforme preceitua o art. 1.604 do Código Civil.

> O princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no ordenamento jurídico pátrio deve ser observado para impedir que um filho em tenra idade, seja prejudicado pela inconstância da vida adulta, a qual ainda sequer conhece, em que os relacionamentos amorosos são volúveis e o reconhecimento da paternidade ocorre por vezes diante de um interesse momentâneo, e que depois, diante da frustração amorosa, pugna-se pela alteração do registro de um filho sem se atentar aos sentimentos do menor que sem ter ciência nem culpa pelas agruras existentes no relacionamento dos pais cria na figura paterna lhe apresentada na infância a justa expectativa de conforto sentimental, educacional e econômico (Ap. Cív. n. 2011.088627-7, de Rio Negrinho, rel. Des. Saul Steil, j. 19-6-2012).

Em igual viés, dissemos:

> DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO DE NASCIMENTO. ERRO INVOCADO. VÍNCULO DE SOCIOAFETIVIDADE NEGADO. EXTINÇÃO DO PROCESSO, NOS MOLDES DO ART. 267, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, AO FUNDAMENTO DE INEXISTÊNCIA DE PROVAS DO DIREITO ALEGADO NA INICIAL. PROVIDÊNCIA ADOTADA SEM A PRÉVIA CITAÇÃO DO MENOR DEMANDADO, SEM A OUVIDA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E INDEPENDENTEMENTE, POIS, DE QUALQUER INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA EVIDENCIADO. 'DECISUM' DESCONSTITUÍDO. PROVAS INDISPENSÁVEIS A SEREM PRODUZIDAS. INCONFORMISMO RECURSAL ACOLHIDO.
>
> A ausência de vínculo biológico na relação filiativa, revelada após o reconhecimento do filho por meio de registro público, não confere direito ao pai registral a vindicar estado contrário ao que resulta do assento civil de nascimento. Imperioso, para chegar-se ao desate da pretensão daquele que consta como pai biológico no assento de nascimento de menor, é a prova de outras circunstâncias aptas a destruir o invocado erro de fato gerador do reconhecido do vínculo paterno-filial, avultando de importância entre elas, a subsistência ou não de vínculo afetivo entre os litigantes. Por isso, nas causas em que se discute a veracidade da ascendência, materna ou paterna, indispensável é a instrução probatória do feito, com vistas a se apurar a verdade real (Ap. Cív. n. 2012.070635-0, de Garopaba, j. 18-4-2013).

Mesmo porque, conforme observa Maria Berenice Dias:

> O reconhecimento voluntário da paternidade independe da prova da origem genética. É um ato espontâneo, solene, público e incondicional. Como gera o estado de filiação não pode estar sujeito a termo, sendo descabido o estabelecimento de qualquer condição (CC 1.613). É ato livre, pessoal, irrevogável e de eficácia erga omnes. Não é um negócio jurídico, é um ato jurídico *strictu sensu*. O ato de reconhecimento é irretratável e indisponível, pois gera o estado de filiação. Assim, inadmissível o arrependimento. Não pode, ainda, o reconhecimento ser impugnado, a não ser na hipótese de erro ou falsidade do registro. O pai é livre para manifestar sua vontade, mas seus efeitos são os estabelecidos na lei (obr. cit., p. 338-339).

Tal decorre do fato, segundo a brilhante jurista, de que:

> As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade. A desbilogização da paternidade – expressão cunhada por João Batista Villela – identifica pais e filhos não biológicos, não consanguíneos, mas que construíram uma filiação psicológica. Toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não. Em outras palavras, a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não biológica. O ponto essencial é que a relação de paternidade não depende mais da exclusiva relação biológica entre pais e filho, avós e neto. Os arranjos parentais privilegiam o vínculo de afetividade (p. 363).

De modo igual, afiança Arnaldo Rizzardo:

> A segunda situação, que afasta a ação negatória, quando não se fundamenta a mesma em vícios de consentimento, mas no arrependimento do reconhecimento, é a seguinte: uma pessoa reconhece o filho e depois de um determinado período volta atrás, dizendo que realizou o ato por princípios de humanidade, ou por ter-se unido à mãe do mesmo. Ocorre que ninguém pode invocar a própria torpeza, ou beneficiar-se de uma ilegalidade praticada conscientemente. Seria absurdo admitir que o autor da falsidade, fazendo-se passar por pai, viesse depois desconstituir a própria afirmação consubstanciada em documento público.

> [...]
>
> A afirmação da paternidade constitui ato jurídico perfeito. Somente pela presença de uma causa de anulabilidade, nulidade ou ineficácia, é que vigoraria o pedido de se desconstituir o ato declaratório.
>
> Do contrário, poderia aparecer o reconhecimento condicional, ou a termo, isto é, a pessoa manteria o reconhecimento enquanto vivesse conjugalmente com outra. Tão logo cessada a união, desfazer-se-ia a paternidade. É que o reconhecimento determina o estado de filiação e o estado da pessoa não pode ser condicional ou temporário (*Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 429-430).

Expõe o mesmo jurista:

> Ocorre o erro quando o perfilhante ignorava certos fatos, sendo que as circunstâncias que o levaram a reconhecer o filho não correspondiam à realidade. Ou o reconhecimento ocorreu por força de circunstâncias decisivas para o convencimento da paternidade, e que não representavam, no entanto, a verdade (p. 376)

Para arrematar, à p. 429:

> [...] o erro é vício de consentimento e, e, pois, defeito de ato jurídico. De acordo com as lições acima mencionadas, assim, um reconhecimento de paternidade eivado de erro seria anulável.
>
> Para o sucesso da anulação, deve a parte provar que houve erro, dolo, ou coação, ou que era absolutamente incapaz a pessoa que procedeu o reconhecimento.

Sobre o aspecto 'existência ou não de uma relação socioafetiva entre os litigantes', como colocou com inteira propriedade o culto Des. João Batista Góes Ulysséa, no voto que proferiu nestes autos e que, em razão da sua consistência jurídica, determinou a mudança de entendimento dos rumos iniciais do julgamento realizado nestes autos e que, em homenagem à Sua Excelência, reproduzo a seguir:

> [...]
>
> E o próprio Apelante reconhece em sua peça recursal que "a) merece esclarecer que não há nos autos qualquer comprovação de

relacionamento sócioafetivo entre o Apelante e o Apelado, aliás, nem se quer chegou-se a promover qualquer estudo social para apurar tal relacionamento, significando dizer que há ausência de provas nesse sentido" (fl. 64).

Com a devida *venia*, era ônus probatório do Autor/Apelante comprovar a ausência deste vínculo, e não impor ao menor (que sequer apresentou defesa) o dever de provar a subsistência da ligação afetiva, ou mesmo, que diante destas provas deve ser acolhido o pleito negatório.

Anoto que tal comprovação era simples, seja por meio de prova testemunhal e a realização de estudo social.

Ao contrário do entendimento da douta maioria, penso que não se pode presumir que o vínculo socioafetivo se dissipa com o mero ajuizamento da ação negatória de paternidade, sob o fundamento de que o pai que ama seu filho jamais proporia uma ação judicial em seu desfavor.

Ora, tal posicionamento observa apenas o lado paterno, na medida em que se não mais quer ter responsabilidade em relação à criança basta ajuizar o pleito negatório, pouco importando se a criança nutre afeto por ele, nem mesmo as consequências psicológicas para o menor.

Bastaria ao pai simplesmente romper inopinadamente a sua relação de anos com a criança e propor uma ação judicial, para se ver livre de suas responsabilidades, sejam de ordem moral ou material.

Nos autos sequer existe laudo ou estudo psicológico com o menos Apelado, para saber das consequências deste rompimento afetivo, inclusive podendo ser questionado se a quebra do vínculo até então existente não foi premeditado e os reflexos na vida do menor, que de uma hora para outra convive com a situação de não ter mais o seu pai.

Inclusive, na peça exordial da demanda, a parte Autora sequer mencionou tal questão, limitando-se a asseverar fatos apenas em relação à mãe da criança.

Entender-se que o mero ajuizamento da ação já comprova uma situação fática que, por certo, acarretará no reconhecimento do direito, regredirmos a teorias ultrapassadas que confundiam o direito de ação com o direito material.

Outrossim, veja-se que no depoimento pessoal prestado o Autor/Apelante aponta que "[...] mora na companhia dos dois primeiros

filhos que teve com a mãe de M., M. e M.". Ora, se o próprio Autor mora com os irmãos do Apelado, por certo, ainda existe uma relação entre eles, haja vista a existência de vínculos afetivos e biológicos entre os irmãos, não persistindo o argumento de que o fato da separação da mãe da criança conduziu à ausência de convivência.

Ademais, deve ser afastada a alegação do Apelante de que a distância da sua residência do local onde mora o menor, ou seja, 30 quilômetros, é o suficiente para comprovar a ausência de afetividade entre ambos, posto que a distância geográfica não significa carência de afeto, pois se assim o fosse se presumiria que os filhos residentes em outros Estados ou países não teriam mais ligações afetivas com seus genitores.

Portanto, no meu entender, além de não existir prova de erro, também não está comprovada a ausência do vínculo socioafetivo entre as partes, ônus probatório este que era do Autor/Apelante.

Nesse rumo, uma vez mais me apego aos ensinamentos de Maria Berenice Dias:

Hipótese bastante recorrente é quando o genitor alega que desconhecia não ser o pai biológico e que registrou o filho induzido em erro pela genitora. Ao descobrir que não é o pai, geralmente depois de uma briga em que a mulher lhe revela a verdade, busca a desconstituição do vínculo parental. A controvérsia solve-se diante da presença ou não da filiação sócioafetiva. Comprovada esta, ainda que induzido o pai registral em erro, ele é o pai socioafetivo, não havendo como se desconstituir o vínculo parental (*ob. cit*. p. 409).

Rolf Madaleno, explicita:

A impugnação da paternidade precisará ser melhor construída na evolução do Direito de Família e ser sustentada só em fatores capazes de justificar preponderantemente a exclusão do estado de filiação socioafetiva, usualmente porque o pai registral acreditava se tratar de seu filho biológico e, portanto, fora induzido a erro, e, ademais, sempre teve escasso contato pessoal com o filho meramente registral, como nesse sentido já vêm demonstrando os pretórios brasileiros, ao negarem a desconstituição do registro civil apenas pena inexistência de origem biológica na filiação quando presentes sólidos laços de convivência e afetividade (*Curso de Direito de Família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 529).

Encampa-se, pela sua extrema fidedignidade e juridicidade, também no aspecto questionado - prova do liame de socioafetividade - o brilhante voto do Exmo. Sr. Des. João Batista Góes Ulysséa, acima reproduzido.

E, à luz do exposto, nega-se, portanto, provimento ao recurso.

Este é o voto.

Apelações Cíveis nº 2010.077380-5, nº 2010.026521-2, nº 2009.072446-8, nº 2009.038615-8, nº 2010.006732-4, nº 2009.045478-1, e Agravo (§ 1º do art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento nº 2009.000654-2/0001.00, todos da Capital

Relator: Des. Gilberto Gomes de Oliveira

AGRAVO RETIDO. AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO. ART. 523, § 1º, DO CPC. NÃO CONHECIMENTO.

Não se conhece do agravo retido se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação.

JULGAMENTO SIMULTÂNEO. APELO ÚNICO. POSSIBILIDADE.

Se o julgamento é uno admite-se a interposição de apenas um apelo para atacar todas as questões ventiladas em cada ação.

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO DO PERITO. RECURSO CABÍVEL EM REGRA: AGRAVO, POR INSTRUMENTO.

A decisão que aprecia a exceção de suspeição do perito não põe fim ao processo, porque resolve uma questão incidental, razão pela qual se caracteriza como mera interlocutória (art. 162, § 2º, CPC). Assim, o recurso cabível é o agravo, por instrumento (art. 522 do CPC), e não a apelação.

DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DE TRANSAÇÃO LAVRADA EM EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE PARCIALIDADE DO PERITO. NATUREZA DO *DECISUM*

ALTERADA. ADMISSIBILIDADE DA APELAÇÃO INTERPOSTA EM CARÁTER EXCEPCIONAL.

Ainda que se trate do incidente de suspeição de parcialidade do perito, cuja decisão final é interlocutória e, em regra, comporta a interposição de agravo, por instrumento, deve-se ter em mente que, se a extinção pautou-se no art. 269, inciso III, do CPC, a sua decisão resolveu o mérito da *quaestio* e pôs fim à controvérsia, de modo que, por consequência, admite-se, de forma excepcional, a interposição da apelação, *máxime* quando há nesta argüições que objetivam declarar a nulidade do ato homologatório em si.

APELAÇÕES INTERPOSTAS DA DECISÃO QUE HOMOLOGA TRANSAÇÃO FIRMADA ENTRE AS PARTES. APELOS CUJA PRETENSÃO REDISCUTE OS TERMOS DA AVENÇA E, EM SEGUNDO PLANO, ATACA, À ALEGAÇÃO DE NULIDADE, O ATO HOMOLOGATÓRIO EM SI. CONHECIMENTO DESTAS PROPOSIÇÕES, NÃO APRECIAÇÃO DAQUELAS.

A pretensão de rediscutir os termos de transação homologada em juízo só pode ser feita por ação própria, na forma prescrita no art. 486 do CPC e à luz do art. 849 do CC, e não pela via recursal, pois a parte se insurge contra ato de própria disposição - direito disponível eminentemente patrimonial. Isso, porque, em casos tais, o Judiciário apenas chancela a manifestação de vontade dos litigantes, de modo que não há falar em parte vencedora ou vencida a legitimar a interposição do recurso, que só "pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público" (art. 499 do CPC).

MÉRITO. APONTADO INADIMPLEMENTO DE ALGUMAS DAS CONDIÇÕES PREVISTAS NO INSTRUMENTO DE TRANSAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA QUE, POR VIA OBLÍQUA, TORNARIA NULA A SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA, POR TER CONCEDIDO EFICÁCIA DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL A UM PACTO NÃO CUMPRIDO. TESE AFASTADA. OBRIGAÇÃO (DE FAZER E FUNGÍVEL) SEM TERMO CERTO. MORA INEXISTENTE. INADIMPLEMENTO NÃO VERIFICADO.

Não há falar em inadimplemento daquele que firmou instrumento de transação, circunstância supostamente causadora da nulidade da sentença que homologou tal disposição de vontades para a parte adversa, se a obrigação de fazer assumida por aquele e reclamada por este é fungível e não possui termo certo.

Faculta-se ao suposto credor, se a obrigação prevista em instrumento de transação não possui termo certo e é fungível, diante da ausência da mora e desde que igualmente não haja impedimento negocial, o direito de contratar um terceiro para realizar a tarefa, ou fazê-la pessoalmente, independente de autorização judicial, hipótese em que poderá buscar, mais tarde, o devido ressarcimento da parte contrária.

AJUSTE DE TRANSAÇÃO SUBSTANCIALMENTE RATIFICADO PELO SUPOSTO CREDOR. PRETENSÃO DE RESOLUÇÃO DO PACTO, POR INADIMPLEMENTO CULPOSO DA PARTE ADVERSA, E, CONCOMITANTEMENTE, DE MANUTENÇÃO DOS DEMAIS TERMOS DA AVENÇA. INCONGRUÊNCIA. EXTINÇÃO DO VÍNCULO QUE, ACASO ACOLHIDO, EM RAZÃO DOS SEUS EFEITOS (*EX TUNC*), CULMINARIA

NO RETORNO DAS PARTES À SITUAÇÃO FÁTICA ANTERIOR À TRANSAÇÃO - *STATUS QUO ANTE*.

A pretensão de resolução (art. 475 do CC) da transação firmada entre as partes e homologada em juízo, por suposto inadimplemento da parte adversa, em razão dos seus efeitos no mundo jurídico e no plano dos fatos *(ex tunc)*, não possibilita, por nítida e absoluta desarmonia, que se acolha o pedido de manutenção do mesmo tratado apenas na parte que, ao interessado pela declaração, lhe beneficia.

TRANSAÇÃO E HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL. EFEITOS.

Realizada uma transação de direitos disponíveis e eminentemente patrimoniais, passa ela a existir já no momento de sua subscrição, pela simples vontade dos contratantes, embora possa tal ato se sujeitar à homologação judicial, o que se faz apenas para, formalmente, por fim ao processo e obter os efeitos de futura (e mais eficaz) exigibilidade.

Realizada a transação sobre os direitos controvertidos no processo fica positivada a desistência do direito que assistia às partes obter do juiz uma sentença favorável sobre o mérito da questão ventilada.

TRANSAÇÃO. DESFAZIMENTO. VIA ADEQUADA.

A transação firmada envolvendo direitos disponíveis torna-se imutável e só pode ser rescindida por vício de vontade, na forma prevista no art. 486 do CPC ("os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da

lei civil") e com base no art. 849 do CC ("a transação só se anula por dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa").

Vistos, relatados e discutidos os autos das Apelações Cíveis nº 2010.077380-5, 2010.026521-2, 2009.072446-8, 2009.038615-8, 2010.006732-4, 2009.045478-1, e Agravo (§ 1º do art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento nº 2009.000654-2/0001.00, da comarca da Capital (1ª Vara da Família), em que é apelante e agravante R. H., apelado e agravado C. T. A., e recorrente-adesivo o Perito, Rainoldo Uessler:

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, (a) determinar o arquivamento da Reclamação nº 2007.026629-0 e do agravo por instrumento nº 2006.004377-8 em apenso, diante do trânsito em julgado das suas decisões; (b) não conhecer do agravo retido interposto por R. H. no bojo da cautelar, porque não observado o disposto no § 3º do art. 523 do CPC; (c) retificar, de ofício, os fundamentos que culminaram na extinção do agravo por instrumento (nº 2009.000654-2) interposto por R. H. da decisão homologatória lançada no incidente de suspeição de parcialidade; (d) julgar prejudicado o agravo a que alude o § 1º do art. 557 do CPC (nº 2009.000654-2/0001), o qual foi interposto por R. H. da decisão que julgou prejudicado o agravo por instrumento referido no item anterior; (e) não conhecer, das apelações interpostas por R. H. nos autos da cautelar inominada (nº 2010.077380-5), resolução de sociedade empresarial (nº 2010.026521-2), exceção de suspeição de parcialidade do perito (nº 2009.072446-8), prestação de contas (nº 2010.006732-4) e partilha de bens (nº 2009.038615-8), as proposições que atacam os termos da transação firmada entre a recorrente e o seu ex-marido, C. T. A.; (f) conhecer, dos apelos listados no item anterior, tão somente as teses que tocam o ato de homologação em si; (g) dar provimento ao apelo adesivo interposto pelo Perito, Rainoldo Uessler, nos autos do incidente de exceção de suspeição de parcialidade, para fixar os honorários de sucum-

bência, devidos por R. H., em R$ 15.000,00 (quinze mil reais); (h) negar provimento, das apelações interpostas por R. H. nos autos da cautelar (nº 2010.077380-5), resolução de sociedade empresarial (nº 2010.026521-2), exceção de suspeição (nº 2009.072446-8), prestação de contas (nº 2010.006732-4) e partilha de bens (nº 2009.038615-8), às proposições que objetivavam anular a sentença homologatória da transação operada entre as partes; e, finalmente, (i) negar provimento à apelação interposta por R. H. da sentença que, nos autos de resolução de negócio jurídico nº 2009.045478-1, indeferiu a inicial e julgou extinto o feito, 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. Monteiro Rocha.

Florianópolis, 09 de maio de 2013.

Gilberto Gomes de Oliveira

RELATOR

RELATÓRIO

CAUTELAR INOMINADA PREPARATÓRIA

(Origem nº 023.04.682459-9, TJ nº 2010.077380-5)

Perante o Juízo de Direito da 1ª Vara da Família da Capital, R. H. propôs medida cautelar preparatória contra C. T. A. com o objetivo de, já liminarmente, determinar o afastamento do demandado da administração da sociedade empresária Hotel Pousada Fazenda Verde do Rosa Ltda. para que, na qualidade de sócia remanescente, seja nomeada administradora temporária ou, sucessivamente, para que a sociedade seja administrada por ambos ou por um administrador nomeado pelo juízo, para que se possa

realizar uma auditoria sobre o ativo e passivo, inclusive com arrolamento de bens.

Também, para que seja mantida a distribuição provisória dos lucros na órbita de R$ 8.800,00 (oito mil e oitocentos reais) e para que o suplicado exiba todos os papéis contábeis e mercantis da sociedade, assim como o mapa detalhado da taxa de ocupação do hotel em referência de 2003 até a atualidade.

A alegação circunstancial que ampara a pretensão reside no fato que a demandante e o demandado, pelo regime de comunhão universal de bens, adquiriram grande patrimônio na Praia do Rosa, em Imbituba, e constituíram a sociedade em questão para explorar o ramo hoteleiro; porém, em razão da separação consensual ocorrida em fevereiro de 1999, e postergada a partilha para a conversão da separação em divórcio, o demandado passou a administrar com exclusividade a sociedade e apenas repassava, sem prestar contas de seus atos, a quantia de R$ 5.800,00 (cinco mil e oitocentos reais), que posteriormente veio a ser majorada para R$ 8.800,00 (oito mil e oitocentos reias), a título de distribuição provisória dos lucros.

Afirma a autora, nesse ínterim, que a conduta do seu ex-marido passou a ser desabonadora, tanto que sonegou bens, e que tal situação, diante da ausência de consenso na partilha de seus bens, fulminou a *affectio societatis*.

Após discorrer sobre o direito que entende aplicável, pormenorizar a área e unidades que compõem todo o empreendimento, apontar a sua estimativa de faturamento, enumerar irregularidades na administração operada, apontar os bens sonegados e narrar que o suplicado os adquire em nome próprio com recursos da sociedade, tanto que, paralelamente, constituiu uma nova empresa que atua no estabelecimento que também lhe pertence, pediu pela concessão da liminar, nos termos suso alinhavados, e pela procedência.

Foi realizada audiência de justificação prévia, sem a presença do demandado, ainda não encontrado (fls. 191/195).

Houve o deferimento parcial da liminar almejada, para que a autora, em igualdade de condições, administre a sociedade com o ex-marido, inclusive com acesso a todos os documentos que lhe dizem respeito (fls. 196/198).

Dessa decisão, a demandante interpôs agravo por instrumento (fls. 240/259) e, nesse Tribunal, o pedido de efeito ativo formulado em relação aos demais pleitos liminares não foi acolhido (autos nº 2004.015344-9, fls. 265/266).

O demandado manifestou-se espontaneamente às fls. 387/394.

Alegou que a ação deve ser extinta, sem resolução do mérito, por perda do seu objeto, porque, ao passo que a autora expressa na inicial a vontade de se desligar da sociedade, na qualidade de sócio remanescente, notificou-a para uma reunião cujo intento era dissolver a sociedade em questão, o que veio a ser feito, apesar da sua ausência. Na ocasião, nomeou um liquidante e, empós, registrou a dissolução da sua empresa na Junta Comercial.

Ainda propugnou que a autora não pode administrar em igualdade de condições a sociedade, pois foi investido de tal função por cláusula expressa do contrato social.

Repisou que a sociedade *sub judice* encontra-se em liquidação e que tal deliberação, apesar da ausência da autora, que foi notificada, é válida e, portanto, constitui ato jurídico perfeito e acabado.

Pediu pela revogação da liminar.

Empós a notícia da prática de novos atos irregulares pelo suplicado, o togado *a quo* concedeu nova liminar para (a) declarar a nulidade da ata

de reunião do Hotel Pousada Fazenda Verde do Rosa Ltda. realizada pelo suplicado que, sem a autora, dissolveu a empresa e nomeou-lhe um liquidante; (b) afastar o suplicado da administração da sociedade; (c) nomear como administradora temporária a parte autora; (d) nomear como Perito o Instituto Professor Rainoldo Uessler para que seja realizado um balanço patrimonial, econômico e financeiro da sociedade; e, (e) estabelecer, como pró-labore em favor do demandado, a importância de R$ 5.800,00 (cinco mil e oitocentos reais) (fls. 459/469).

O demandado opôs embargos de declaração (fls. 489/494) e pediu reconsideração da decisão (fl. 497). Ambos não foram acolhidos (fls. 548/549).

O balanço requisitado foi apresentado às fls. 500/533 e 1307/1317.

O magistrado *a quo* determinou a apresentação de resposta pelo demandado, pois suas manifestações anteriores referiam-se à liminar (fl. 1423).

Em sua contestação (fls. 1506/1537), C. T. A. alegou que a intenção da autora é retirar-se da sociedade e dilapidar o seu patrimônio; que, desde o início da constituição da sociedade com a mãe da autora, sempre a administrou com exclusividade; que, com a primeira alteração no contrato social, a mãe da demandante retirou-se do quadro societário, permaneceu como sócio administrador e manteve-se a disposição que postergava a prestação de contas apenas para o término do exercício social; que somente após a separação do casal em 1999, precisamente com a propositura da ação de alimentos em 2002, a autora passou a reclamar da sua administração; que, por ocasião da conversão da separação em divórcio, convencionou-se que permaneceria na administração do empreendimento; que, diante de tais fatos, é evidente que a autora sempre anuiu com a sua administração; que todo o patrimônio foi adquirido apenas com o seu esforço; que a liminar deve ser revogada, pois a autora não tem aptidão para a administração da sua

empresa; que sempre foram prestadas as contas à autora e que, de qualquer modo, porque esta nunca as exigiu, consentiu com o modo que conduzia a empresa; que os recursos recebidos do exterior, referentes a reservas e aluguéis da residência da demandante, foram-lhe repassados; que sempre que realizou algum negócio com a empresa turística Argentina Martin Santiago incluía-os no balancete patrimonial; que a alegada sonegação de bens da partilha deve ser discutida apenas naqueles autos; que a aquisição dos imóveis apontados pela autora ocorreram com recursos próprios, e não do hotel; que somente constituiu a sociedade Verde e Rosa Turismo Ltda. para explorar o transporte de pessoas para as pousadas da região, uma vez que o Hotel Pousada Fazenda Verde do Rosa Ltda. realizava tal transporte de modo irregular, tanto que o DETER - Departamento de Transportes e Terminais já havia enviado notificação; que, para viabilizar a partilha de bens, intencionaram dividir o hotel *sub judice*, de modo que, com o objetivo de implementar o mais rápido possível tal acordo, ampliou o objeto de sua empresa de transportes; e, que, apesar da alienação de alguns bens do casal e particulares, não praticou irregularidade alguma, pois detinha mandato outorgado pela autora e as receitas eram sempre lançadas no patrimônio da empresa para expandi-la.

Insistiu na revogação da liminar e pediu pela improcedência.

O Instituto Professor Rainoldo Uessler foi nomeado administrador judicial através da decisão de fls. 1596/1597.

A autora interpôs agravo, por instrumento (fls. 1604/1636). O efeito suspensivo foi indeferido por essa Corte (nº 2006.004377-8, fls. 1687/1691).

Posteriormente, aludido agravo foi provido (fls. 1915/1922) para que a autora-agravante retornasse à administração da sociedade e o perito, que detinha poderes irrestritos, só supervisionasse e fiscalizasse os atos por ela praticados.

Prestação de contas, pelo administrador judicial, às fls. 1704/1757, 1825/1884, 1955/1962.

O togado *a quo* determinou ao envio de informações a esse Órgão para esclarecer ao Relator do agravo nº 2006.004377-8 que a ação principal dessa cautelar é a partilha de bens (autos nº 023.06.027427-4), e não a ação de resolução de sociedade empresarial (autos nº 023.04.682461-0).

Dessa decisão, a parte autora opôs embargos de declaração (fls. 1937/1940), que foram rejeitados (fl. 1965).

Após, interpôs agravo retido (fls. 2354/2361), porque entende que a demanda principal é a ação de resolução de sociedade, e não a de partilha.

Contrarrazões ao agravo retido às fls. 2366/2372.

Diante das irregularidades praticadas pela autora na administração do hotel, as quais foram apontadas pelo administrador judicial, a magistrada de primeiro grau determinou que a equipe do escritório Meiser Contabilidade Ltda. acompanhasse, passo a passo, a administração realizada (fls. 3314/3316).

A autora interpôs outro agravo, por instrumento (fls. 3333/3384).

Em seguida, as partes noticiaram a celebração de uma transação (fls. 3413/3426).

Às fls. 3457/3461, a autora noticiou que houve o descumprimento de parte do ajuste pelo demandado, de modo que, ao passo que pediu apenas pelo prosseguimento da ação de partilha e da exceção de suspeição do administrador judicial, disse que a dissolução da sociedade comum, prevista no tratado firmado extrajudicialmente, é irreversível.

Também pediu pela extinção, por perda do objeto, dessa cautelar.

Já o demandado pediu pela extinção da ação, com resolução do mérito, porque firmada a transação (fl. 3473).

Através da decisão de fls. 3474/3487, o pacto foi homologado e todos os processos conexos extintos, assim vertido o seu desfecho:

> Em face do exposto, HOMOLOGO O ACORDO de fls. 349/363, incluindo os mapas e memoriais descritivos de fls. 364/376, para que surta seus jurídicos e legais efeitos, referendando, também, a dissolução extrajudicial da sociedade empresária H. P. F. V. do R. Ltda.
>
> Em conseqüência, JULGO EXTINTO O PROCESSO, autos nº 023.06.027427-4, bem como os de nº 023.04.682459-9, 023.04.682459-9/009, 023.04.682461-0, 023.05.005014-4, 023.07.106240-0, com resolução de mérito, diante da transação, na forma do art. 269, inciso III, do Código de Processo Civil.
>
> Condeno a requerente ao pagamento dos honorários periciais, no valor de R$ 124.116,07, conforme cálculo de fl. 3.441, da ação cautelar inominada e cláusula quinta, parágrafo segundo do acordo de fls. 349/363.
>
> Custas e honorários advocatícios, na forma convencionada.
>
> Após o trânsito em julgado:
>
> a) Expeçam-se alvarás, autorizando a requerente a sacar o valor de R$ 18.720,00, depositado em juízo, na subconta nº 07.023.1520-4 (fl. 3.180, dos autos nº 023.04.682459-9) e para alienar o imóvel conhecido como "Terreno do Miguel", devendo reverter o produto da venda para o pagamento das despesas, mencionadas no *caput* da cláusula quinta (fl. 352).
>
> b) Expeça-se carta precatória ao Cartório do Registro de Imóveis de Imbituba, conforme postulado no item VII, I.I, I.II, I.III e I.IV, da petição de fls. 340/347 e na forma da cláusula terceira, parágrafo primeiro do acordo de fl. 351.
>
> c) Expeçam-se cartas de sentença.
>
> P. R. I.

Insatisfeita, a autora recorreu (fl. 3656).

Em suas razões (fls. 3566/3600), alegou que:

(a) transcorrido o lapso de suspensão solicitado no pacto, o suplicado não cumpriu, dentre outras, obrigação substancial para a realização da partilha de bens em discussão, razão pela qual a sua homologação revela-se insubsistente, até porque a sentença chancelou uma partilha desigual;

(b) a sentença concedeu eficácia de título executivo judicial a um acordo descumprido e, assim, abstraiu as consequências da condição resolutiva disposta na cláusula décima sétima do pacto;

(c) falta suporte fático à sentença homologatória, pois concluiu de forma equivocada que desistiu da exceção de suspeição do perito, até porque a intenção era de alinhavar uma estratégia para buscar a isenção dos honorários estabelecidos para os trabalhos periciais, para viabilizar a transação, haja vista que tal verba seria imprópria, ante o comportamento inadequado do perito;

(d) ficou previsto, no tratado formalizado, que haveriam negociações com o administrador judicial para que se buscasse a isenção dos honorários, pois, "para a concretização do acordo, todos tiveram que ceder";

(e) mesmo que tivesse desistido da exceção de suspeição do perito, caberia ao juiz prosseguir na apuração dos fatos e não "recompensá-lo com polpudos honorários extraídos *manu militari* da jurisdicionada já fragilizada pelos anos de litígio";

(f) desde a assunção, pelo perito, do cargo de administrador judicial, denunciou a incompatibilidade e o conflito de interesses entre a função de interventor e a de perito encarregado da apuração de haveres, pois não entendia como seria possível este profissional desenvolver um trabalho isento sobre a própria empresa que passou a administrar;

(g) que o perito lhe constrangeu, pois, além de aceitar desempenhar cumulativamente duas funções, demitiu o seu filho P. A., assim como a funcionária J. W., que fora indicada como sua representante perante a

administração judicial, além de franquear o ingresso irrestrito da parte demandada no empreendimento, mesmo ciente que seu ex-marido havia sido afastado pela prática de atos atentatórios contra a sociedade;

(h) o perito atuou em conluio com o advogado do demandado, o que, inclusive, veio a ser confirmado nos autos por ambos;

(i) o administrador judicial permitiu que seu ex-marido controlasse a sociedade segundo as suas conveniências processuais;

(j) na ação de dissolução de sociedade (nº 023.04.682461-0), o suplicado apresentou quesitos suplementares, mas nunca foi intimada, de modo que os honorários requeridos pelo perito, em relação a esse trabalho, é indevido;

(k) o perito, após cientificado da extinção da administração judicial, simulou locação do Restaurante da Fazenda, sediado no empreendimento, para a ex-locatária do suplicado, e que tal atitude objetivou privar-lhe da exploração daquele local;

(l) as respostas do administrador aos seus questionamentos apenas demonstram que ele é seu inimigo capital e que ele tem interesse na causa em favor da parte adversa;

(m) ante a incapacidade subjetiva do perito, os honorários fixados em seu benefício são indevidos;

(n) o sentenciante não analisou as prestações de contas efetuadas pelo perito;

(o) independentemente da homologação do acordo, a ação de resolução de sociedade (autos nº 023.04.68261-0) e a medida cautelar (autos nº 023.04.682459-9) perderam o seu objeto, a primeira parcialmente a segunda integralmente, porquanto, ao passo que os litigantes promoveram

e não se insurgiram via apelação contra a dissolução extrajudicial da sociedade, há, naquela, pedido de indenização que deve prosseguir;

(p) afastada a homologação do acordo, as ações de prestação de contas (autos nº 023.07.106240-0) e de resolução de negócio jurídico (autos nº 023.08.080217-9) devem prosseguir.

Nestes termos, pautou-se pelo provimento do seu apelo.

Foram ofertadas contrarrazões (fls. 3729/3765).

RESOLUÇÃO DE SOCIEDADE COM APURAÇÃO DE HAVERES

(Origem nº 023.04.682461-0, TJ nº 2010.026521-2)

Ainda perante o Juízo de Direito da 1º Vara da Família da Capital, R. H. deflagrou ação de resolução de sociedade empresarial com apuração de haveres em desfavor de C. T. A. e Hotel Pousada Fazenda do Rosa Ltda.

Após discorrer sobre todos os aspectos já expostos na cautelar, disse que houve quebra da *affectio societatis* e que a expulsão do sócio descumpridor de suas obrigações sociais e violador da lei é medida de rigor.

Nestes termos, pediu pela antecipação dos efeitos da tutela, para que o seu ex-marido seja afastado da sociedade.

No mérito, pela procedência da ação, para que ele seja excluído da sociedade Hotel Pousada Fazenda Verde do Rosa Ltda. ou, sucessivamente, seja decretada a dissolução parcial da sociedade e, em qualquer hipótese, com a apuração de haveres.

Também, pela condenação do demandado ao pagamento de indenização por perdas e danos em decorrência da sua administração dolosa.

A tentativa de conciliação, em audiência (fl. 84), não surtiu efeito.

Em contestação (fls. 87/92), o Hotel Pousada Fazenda Verde do Rosa Ltda., representado por R. H., concordou com a exclusão do sócio C. T. A.

Já C. T. A. (fls. 162/211), ao contestar, pediu, preliminarmente, pelo reconhecimento da litispendência em relação à ação de conversão de separação judicial em divórcio, autos nº 023.2.045238-4, assim como pelo reconhecimento da carência de ação, por ausência de interesse, pois, a partir do momento em que a parte autora sinalizou a sua intenção de retirar-se da sociedade, tal fato implica na impossibilidade de pedir pela sua exclusão.

No mérito, afirmou que a parte autora litiga com má-fé, pois as suas assertivas são inverídicas, haja vista que nunca praticou qualquer ato irregular na condução do negócio.

Refutou pormenorizadamente todas as alegações e, nestes termos, pediu pela improcedência.

Impugnação à contestação às fls. 307/328.

As preliminares de litispendência e carência de ação, por ausência de interesse de agir, foram afastadas e o feito saneado (fl. 342). Nessa ocasião, foi determinada a realização de perícia contábil para a apuração dos haveres, de modo que o Instituto Professor Rainoldo Uessler foi nomeado como perito.

O laudo foi apresentado às fls. 634/929.

Contraditório às fls. 931/994.

Empós, as partes comunicaram a realização de uma transação (fls. 1205/1219) e, então, a ação foi extinta através da decisão de fls. 1236/1249, cujo dispositivo já foi transcrito na cautelar suso mencionada.

A apelação, da autora, é aquela já relatada (fls. 1251/1286).

Foram ofertadas contrarrazões (fls.1382/1417).

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO

(Origem nº 023.04.682459-9/009, TJ nº 2009.072446-8)

R. H. arguiu, no Juízo de Direito da 1º Vara da Família da Capital, por dependência à cautelar suso relatada, a suspeição de parcialidade do perito judicial, Rainoldo Uessler.

Afirmou que Rainoldo Uessler é Presidente e representante legal do Instituto Rainoldo Uessler, de modo que foi inicialmente nomeado para elaborar um balanço econômico, financeiro e patrimonial do Hotel Pousada Fazenda Verde do Rosa, cuja propriedade e administração encontra-se em discussão com seu ex-marido, C. T. A.

Disse que o balanço foi realizado e que o perito acompanhou a primeira reunião de sócios para apreciar a prestação de contas que realizou; que, com a modificação da liminar, foi alçado à condição de administrador; que, concomitantemente, foi nomeado perito na ação principal (resolução de sociedade, nº 023.04.682461-0) para confeccionar um laudo de apuração de haveres; e, que, finalmente, com a reversão da liminar através do agravo que interpôs, o Louvado ficou incumbido de apenas fiscalizar os seus atos de gestão.

Contudo, entende não é possível que o perito desenvolva um trabalho isento sobre a própria empresa que administrou.

Além disso, narra que o perito passou a lhe constranger, tanto que demitiu o seu filho P. A. que trabalhava na recepção do hotel, assim como a funcionária que indicou como sua representante perante a administração judicial; que ele também franqueou o ingresso irrestrito do sócio remanescente ao empreendimento; e, que foram realizados uma série de atos que contrariaram seu interesse e beneficiavam o outro sócio, seu ex-marido, que, mesmo durante a intervenção, passou a administrar indiretamente a empresa.

Repisou vários dos aspectos já insertos na medida cautelar antes relatada e, nestes termos, pediu a concessão de liminar para que o perito seja afastado das funções que desempenha e pela procedência para que seja reconhecida a sua parcialidade.

C. T. A. manifestou-se às fls. 149/156 para pedir pelo reconhecimento da preclusão para a arguição da suspeição de parcialidade.

O arguido, Rainoldo Uessler, manifestou-se às fls. 159/169.

Disse que há, de fato, a ocorrência da preclusão temporal para a arguição de sua suspeição, nos termos do art. 305 do CPC; que R. H. aponta a incompatibilidade entre a função de perito e de administrador, porém não traz qualquer justificativa em seu encalço; que norteou todos os seus atos com ética, moral e imparcialidade; que atuou com transparência e que todas as solicitações das partes foram respondidas em juízo; que o contato com as partes, para esclarecimentos, pedidos ou sugestões, eram comuns, mas sempre em benefício da sociedade; que os sócios sempre foram instigados a colaborar com a administração judicial; e, que nunca fez qualquer distinção entre os litigantes.

Pediu, pois, pela improcedência.

Impugnação às fls. 181/205.

A exceção foi extinta ante a notícia de um acordo entre R. H. e C. T. A. , consoante decisão de fls. 432/445, cujo dispositivo já foi transcrito na medida cautelar antes relatada.

Insatisfeita, a excipiente, R. H., comunicou a interposição de um agravo, por instrumento (fls. 447/482), e também apelou (fls. 483/518).

As razões de apelação são, *ipsis litteris*, aquelas insertas no apelo interposto nos autos da medida cautelar.

O excepto ofertou contrarrazões (fls. 605/620).

Empós, recorreu adesivamente (fls. 713/716).

Propugnou que, ante a resistência da excipiente de adimplir a verba honorária a que faz *jus*, não se trata de mero incidente, de modo que é devida a sua condenação ao pagamento de ônus de sucumbência.

Pautou-se, nestes termos, pelo provimento do seu apelo adesivo, para que se imponha a condenação de verba honorária aos seus advogados.

Contrarrazões ao apelo adesivo às fls. 720/725.

AGRAVO DO 557 DO CPC NO AGRAVO POR INSTRUMENTO

(Origem nº 023.04.682459-9/009, TJ nº 2009.000654-2/001)

O agravo por instrumento interposto pela excipiente, R. H., cujos fundamentos (fls. 04/35) são exatamente aqueles lançados na exceção de suspeição de parcialidade do perito (excepto) e cuja liminar objetivava ordem de sobrestamento do pagamento dos honorários periciais arbitrados, neste Tribunal, não obteve o efeito suspensivo concedido (fls. 99/101), de modo que, após o oferecimento das contrarrazões (fls. 105/119), foi julgado extinto na forma do art. 557 do CPC, haja vista que o Relator primário compreendeu que ele estaria prejudicado, ante a prolação de sentença na ação que lhe deu origem (fl. 197).

Insatisfeita, R. H. (agravante/excipiente) interpôs o agravo a que alude o § 2º do art. 557 do CPC (fls. 204/207).

Expôs, em defesa, que a decisão atacada não deve preponderar, pois o agravo por instrumento é a via adequada para atacar a decisão proferida no incidente de suspeição de parcialidade do perito.

Pugnou pelo provimento para que o agravo por instrumento retome ao seu curso normal.

PARTILHA DE BENS

(Origem nº 023.06.027427-4, TJ nº 2009.038615-8)

R. H. propôs ação de partilha contra C. T. A.

Narrou, ao Juízo de Direito da 1ª Vara da Família da Capital, após discorrer sobre os motivos que culminaram na separação com o demandado, que detém 50% (cinquenta por cento) do capital social da sociedade Hotel Pousada Fazenda Verde do Rosa Ltda.; que propôs ação de resolução de sociedade empresária contra seu ex-marido (autos nº 023.04.682461-0), de modo que, como lá não houve reconvenção e estão comprovadas as faltas graves, todas as quotas da sociedade devem permanecer consigo; que o acervo de bens da sociedade (diversas unidades habitacionais destinadas à locação, prédios comerciais, instalações hoteleiras e inúmeras benfeitorias) serão apontados por perícia na referida ação; que o suplicado, ao propor a ação de conversão de separação judicial em divórcio, enumerou diversos bens (listados às fls. 07/08), porém, referida relação não condiz com o patrimônio efetivamente pertencente ao casal, pois foram omitidos no rol diversos outros bens (listados às fls. 08/09); e, que o suplicado tem adquirido bens em nome próprio com os recursos da sociedade, assim como alienado indevidamente alguns bens do casal.

Nestes termos, e após apresentar o seu esboço, pediu pela procedência para que a partilha seja realizada nos moldes apresentados.

C. T. A. ofertou resposta em forma de contestação e reconvenção.

Na contestação (fls. 141/175), arguiu, preliminarmente, a inépcia da inicial e, no mérito, defendeu que os bens a serem partilhados são apenas os adquiridos a partir do casamento até a data da separação de fato.

Impugnou o esboço de partilha apresentado na inicial e pugnou pela improcedência.

Já na reconvenção (fls. 209/222), pediu pela realização da partilha dos bens que listou.

A impugnação à contestação foi ofertada (fls. 315/331), assim como a contestação à reconvenção (fls. 332/338).

As partes noticiaram a realização de uma transação (fls. 340/363).

O Ministério Público manifestou-se pela não intervenção (fl. 381).

O togado *a quo*, empós, homologou o ato de convergência de vontades em conjunto com as demais ações, consoante desfecho já anunciado aqui.

Insatisfeita, a autora recorreu a este Tribunal (fl. 559).

Em suas razões (fls. 560/638), propugnou que a sentença é nula, pois compactuou com uma desigualdade na partilha; que houve descumprimento do tratado, uma vez que, ao passo que ficou estipulado a constituição de um condomínio, cuja aprovação de licenças ambientais e demais autorizações foram atribuídas ao demandado, tal condição não foi implementada até o momento da prolação da sentença, razão pela qual o ajuste não deveria ter sido homologado; que a sentença, em face da desídia do demandado, constituiu um título judicial ilíquido, até porque não estabeleceu nenhuma condenação ao suplicado; que há nulidade por violação ao devido processo legal, haja vista que, diante da cláusula resolutiva expressa, a ação de partilha deve prosseguir; que há nulidade, por violação ao princípio do contraditório, porquanto a sentença fundou-se apenas nas considerações do apelado; que houve recusa injustificada na tentativa de conciliação das partes; que, ao remeter o descumprimento do pacto para a fase de execução de sentença, o julgador primário praticou *error in procedendo* para evitar o julgamento de uma causa complexa e trabalhosa; que houve quebra do dever de imparcialidade do julgador, visto que, em uma das suas interlocutórias, utilizou as mesmas expressões utilizadas pela parte adversa em sua petição citando-as como "ponderáveis argumentos"; que a transação formulada com o suplicado não passa de uma partilha amigável e, por isto, como negócio jurídico bilateral, está sujeito à condição prevista no

§ 1º da cláusula 12ª e cláusula 17ª; que, ante a negligência do demandado, notificou-o, de modo que a contra-notificação que lhe foi encaminhada "encerra verdadeira confissão expressa da inexecução voluntária da obrigação"; que o demandado, ao revés do que ficou consignado na sentença, atuou com dolo, de modo que o esboço de partilha foi desintegrado, o que lhe causou graves prejuízos; que não há óbice, em razão do princípio da conservação, para que se persiga apenas a invalidade/ineficácia das cláusulas (do acordo) não cumpridas com a manutenção daquelas que se tornaram irreversíveis pelo regular adimplemento; que as pendências perpetradas pela parte demandada são inconciliáveis com a fase de execução de sentença; que, ao homologar uma partilha previamente denunciada pela sua desproporção, a sentença vilipendiou o princípio da igualdade; e, que o princípio da exceção do contrato não cumprido reclama aplicação.

Finalmente, pediu, a título de antecipação dos efeitos da tutela recursal, pela suspensão dos efeitos da sentença. No mérito, pelo provimento, para que seja reformada a sentença para que as ações possam tramitar ou, sucessivamente, para que o julgamento seja convertido em diligência para que o recorrido comprove o cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, para que, mantida a homologação, seja fixado prazo para que ele satisfaça a obrigação, sob pena de multa.

As contrarrazões foram exibidas (fls. 671/706).

Os autos foram remetidos a esta Corte e, logo em seguida, à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que se manifestou pela não intervenção (fl. 768).

PRESTAÇÃO DE CONTAS

(Origem nº 2010.006732-4, TJ nº 2010.006732-4)

Trata-se de ação de prestação de contas promovida por R. H. contra C. T. A. na comarca de Imbituba.

Após repisar todo o imbróglio instaurado com o seu ex-marido, a autora afirma que o suplicado administrou os bens comuns e praticou inúmeras irregularidades, razão pela qual tem o direito de exigir contas.

Após discorrer sobre o direito que entende aplicável, pediu pela procedência, para que sejam prestadas as contas referentes aos anos de 1995 até 2003, assim como de 01 de janeiro até 07 de outubro de 2004.

C. T. A. foi citado e contestou (fls. 151/200).

Pediu pelo reconhecimento da conexão, litispendência e carência de ação por ausência de interesse, esta ao argumento que, quando tomou posse da administração da empresa, a autora igualmente tomou ciência de todos os documentos relativos às contas do estabelecimento.

No mérito, articulou que sempre exerceu sozinho a administração da sociedade objeto da controvérsia e que sempre contou com a anuência da autora, que não se interessava pela administração, apenas pelos lucros mensais.

Disse que toda a contabilidade da empresa sempre ficou à sua disposição, que não tem mais condições de prestar as contas requeridas, porque foi afastado da administração; que, por ocasião das alterações contratuais, sempre outorgaram quitação recíproca; que tal incumbência não deve recair sobre a sua empresa Hotel Fazenda Verde Ltda. e, tirante alguns aspectos aqui já conhecidos, que a autora atua com má-fé.

Postulou pela improcedência.

Réplica às fls. 307/320.

A preliminar de conexão foi reconhecida e os autos remetidos para o Juízo de Direito da 1º Vara da Família da Capital (fls. 321/322).

As partes, em seguida, comunicaram a formalização de uma transação (fls. 331/345).

Esta ação, tal qual as demais, foi extinta (fls. 350/363).

A apelação, da autora, é idêntica àquela da cautelar (fls. 365/400).

Houve contrarrazões (fls. 484/513).

RESOLUÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO

(Origem nº 023.08.080217-9, TJ nº 2009.045478-1)

Trata-se de ação de resolução de negócio jurídico proposta por R. H. contra C. T. A., através da qual pretende-se a resolução do acordo formalizado pelas partes e homologado pelo juízo nos autos das demais demandas que envolvem os litigantes à alegação que o demandado deu azo ao inadimplemento absoluto de tal pacto, na forma do art. 475 do CC.

A autora apontou e esmiuçou todas as nuances do inadimplemento do suplicado, as quais foram relatadas anteriormente, e pediu pela procedência.

A petição inicial foi indeferida e o feito foi extinto, através da decisão de fls. 244/248, cujo desfecho foi assim lavrado:

Em face do exposto, com fulcro nos arts. 267, inciso I e VI e 295, inciso III, ambos do Código de Processo Civil, INDEFIRO a petição inicial e JULGO EXTINTO o processo, sem resolução do mérito.

Custas na forma da lei.

P.R.I.

Insatisfeita, a autora recorreu (fls. 252) e, em sua exposição (fls. 253/265), alegou que a ação tem por fito a resolução do acordo formalizado com o demandado, isto com base no art. 475 do CC, e não a sua anulação; que a demanda foi proposta antes da homologação de tal pacto; que a decisão é nula, pois, ao passo que indeferiu a inicial com base no art. 267, incisos I e VI, e no art. 295, inciso III, ambos do CPC, entendeu

que não há falar em inadimplemento culposo do demandado; que a ação de execução não é o meio hábil ao cumprimento de obrigações ilíquidas; que a presente ação é prejudicial à homologação do ajuste firmado com o demandado; e, por fim, que referido tratado estipulou de forma clara uma cláusula resolutiva expressa.

Prequestionou dispositivos legais e, nestes termos, pautou-se pelo provimento do seu apelo.

Não foram ofertadas contrarrazões, porque não foi formada a tríade processual.

Ascenderam todos autos que, por redistribuição (Ata de sessão nº 432), vieram-me conclusos, ante o regime de cooperação.

Exposta a essência do embróglio que envolve os litigantes, decido.

VOTO

Providências processuais e ADMISSIBILIDADE

I. Além das medidas - ações, incidentes e recursos - cujo relato se confeccionou acima, a Reclamação (autos nº 2007.026629-0) e o agravo por instrumento (autos nº 2006.004377-8) de R. H., aquela proposta para apontar *erros in procedendo* na atuação da togada que conduziu tais ações na instância inferior (Dra. Cláudia Lambert de Faria) e aquele interposto da decisão que, na medida cautelar inominada, retirou das mãos da autora a administração do Hotel Fazenda Verde do Rosa Ltda. nomeando-lhe administrador o Instituto Professor Rainoldo Uessler, ainda encontram-se em apenso, sem necessidade.

A Reclamação, como se infere à fl. 769, foi julgada extinta, sem resolução do mérito, ante a perda superveniente do seu objeto, pois todos

os pedidos nela formulados foram analisados por ocasião do julgamento do agravo por instrumento nº 2007.026628-3, também interposto por R. H. Frise-se, ambos (agravo e reclamação) transitaram em julgado.

O agravo por instrumento nº 2006.004377-8, cuja decisão final (fls. 897/904) acolheu o pedido de R. H. para retornar à administração da sociedade que mantém com seu ex-marido, igualmente transitou em julgado, a despeito da interposição de um recurso especial por este e de um recurso especial adesivo por aquela, os quais não foram admitidos (fls. 1529/1531 e 1533/1534).

Se assim é, devem tais autos retornarem ao arquivo.

II. Na cautelar, R. H. interpôs agravo retido (fls. 2354/2361) da interlocutória que determinou ao envio de informações a esse Órgão para que se esclarecesse, nos autos do agravo por instrumento nº 2006.004377-8 - cujo arquivamente outrora se determinou - que a ação principal da preparatória seria a partilha de bens (nº 023.06.027427-4), e não a resolução de sociedade empresarial (nº 023.04.682461-0).

Não obstante, aludido agravo sequer é conhecido, pois nenhum dos envolvidos não requereram o seu conhecimento em razões ou contrarrazões de apelação, consoante prescreve o § 3º do art. 523 do CPC.

III. Como se depreende do relato inicial, a mesma sentença que homologou a transação firmada entre os litigantes julgou extinta a medida cautelar preparatória (nº 2010.077380-5), a resolução de sociedade empresarial com apuração de haveres (nº 2010.026521-2), a *exceção de suspeição do perito* (nº 2009.072446-8), a partilha de bens do casal em disputa (nº 2009.038615-8) e a prestação de contas (nº 2010.006732-4).

Logo, se o julgamento é simultâneo, admite-se a interposição de apenas um recurso para atacar todas as questões ventiladas em cada demanda, pois a sentença que se pretende modificar é una.

O STJ compartilha desse raciocínio:

> Nos casos de conexão de ações, com julgamento simultâneo, proferida sentença única, pode a parte interpor apenas um recurso abrangendo todas as ações, pois, o que se ataca é a decisão que é una (REsp nº 230732-MT, rel. Min. Castro Filho, julgado em 16.06.2005).

Isso se verifica com a medida cautelar preparatória, a resolução de sociedade empresarial com apuração de haveres, a *exceção de suspeição do perito* e a prestação de contas, haja vista que o recurso de apelação encartado em uma delas é exatamente idêntico ao outro.

Só pra esclarecer, desde já, a partilha de bens e a ação de resolução de negócio jurídico por inadimplemento substancial possuem apelo próprio.

Sabe-se, por outro lado, que, em regra, a decisão que aprecia a *exceção de suspeição* não põe fim ao processo, porque resolve uma questão incidental, razão pela qual se caracteriza como interlocutória (art. 162, § 2º, CPC).

Assim, o recurso cabível de tal decisão é o agravo, por instrumento (art. 522 do CPC), e não a apelação.

Nesse sentido:

> EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE PERITO JUDICIAL. APELAÇÃO. INADMISSIBILIDADE.
>
> A decisão que julga exceção de suspeição de perito judicial, porque não põe termo ao processo, reveste-se de caráter interlocutório, desafiando o recurso de agravo de instrumento e não apelação
>
> (Apelação Cível nº 47.410, de Tangará, rel. Des. Eder Graf, julgada em 08.11.1994).
>
> E:
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE PERITO JUDICIAL. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO. INADEQUAÇÃO. INCIDENTE PROCESSUAL JULGADO POR DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RECURSO CABÍVEL: AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DÚVIDA

OBJETIVA. ERRO GROSSEIRO. DESPROVIMENTO DO AGRAVO

(Agravo de Instrumento nº 2011.084143-1, de Videira, rela. Desa. Soraya Nunes Lins, julgado em 19 de janeiro de 2012).

No caso, porém, a situação é peculiar.

É que, com a homologação da transação firmada entre o casal discordante e a extinção, além das ações conexas, da *exceção de suspeição* do perito, R. H. interpôs, em aludido incidente, um agravo por instrumento (nº 2009.000654-2) e um recurso de apelação (nº 2009.072446-8).

Seria o caso, em princípio, então, de não conhecimento da apelação interposta, porquanto, como visto, a decisão que resolve o incidente de *exceção de suspeição*, em regra, não é "sentença", mas simples interlocutória.

Não obstante isso, deve-se ter em mente que a extinção *sub judice* pautou-se no art. 269, inciso III, do CPC, isto é, trata-se de decisão que resolveu o mérito da *quaestio* e que pôs fim à controvérsia, de modo que, por consequência, tenho por inadequado o uso do agravo.

Nesse ínterim, vejo que o referido agravo (nº 2009.000654-2), repita-se, que foi interposto da sentença homologatória da transação e de extinção da exceção de suspeição do perito, teve seu pedido de efeito suspensivo indeferido (fls. 99/101) e, após a apresentação de contrarrazões pelo perito (fls. 105/119), foi julgado prejudicado, com base no art. 557 do CPC, porque o Relator primário entendeu que havia sido prolatada sentença na ação que o originou (fl. 197).

Mas, é facilmente perceptível, não se trata de agravo de interlocutória que resolve questão incidental no curso do próprio feito, como o deferimento ou indeferimento de um pedido de antecipação dos efeitos da tutela, mas de agravo da decisão que resolveu o próprio incidente de suspeição. Significa dizer que, apesar de ambas decisões possuírem natureza idêntica, no primeiro caso (agravo de simples interlocutória) a sentença na

ação originária gera a perda do objeto do agravo dele decorrente, ao passo que na segunda hipótese agrava-se da própria decisão (interlocutória) que resolve o processo incidental.

Por isso que, imediatamente após o equivocado pronunciamento extintivo, R. H. interpôs o agravo a que alude o § 1º do art. 557 do CPC para defender, justamente, que o recurso adequado da decisão que resolve o incidente de suspeição é, mesmo, o agravo por instrumento, o que afastaria a alegada prejudicialidade.

De fato. Em regra, como esmiuçado, o recurso cabível, em casos tais, é o agravo, por instrumento.

Porém, como a situação é peculiar, ou seja, porque se trata de decisão homologatória de transação (art. 269, inciso III, do CPC) que pôs fim a toda controvérsia instaurada na instância inferior, o agravo por instrumento não tem cabimento, porque as particularidades do próprio caso em comento alteraram a natureza do *decisum* primário - o que fez com que a apelação concomitantemente interposta por R. H. fosse cabível.

Desse jeito, não há alternativa senão a manutenção da decisão que julgou extinto o agravo por instrumento em comento, nos termos do art. 557 do CPC, porém, não por prejudicialidade, pois não houve superveniente prolação de sentença, mas por evidente inadmissibilidade.

IV. Em razão de tal circunstância, o que fica prejudicado, por corolário lógico, é o agravo a que alude o § 1º do art. 557 do CPC, o qual também foi interposto por R. H., pois não há razão, diante de tudo isso, para que o agravo por instrumento prossiga, justo porque se está diante de uma decisão que homologou uma transação realizada entre as partes.

V. Igualmente por isso, repita-se, porque se está diante de uma decisão que homologou uma transação realizada entre as partes no bojo da medida cautelar, da resolução de sociedade empresarial, da exceção de

suspeição de parcialidade, da prestação de contas e da partilha de bens, as apelações interpostas nestes autos não podem ser conhecidas, substancialmente.

Isso, porque, num resumo do feixe de teses arguidas em tais apelos, ao passo que R. H. ataca tanto o acordo em si (traz à baila, v.g., *a exceptio non rite adimpleti contractus*) como o ato de homologação judicial (cite-se, a nulidade da sentença por violação ao princípio do devido processo legal), a sentença simplesmente homologatória de transação resultante da vontade das partes somente é desconstituível como os atos jurídicos em geral, na forma do art. 486 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

> Art. 486. Os atos judiciais, que não dependam de sentença, ou em qye esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.

Significa dizer, em termos práticos, que a pretensão de rediscutir os termos do acordo ou da transação homologados só pode ser feito por ação própria, e não pela via recursal, pois a parte se insurge contra ato de própria disposição - direito disponível, eminentemente patrimonial.

Veja-se:

> A sentença homologatória da transação pode ser impugnada por recurso de apelação ou por ação rescisória (CPC 485) quando o vício for da própria sentença.
>
> Quando se pretende atacar a transação, negócio jurídico celebrado entre as partes, a ação não é a rescisória, mas a anulatória do CPC 486.
>
> (NERY JÚNIOR, Nelson. Código de Processo Civil Comentado, 8ª ed., RT, 2004, p. 710).

Isso se conclui, porque, em casos tais, o Poder Judiciário apenas chancela a manifestação de vontade dos litigantes, de modo que não há falar em parte vencedora ou vencida a legitimar a interposição do recurso, que só "pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público" (art. 499 do CPC).

Os jurisconsultos deste Tribunal perfilham desse entendimento:

> A partilha amigável homologada judicialmente somente pode ser modificada por meio de ação própria - ação anulatória -, à vista de provas robustas acerca da ocorrência de vícios de consentimento, seja por erro, dolo ou coação, não bastando ao acordante irresignado valer-se da via recursal
>
> (Apelação Cível nº 2003.025667-9, de Criciúma, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, julgada em 17.06.2004).

E:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIVÓRCIO CONSENSUAL. PARTILHA DE IMÓVEL. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO JUDICIAL. APELAÇÃO CÍVEL. VIA INADEQUADA. RECURSO NÃO CONHECIDO.
>
> Ação rescisória e ação de anulação de ato jurídico são os meios jurídico-processuais adequados para atacar sentença baseada em acordo homologado judicialmente sobre partilha de imóvel.
>
> (Apelação Cível nº 2002.009950-9, de Pomerode, rel. Des. Monteiro Rocha, julgada em 28.07.2005).

A jurisprudência do STJ também não destoa desse raciocínio:

> Acordo judicial, homologado pelo Juiz, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, pode ser desconstituído na forma do art. 486 do Código de Processo Civil, dada a ausência de conteúdo decisório
>
> (REsp nº 648365-MS, rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 06.11.07).

E:

> O avençado pelas partes em acordo judicial, homologado pelo juiz sem nenhum conteúdo decisório, é desconstituível como os atos jurídicos em geral, na forma do art. 486 do CPC
>
> (REsp nº 143059-SP, rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 16.09.97).

Especialmente:

> A ação anulatória, prevista no art. 486 do Código de Processo Civil, tem cabimento para a desconstituição de atos jurídicos em geral levados a efeito em juízo e alvo de mera homologação judicial.
>
> Assim, para que seja utilizada no ataque a sentença transitada em julgado, imperioso é que a atividade exercida pela autoridade judiciária tenha se revestido de caráter meramente secundário, visando apenas conferir oficialidade à vontade manifestada pelos litigantes (acordos, transações etc) ou a emprestar eficácia ao negócio jurídico realizado em procedimento judicial (arrematação, adjudicação etc).
>
> Quando, ao contrário, a sentença acobertada pela eficácia da coisa julgada material, não é meramente homologatória, e deriva do exercício do poder jurisdicional atribuído ao órgão judiciário competente, resolvendo o mérito da lide (art. 269 do CPC), somente poderá ser impugnada por meio do ajuizamento de ação rescisória (art. 485 do CPC), restando imprestável a esse fim a demanda disciplinada no art. 486 do CPC
>
> (REsp nº 1.286.501-GO, rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 16.02.2012).

Portanto, porque é certo que a pretensão de rediscutir os termos da transação homologada com observância do prescrito no art. 104 do CC só pode ser feita por ação própria, conforme previsto no art. 486 do CPC, e com os fundamentos do art. 849 do Código Civil ("a transação só se anula por dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa"), não pode a recorrente se valer da via recursal para tal desiderato.

Se assim é, como alhures mencionado, não se deve conhecer, ainda que parcialmente - mas substancialmente -, dos recursos de apelação interpostos pela autora, R. H., nos autos das seguintes ações: medida cautelar, resolução de sociedade empresarial, exceção de suspeição, prestação de contas e partilha de bens.

VI. Por fim, de se conhecer o recurso adesivo interposto pelo Perito, Rainoldo Uessler. E não se diga, aqui, que há ausência de pertinência temática, pois, apesar da restrição realizada acima, o apelo de R. H. ataca

a sentença homologatória da transação firmada com seu ex-marido, C. T. A., para que, dentre outras coisas, a exceção de suspeição de parcialidade do perito prossiga e ele, ao final, não receba os honorários arbitrados pelos serviços que prestou.

Feitas tais delimitações, adentro ao MÉRITO.

Todo o imbróglio, num rápido resumo que ainda ouso tecer para acrescer aos fatos até aqui mencionados e facilitar o deslinde da lide, nasceu de uma separação judicial mal resolvida entre a autora de todas estas demandas, R. H., e o seu ex-marido, C. T. A.

É que, por ocasião da separação do casal, a partilha dos seus bens foi relegada e, então, R. H. consentiu que C. T. A. continuasse na administração da sociedade empresarial constituída por ambos, o Hotel Pousada Fazenda Verde do Rosa Ltda., que está localizado na cidade de Imbituba.

A partir de certo momento, por razões que não mais importam aqui, R. e C. se desentenderam e, então, buscaram os balcões do Judiciário. Ela alega que C. administrou mal a sociedade, que sonegou bens, que adquiriu patrimônio com os recursos advindos da empresa, que, paralelamente, formou uma nova sociedade e que esta, de forma indevida, veio a ser estabelecida nas dependências do hotel que também lhe pertence. Ele, naturalmente, se defendeu e, para tanto, asseverou que a administração dos bens do casal e, principalmente, da sociedade comercial, foi pautada na probidade.

Por tais fatos, foram propostas diversas medidas, as quais acima citei. Na medida cautelar, R. H. buscava retomar a administração ou, então, nomear um terceiro administrador, para que todo o patrimônio comum, em especial o empreendimento hoteleiro, fosse resguardado das garras de C., que, desde então, já tinha ao seu lado uma nova companheira.

R. obteve a concessão de liminar para retornar, ao lado de C., à administração do Hotel Pousada Fazenda Verde do Rosa Ltda.

À época, o Instituto Professor Rainoldo Uessler foi designado para realizar apenas um balanço patrimonial da sociedade. Mas, como este apontou irregularidades, houve a mudança na administração do hotel, que foi entregue, ao fim, para o próprio Instituto Professor Rainoldo Uessler.

R. agravou de tal decisão, e retornou à administração do hotel. O Instituto em comento passou, então, a supervisionar a gestão.

Entre estas idas e vindas, R. H. propôs a ação de partilha de bens do casal, a ação de resolução de sociedade empresarial com apuração de haveres, a exceção de suspeição de parcialidade do perito, a ação de prestação de contas do período em que C. conduziu a empresa sozinho e, não bastassem, todos os agravos daí decorrentes.

Após anos de embate, R. e C., tencionando pôr fim a toda a controvérsia, firmam um protocolo para transação judicial (fls. 3413/3425).

Em tal documento - diga-se, subscrito pelas partes (pessoas distintas da mediania que se verifica na grande massa populacional, pois, em paridade de condições, são suficientemente instruídos), pela atual companheira do demandado, pelos seus advogados e por duas testemunhas -, R. e C. elaboraram um plano de divisão do imóvel principal que compõe o acervo de bens comuns e, então, a sociedade Hotel Pousada Fazenda Verde do Rosa Ltda. foi desfeita e os seus bens desmembrados em duas partes iguais.

Reza a cláusula segunda do protocolo de transação que a parte Norte, com todas as suas edificações, acessões e benfeitorias passou a pertencer a C., enquanto que a gleba localizada ao Sul, igualmente com todas as suas unidades, patrimônio e demais bens, passou a ser propriedade exclusiva de R. H. (fl. 3414).

Resolvida a questão central, as partes deliberaram, no próprio termo de transação, sobre as condições para a sua plena concretização.

Ficou estabelecido, dentre outras coisas, que:

(a) R. e C. providenciariam todos os atos necessários para a averbação de tal desmembramento na matrícula dos bens que compõe vultuoso empreendimento (cláusula terceira, parágrafo primeiro);

(b) incumbiria às partes requerer a suspensão de todos os processos que lhes envolviam, assim como a homologação do pacto (cláusula terceira, parágrafo segundo);

(c) o imóvel conhecido como "Terreno do Miguel" seria colocado a venda por ambos os transatores (cláusula quinta, parágrafo primeiro);

(d) R. H. responderia pelas custas de todos os processos instaurados, assim como os honorários do Perito (cláusula quinta, parágrafo segundo);

(e) R. exploraria, a partir da transação (março de 2008) até abril de 2009, em regime de exclusividade, a parte Norte e a parte Sul, "a fim de capitalizar-se para os investimentos necessários na área que lhe tocará, com vistas à sua equiparação em termos de rentabilidade, por sua própria conta e risco" (cláusula sexta);

(f) caberia a R., para complementar sua meação, o imóvel objeto da usucapião nº 030.05.003240-2, cuja regularização documental encontra-se aos cuidados de C., bem como o prefixo telefônico (48) 3355-7272, a ser transferido para o seu nome (cláusulas sétima e oitava);

(g) o imóvel conhecido como Terreno da Imobiliária seria transferido para os filhos do casal (cláusula nona);

(h) a marca Fazenda Verde do Rosa e o seu *site* serão de uso comum de ambos os transatores (cláusula décima);

(i) R. exploraria, com exclusividade, a marca e o *site* pelo prazo de dois anos da data da transação (cláusula décima, parágrafo primeiro);

(j) a fim de assegurar o potencial construtivo do lado Sul, R. elaboraria um projeto de condomínio de unidades autônomas, comprometendo-se C., através de seu escritório jurídico, a anuir com o projeto e buscar a aprovação das licenças e autorizações ambientais (Fatma e Ibama) (cláusula décima segunda, parágrafo primeiro);

(k) C. se comprometeria a participar, por intermédio de seu procurador, nas negociações com o Instituto Professor Rainoldo Uessler para "buscar a isenção dos honorários estabelecidos para os trabalhos periciais, considerados pela segunda transatora como impróprios, que nesta hipótese, desistirá das imputações veiculadas bem como da ação de invalidade de negócio jurídico nº 030.06.004166-8" (cláusula décima segunda, parágrafo quinto)

(l) C. pagaria, a título de alimentos para os dois filhos do casal, um salário mínimo por mês (cláusula décima segunda, parágrafo sexto);

(m) C. e R. empreenderiam esforços para extinguir o Inquérito Policial nº 2005.72.00.006559-0 (cláusula décima segunda, parágrafo sétimo);

(n) o veículo Galloper seria transferido para um dos filhos (cláusula décima quinta, alínea "i");

(o) a homologação judicial da transação implicaria na extinção de todos os processos que envolvem as partes, na renúncia a qualquer pretensão de partilha, sobrepartilha, sonegados, etc., na renúncia a qualquer crédito relativo à venda de dois terrenos pertencentes ao casal, na outorga de quitação recíproca de qualquer crédito relativo ao período em que C. ou R. administraram com exclusividade a sociedade (cláusula décima sexta);

(o) o instrumento de transação "é firmado em caráter irrevogável e irretratável, obrigando as partes e seus herdeiros ou sucessores, só

escusando-se de cumprimento pela não implementação de qualquer das condições nele previstas, caso em que as partes retornam ao status quo anti" (*sic*) (cláusula décima sétima).

Ocorre que, decorrido o prazo de suspensão requerido (seis meses), as partes foram intimadas e, por conseguinte, ao passo que C. aquiesceu com a homologação da transação, R. apontou o descumprimento do pacto por este e, em vários aspectos, a nulidade da sentença homologatória.

Todas as teses que giram em torno daquele fundamento não foram conhecidas, como já visto.

Já as proposições que atacam o ato de homologação em si não logram perspectiva de êxito.

Isso, porque não há falar que a togada *a quo* concedeu eficácia de título executivo judicial a um acordo descumprido, o que teria, na concepção da recorrente, violado as disposições da cláusula resolutiva disposta no protocolo de transação (cláusula décima sétima, parágrafo primeiro, à fl. 3425 da cautelar), porquanto, apesar de ser incumbência de C., através de seu escritório jurídico, anuir e buscar a aprovação das licenças e autorizações ambientais (Fatma e Ibama) para viabilizar a aprovação do projeto de um condomínio de unidades autônomas *que seria elaborado por R.* para, conforme previsto no pacto, assegurar o potencial construtivo do lado que lhe coube (a parte Sul), o tratado não estipulou prazo algum para que o demandado, por seu escritório, se desincumbi-se de tal ônus, até porque, como foi bem observado pela nobre sentenciante, para tal consecução seria necessário observar os trâmites legais perante órgãos ambientais e da administração pública.

Além disso, R. não pode alegar que a ausência de tais licenças, no prazo imediato de 06 meses após a subscrição da transação (até a data da sua homologação), lhe causa enorme prejuízo financeiro, porque, a uma, tinha ciência que não foi fixado prazo certo para que tais licenças e autorizações

fossem emitidas, a duas, porque também tinha conhecimento, visto que é empresária e pessoa altamente instruída, que não poderia convencionar termo para o cumprimento dessa obrigação pelo seu ex-marido ou por terceiros em favor deste, pois referido gravame reclamaria a atuação dos órgãos da administração, e, por fim, porque, além de anuir de forma cônscia com a divisão do empreendimento em discussão e com o lado que lhe tocou (a parte Sul), usufruiu da totalidade do hotel, de seu *site* e de sua marca por um longo período de tempo após a subscrição da transação, em regime de exclusividade, justamente para equiparar, em termos de rentabilidade, ambas as meações. A redação do pacto é clara nesse aspecto.

Tirante tais fatos, é possível antever, dos elementos coligidos nos autos, que houve, de um lado, a iniciativa de C. para dar cabo ao convencionado e, de outro, a aquiescência de R. com o tempo decorrido - no seu entender injustificado -, para a emissão dos respectivos licenciamentos.

É que, alguns meses após a subscrição da transação, as partes firmaram um termo aditivo ao protocolo de transação judicial (fls. 408/409 da ação de partilha) e, nele, ficou expressamente convencionado que

> *Tendo em vista o disposto na cláusula décima segunda, parágrafo primeiro, do protocolo de transação judicial adiantado;*
>
> Considerando a existência de projeto arquitetônico de ampliação das unidades habitacionais existentes na área designada como "imóvel principal" dos transatores, *protocolizado pelo primeiro transator junto à Prefeitura Municipal de Imbituba em data pretérita, em virtude da qual a PARTE SUL pertence à segunda transatora, é contemplada com 06 (seis) novas unidades,* além de outras 05 (cinco) projetadas no LADO NORTE, na conformidade d planta em anexo, que passa a fazer parte integrante do presente Terceiro Termo Aditivo;
>
> *Finalmente, levando em conta que as unidades projetadas para o LADO SUL, se efetivamente licenciadas na forma do disposto no parágrafo primeiro da cláusula décima segunda, asseguram o potencial construtivo almejado pelo protocolo de transação, a segunda transatora manifesta expressamente*

> *a sua aquiescência com o referido projeto, inclusive em substituição ao condomínio de unidades autônomas mencionado na cláusula sob comento.*
>
> E, por último, *fica ratificado que o primeiro transator, por intermédio de seu advogado Dr. Zulmar Duarte de Oliveira Júnior, acompanhará todos os trâmites administrativos, até definitivo licenciamento, bem como eventuais impugnações ou embargos, com vistas a assegurar a eficácia das licenças obtida, inclusive fornecendo à segunda transatora cópia das aprovações e construções já existentes junto à Prefeitura de Imbituba, para fins de oportuna averbação no competente registro.*
>
> Ficam ratificadas todas as demais disposições não alteradas no presente terceiro termo aditivo (destaquei).

Ora. Se a recorrente aquiesceu com o projeto que a contemplou com seis novas unidades no lado Sul e, inclusive, ratificou que as licenças seriam oportunamente perseguidas nos órgãos competentes pelo advogado do recorrido, não há falar em descumprimento do tratado inicial, que, repita-se, não fixou, tanto quanto o seu escrito ulterior, prazo para que as licenças fossem obtidas.

Para concluir o tópico, calha, ainda, fazer outra observação. É que tanto o instrumento de transação como o seu termo aditivo não deixam dúvidas que R. H. consentiu que seu ex-marido, quer seja pelo seu escritório jurídico (redação do instrumento de transação) ou pelo seu advogado (escrito do termo aditivo), viabiliza-se a consecução do projeto que se busca implementar.

Está-se, a toda evidência, portanto, diante de uma obrigação de fazer fungível, e não personalíssima (ou infungível), o que impende que, nos termos do art. 249 do Código Civil, o ato pode ser realizado por um terceiro.

Veja-se:

> Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-la executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.

> Parágrafo único: Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido.

Disso resulta que, se a recorrente consentiu, clara e expressamente, com fato que as licenças seriam requisitadas por terceiros (o escritório jurídico ou o próprio advogado do recorrido), como igualmente não há impedimento negocial, poderia ela ter contratado um terceiro para realizar a tarefa diante da demora que entende injustificada, ou tê-la feito pessoalmente, e, mais tarde, pleitear indenização. Diga-se: independentemente de autorização judicial.

De qualquer modo, por este ou aqueles fundamentos, não há mora, pois não houve a recusa do devedor, de modo que, por ilação lógica, não há inadimplemento e, então, escorreita a homologação da transação.

A recorrente, ainda na tentativa de albergar a tese que a magistrada *a quo* homologou um pacto não cumprido e, portanto, concedeu-lhe eficácia de título executivo indevidamente, igualmente aduz que C. se responsabilizou pela venda do "Terreno do Miguel" para, com o produto da alienação, quitar o passivo da pousada até então existente.

Não obstante, igualmente vã a alegação, pois, tanto quanto acima esmiuçado, o parágrafo primeiro da cláusula quinta do tratado *sub judice* não prevê termo algum para a consecução de tal alienação.

Muito pelo contrário, ficou clara e expressamente convencionado que a venda do "Terreno do Miguel" seria realizada por ambos os transatores.

Transcreve-se:

> CLÁUSULA QUINTA
>
> (...)
>
> Parágrafo primeiro: O imóvel conhecido como "Terreno do Miguel", avaliado pelo primeiro transator em R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), *cuja documentação é entregue neste ato à segunda transatora, <u>será</u>*

> *colocado à venda por ambos os transatores* e a receita obtida reverterá para o pagamento das despesas mencionadas no caput da cláusula supra (promovi os destaques)

Se a responsabilidade é de ambos os transatores, a inércia de um deles não dá guarida para que se suscite a *exceptio non adimplenti contractus* e, se não há o mínimo de inadimplemento, não se pode afirmar que a Juíza *a quo*, irregularmente, homologou um pacto não cumprido.

Só para acrescentar: igualmente não há falar que o pagamento das dívidas comuns, exclusivamente por R., dá azo ao inadimplemento da transação pelo demandado ou que reduz a capacidade dela de investir na parte que lhe tocou, o que geraria a nulidade da sentença homologatória, por ausência de suporte fático ou desigualdade da partilha, haja vista que ficou perpetuado que

(a) a segunda transatora (R. H.) ficaria incumbida de quitar todas as dívidas contraídas pela sociedade em razão do litígio instaurado, desde outubro de 2004 até a data de sua dissolução (data da transação), assim como todas as despesas necessárias à sua extinção definitiva (cláusula quinta), tais como obrigações tributárias, rescisões trabalhistas, emolumentos, honorários de profissionais, etc. (parágrafo segundo da cláusula quinta); e,

(b) que quaisquer das partes poderiam antecipar recursos próprios para o pagamento de despesas urgentes, com vistas a não retardar a implementação do acordo, caso em que serão contabilizadas em conta corrente específica, para posterior ressarcimento.

O texto é autossuficiente.

Portanto, diante de tais fatos, não se admite a tese no sentido que houve o não cumprimento da transação pelo demandado, ex-marido da ora recorrente, razão pela qual é legítima a sentença que homologou o tratado firmado.

Tal pensar, por ilação lógica, afasta as proposições arguidas na apelação interposta na ação de partilha no sentido que a sentença homologatória seria igualmente nula por violação ao devido processo legal, já que, descumprido o pacto por C., a partilha deveria prosseguir, ou que o julgador praticou *error in procedendo* para evitar a análise de uma causa complexa e trabalhosa.

Esta última alegação, com efeito, revela-se extremamente ignóbil, diante do excelente trabalho desempenhado pela magistrada que conduziu todo o imbróglio instaurado na instância inferior, independentemente a quem se atribua a recalcitrância, se a Regina ou se a Cristiano. Basta que se veja, em todos estes volumes, que todas as solicitações das partes foram sempre atendidas.

Também é de se arredar a alegação que a contra-notificação encaminhada por C. para R. "encerra verdadeira confissão expressa da inexecução voluntária da obrigação", porquanto, de tal documento (fls. 489/494 da ação de partilha) só se extrai entendimento contrário.

É irracional, diante das assertivas no sentido que a transação "é negócio jurídico consumado e irreversível" (fl. 489 da ação de partilha), pensar em sentido contrário, aliás.

E, mesmo que C. tivesse afirmado que não conseguiu as licenças para viabilizar alguns aspectos da transação, não se estaria diante de um inadimplemento, pois não foi convencionado prazo. Nem se poderia, como visto.

Mais uma vez, então, correta a sentença ao chancelar a transação.

Por outro lado, de se registrar que os apelos interpostos por R. H. revelam uma intenção altamente incongruente com as suas assertivas e, inclusive, com a situação fática existente.

É que, ao passo que ela pede pelo reconhecimento não só do descumprimento parcial da transação por parte do seu ex-marido como de

todas as nulidades que arguiu contra a sentença homologatória para que as partes retornem ao *status quo ante* - a pretensão é, nitidamente, de resolução (art. 475 do CC) e os efeitos desejados são *ex tunc* -, igualmente afirmou em seus arrazoados que o ato praticado pelas partes surtiu alguns efeitos independentemente de homologação, "tanto que restou implementada a questão relativa aos alimentos; a transferência de um veículo para o nome do filho P. A.; a transferência de uma fração de 600,00 m² para o nome da sociedade Hotel Pousada Fazenda Verde do Rosa Ltda.; a própria liquidação da sociedade empresária; a elaboração da petição conjunta de fls. 340/347 [*que comunicou a existência da transação nos autos da ação de partilha e pediu ao Juízo, para a implementação do pacto, algumas providências, como a imediata transferência de certos bens*]; a exploração do lado Norte em nome da pessoa física da autora; a abertura de conta corrente para as despesas do litígio; manifestação no Inquérito Policial Federal nº 2005.72.00.006559-0, e outras de pequena monta, como a extinção da representação disciplinar, transferência de telefones e *sites*; etc." (fl. 390 da partilha).

Ora. Não se pode pretender validar a transação operada entre as partes apenas nos pontos que visivelmente beneficiaram a recorrente, como a exploração do lado Norte do hotel em regime de exclusividade por certo período de tempo, e, no que toca à obrigação do demandado de diligenciar perante os órgãos ambientais para que conseguisse viabilizar a implementação de um condomínio no lado Sul da pousada, o qual tocou exclusivamente àquela, anular tal negócio por suposto inadimplemento culposo e, então, retomar *status quo ante*.

Há visível desarmonia em tais pedidos, e certamente o efetivo retorno ao *status quo ante* à transação não é o desejo da parte recorrente, tanto que R. H. a ratifica, substancialmente.

A propósito, de se registrar, aqui, que R. H., por ocasião do pedido de inclusão de seus processos em pauta para julgamento, o que ocorreu

recentemente, ratificou para a Assessoria deste Julgador que a situação atual do empreendimento é aquela descrita no instrumento de transação, qual seja, ela administra o lado Sul, ao passo que seu ex-marido o lado Norte. A situação fática refletida na transação está mais do que consumada, portanto.

Tenho, alterando-se um pouco o foco, que a reforma da sentença homologatória sob tais argumentos não surtiria efeito algum.

Isso, porque a homologação em si apenas põe fim ao processo - o que foi igualmente previsto na transação firmada entre as partes - e gera um título executivo judicial, o que impende dizer, num primeiro plano, que a transação vincula as partes, e, noutro, que a forma (chancela judicial) é apenas secundária.

Sobre o tema, o doutrinador Arnaldo Rizzardo, ao citar os ensinamentos de Miranda Valverde, discorre que

> o acordo por si só vincula as partes.
>
> Assim, na transação relativa a direitos contestados em juízo - que o direito brasileiro, seja dito, não inclui entre os contratos, mas entre os modos de extinção das obrigações - a sentença do juiz não tem outro fim senão o encerramento do processo; positiva, em última análise, a desistência do direito que assistia às partes de obter do juiz uma sentença sobre o mérito da questão ventilada. Quantas vezes sucede o fato de transigirem as partes por escritura pública sobre os direitos pleiteados em juízo e deixarem em aberto o processo? Isto é de todos os dias. No entanto, não deixará o acordo de produzir os seus efeitos (Contratos, Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.1020).

Disso se conclui que, realizada a transação envolvendo os direitos disponíveis (patrimoniais) de R. e C. (pessoas capazes) por contrato particular, passou ela a existir já naquele momento, pela simples vontade das partes, embora tenha se sujeitado à homologação judicial tão somente para efeitos de futura (e mais eficaz) exigibilidade.

Justo porque a transação operada leva à extinção dos direitos e das obrigações primitivas (art. 840 do Código Civil) e, dentro da sua abrangência, põe fim à contenda existente, judicializada ou não, não subsiste a alegação no sentido que houve a conclusão equivocada, pela sentenciante, que R. teria desistido da exceção de suspeição de parcialidade do perito.

O instrumento firmado entre as partes é claro ao anotar que a transação implicaria na extinção de todos os processos que envolvem as partes (cláusula décima sexta), e dentre estes está o incidente de suspeição de parcialidade, ao passo que ficou perpetuado na cláusula quinta, parágrafo segundo, que a recorrente, além de responder pelas custas processuais de todas as ações instauradas, se responsabilizaria pelo pagamento dos honorários do Perito.

O demandado C., no ponto, responsabilizou-se nos limites do parágrafo quinto da cláusula décima segunda:

> CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA
>
> (...)
>
> Parágrafo quinto: O primeiro transator, por intermédio do seu advogado, participará ativamente das negociações com o Instituto Professor Rainoldo Uessler – IPRU no sentido de buscar a isenção dos honorários estabelecidos para os trabalhos periciais, considerados pela segunda transatora como impróprios, que nessa hipótese desistirá das imputações veiculadas bem como da ação de invalidade de negócio jurídico nº 030.06.04166-8.

Em outras palavras, o recorrido não se responsabilizou pela isenção dos honorários periciais, tampouco pelo seu pagamento, mas, tão somente, pela tentativa de redução desse encargo, que pela recorrente seriam "impróprios".

Não obstante, tais honorários, sejam inadequados ou mesmo inconvenientes para os interesses de R. H., que se responsabilizou expressamente pelo seu pagamento, são devidos, pois, por ocasião da subscrição da tran-

sação com o seu ex-marido, a recorrente desistiu do direito que lhe assistia de obter uma sentença sobre o mérito da alegada suspeição.

De mais a mais, ao passo que não há razão lógica tampouco jurídica para que se permita apenas o prosseguimento do incidente de suspeição do perito, haja vista que o seu objetivo era reconhecer a parcialidade para substituir o experto por outro para que se preserva-se a integralidade dos bens cuja transação se consumou, os seus honorários fazem-se devidos, pois o trabalho foi elaborado desde o momento em que referido Louvado passou a observar a gestão de R. H., por ocasião do deferimento da primeira liminar que lhe impôs a administração da sociedade em jogo. Isso, mesmo que, no plano do hipotético, o incidente de suspeição fosse julgado procedente, visto que, nesse caso, imperiosa seria a substituição, o que jamais retiraria o direito daquele de percepção dos honorários que lhe foram previamente fixados, cujo trabalho devidamente prestado, aproveitou, sobremaneira, a ambas as partes.

As alegações no sentido que há nulidade da sentença, por violação ao princípio do contraditório, porquanto o decisor *a quo* fundou-se apenas nas considerações do apelado; que houve recusa injustificada na tentativa de conciliação entre as partes; e, que houve a quebra da imparcialidade do julgador tendo em vista que, em uma de suas manifestações, utilizou-se das mesmas expressões utilizadas pelo advogado de C. citando-as como ponderáveis argumentos, nem sequer são argumentativas, porquanto vige em nosso ordenamento o princípio da persuasão racional (art. 131 do CPC) e, é consabido, a designação de audiência para conciliação das partes é mera faculdade, e não um dever.

Tal questão, com efeito, não se desfaz diante da transação firmada e posteriormente ratificada pelas partes, especialmente pela insurgente?

O que vejo, até aqui, é que não há qualquer irregularidade formal no acordo homologado em juízo e que a insatisfação de R. H. é dúplice e muito

simples, insurge-se contra os honorários periciais e contra a ausência de emissão dos licenciamentos, pelo seu ex-marido (ou pelo advogado deste), para que se pudesse melhorar a parte que lhe tocou na divisão - o lado Sul.

Porém, ao passo que a verba honorária é devida em razão do desempenho do trabalho pelo Louvado e da extinção do incidente de suspeição instaurado em virtude da transação operada pelos combatentes, inadimplemento algum foi praticado por C., de modo que, caso R. H. ainda se sinta desconfortável com a demora para a consecução de algum aspecto do tratado, deverá propor a medida judicial adequada, qual seja, o cumprimento de sentença ou a ação de obrigação de fazer.

A propósito, em certo caso assemelhado, já registrei que

> em não se tratando de execução de contrato bilateral mas, antes, de execução de título judicial - sentença homologatória - que impôs obrigações sucessivas às partes, podem os interessados buscarem seus direitos independente do cumprimento, pelo outro, das obrigações definidas na sentença, pois o direito de um não está vinculado ao outro
>
> (Apelações Cíveis nº 2010.086303-2, nº 2010.054445-5 e nº 2010.054446-2, da Capital, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, julgadas em 14.06.2011).

Por fim, remanesce para análise o apelo adesivo do perito, Rainoldo Uesller, nos autos do incidente de suspeição de parcialidade, e a apelação interposta por R. H. da sentença que indeferiu a petição inicial da ação que tinha por desiderato alcançar a resolução da transação firmada com o recorrido, por inadimplemento absoluto.

O apelo adesivo, cujo fim é a fixação de honorários de sucumbência, procede integralmente.

Isso, porque, embora seja incabível a condenação em honorários advocatícios na exceção de suspeição de parcialidade, por se tratar de procedimento incidental, não se pode perder de vista que a natureza do *decisum* alterou sobremaneira a substancia do ato - decisão terminativa

do processo, e não simplesmente interlocutória - e que R. H. deu causa à instauração do descabido incidente e, mesmo após a sua extinção, por ato de pura disposição, interpôs apelação para defender a nulidade da sentença e o prosseguimento das suas assertivas, para que, ao final, o Perito não recebesse os honorários a que faz jus em decorrência do trabalho que desenvolveu. Aliás, com tal agir, ela deu causa, mais uma vez infundada, à defesa do Perito perante esta Corte.

Logo, e porque não se pode permitir que os causídicos do Perito trabalhem de forma árdua e graciosamente (arts. 22 e 23 da Lei nº 8.906/1994), a verba sucumbencial é devida, até porque R. H. já se propôs ao pagamento das custas de todas as ações que deu causa, pois assim consentiu na transação.

Com relação ao *quantum*, à luz do art. 20, § 4º - e das balizadoras qualitativas previstas no seu § 3º - do CPC, fixo a verba honorária, devida por R. H. aos advogados do Perito nos autos da exceção de suspeição de parcialidade, em R$ 15.000,00 (quinze mil reais), ante a relevância e a qualidade do trabalho desempenhado (que contou, inclusive, com sustentação oral neste Órgão), o local da prestação dos serviços, a natureza, importância e valor da causa.

A última apelação de R. H. ataca a sentença que indeferiu a inicial da ação de resolução por inadimplemento.

Dentre outros, estes foram os fundamentos extintivos:

> Incabível é a utilização da presente ação, pois a demanda visa anular um pacto, já homologado judicialmente e, para que haja a anulação, é necessária a deflagração de ação anulatória, com base no art. 486 do CPC, devendo a parte alegar algum vício de consentimento, o que sequer foi mencionado. Poderia a requerente, também, ajuizar a ação rescisória. Todavia, sequer foram alegadas as hipóteses autorizadoras desta demanda (incisos I a IX do art. 485 do CPC).

> Ademais, a autora deverá aguardar a decisão a ser proferida na apelação, interposta contra a decisão homologatória, para então, após o trânsito em julgado, postular a anulação, com base nos arts. 485 ou 486 do CPC.
>
> (...)
>
> Resta, ainda, consignar que o protocolo para a transação judicial continha todas as disposições contratuais necessárias à composição das partes e à extinção dos processos, prescindindo da audiência conciliatória e de novo pacto.
>
> O eventual descumprimento de suas cláusula enseja a propositura de ação de execução e não o desfazimento da transação judicial.
>
> Veja-se que a requerente fundamenta sua pretensão apenas no inadimplemento das cláusulas quinta, décima-segunda e outras do protocolo de transação, não se insurgindo contra a validade das referidas disposições contratuais, não se vislumbrando, nem mesmo em tese, a existência de qualquer vício do consentimento, na elaboração do documento (fls. 244, 247/248).

Regina reitera, em seu apelo, que referida ação tem por fito a resolução do acordo formalizado com o demandado com base no art. 475 do CC, e não a sua anulação; que a ação de execução não é o meio hábil ao cumprimento das obrigações; que a presente ação é prejudicial à homologação do ajuste firmado com o demandado; e, por fim, que referido tratado estipulou de forma clara uma cláusula resolutiva expressa.

Entretanto, por tudo o que foi visto e porque, de fato, incidem à espécie as disposições do arts. 486 do CPC ("os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil") e 849 do Código Civil ("a transação só se anula por dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa"), outra alternativa não há senão a manutenção do indeferimento da petição inicial e extinção do feito, sem resolução do mérito, pois, reitere-se, ao passo que referida demanda busca a resolução, por inadimplemento absoluto, da transação firmada

com o recorrido, tal ato, uma vez formado, torna-se imutável, e só pode ser rescindido por vício de vontade.

Tudo resolvido, O VOTO É PARA QUE:

(a) se determine o arquivamento da Reclamação nº 2007.026629-0 e do agravo por instrumento nº 2006.004377-8, diante do trânsito em julgado das suas decisões para ambas as partes;

(b) não se conheça do agravo retido interposto por R. H. no bojo da cautelar, porque não observado o disposto no § 3º do art. 523 do CPC;

(c) se retifique, de ofício, os fundamentos que culminaram na extinção do agravo por instrumento (nº 2009.000654-2) interposto por R. H. da decisão homologatória lançada no incidente de suspeição de parcialidade;

(d) se julgue prejudicado o agravo a que alude o § 1º do art. 557 do CPC (nº 2009.000654-2/0001), o qual foi interposto por R. H. da decisão que julgou prejudicado o agravo por instrumento referido no item anterior;

(e) não se conheça, das apelações interpostas por R. H. nos autos da medida cautelar inominada (nº 2010.077380-5), resolução de sociedade empresarial com apuração de haveres (nº 2010.026521-2), exceção de suspeição de parcialidade (nº 2009.072446-8), prestação de contas (nº 2010.006732-4) e partilha (nº 2009.038615-8), as proposições circunstanciais e fundamentos jurídicos que atacam, de forma direta, os termos da transação firmada entre a recorrente e o seu ex-marido, C. T. A., a qual foi devidamente ratificada na instância inferior, haja vista que a sentença homologatória de transação resultante da vontade das partes só é desconstituível como os atos jurídicos em geral, através de ação autônoma, na forma do art. 486 do CPC com o art. 849 do CC;

(f) se conheça, dos apelos listados no item anterior, tão somente as teses que tocam o ato de homologação em si;

(g) se dê provimento ao apelo adesivo interposto pelo Perito, Rainoldo Uessler, no incidente de suspeição de parcialidade, para fixar os honorários de sucumbência, devidos por R. H., em R$ 15.000,00 (quinze mil reais);

(h) se negue provimento, das apelações interpostas por R. H. nos autos da medida cautelar (nº 2010.077380-5), resolução de sociedade empresarial com apuração de haveres (nº 2010.026521-2), exceção de suspeição do perito (nº 2009.072446-8), prestação de contas (nº 2010.006732-4) e partilha (nº 2009.038615-8), às proposições que objetivavam anular a sentença homologatória da transação operada entre as partes; e, finalmente,

(i) se negue provimento à apelação interposta por R. H. da sentença que, nos autos de resolução de negócio jurídico nº 2009.045478-1, indeferiu a petição inicial e julgou extinto o feito.

É, pois, como voto.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2013.021677-5, de São Bento do Sul

Relator: Des. Fernando Carioni

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS PATRIMONIAIS E MORAIS. TRATAMENTO ODONTOLÓGICO. IMPERÍCIA DO PROFISSIONAL NA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE A AMPARAR O FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DO AUTOR. RESPONSABILIDADE CIVIL RECHAÇADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ADEQUAÇÃO DESNECESSÁRIA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

"Muito embora a atuação do profissional dentista, na maioria das vezes, seja como dito de resultado, sua responsabilidade, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, só se configura quando atue com dolo ou culpa. Ou seja, o profissional obriga-se contratualmente a um resultado específico, mas só responde pelo insucesso quando adota um procedimento desconforme com as técnicas e a perícia exigida, por desídia manifesta que traduz negligência ou por afoiteza ou imprudência indesculpável, seja no diagnosticar, seja no tratamento" (TJSC, Ap. Cív. 2003.012937-5, da Capital, rela. Desa. Denise Volpato, j em 24-8-2009).

> "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou em que for vencida a Fazenda Pública, o juiz não está adstrito aos limites estabelecidos pelo art. 20, § 3º, do CPC na fixação dos honorários advocatícios, que poderão ser fixados com base no valor da causa, da condenação, ou ainda em montante fixo, dependendo de apreciação equitativa do magistrado" (STJ, AgRg no Ag n. 1407452/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 13-9-2011).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.021677-5, da comarca de São Bento do Sul (1ª Vara), em que é apelante Marlene Weiss, e apelada Micheli Albino de Oliveira Treml:

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

Participaram do julgamento, realizado no dia 30 de abril de 2013, os Exmos. Srs. Des. Marcus Tulio Sartorato e Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 7 de maio de 2013.

Fernando Carioni

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se da Ação de Indenização por Danos Patrimoniais e Morais n. 058.09.001224-8, proposta por Marlene Weiss contra Michele Albino de Oliveira Treml, na qual aduziu ter contratado os serviços da ré para realizar tratamento odontológico, que foi orçado em R$ 3.000,00 e con-

sistia na troca de obturações, limpeza, clareamento e preenchimento de espaços entre dentes.

Mencionou ter efetuado o pagamento de R$ 2.000,00 de entrada e que, após as trocas das obturações da arcada superior, foi informada que o orçamento não abarcava o serviço a ser realizado na arcada inferior, sendo fornecidos novos valores.

Sustentou que foram removidas todas as obturações e, mesmo tendo quitado os R$ 1.000,00 restantes, não houve a substituição do material retirado e seu dente ficou exposto.

Afirmou que o material utilizado no preenchimento dos espaços entre os dentes caía constantemente após a sua colocação, tendo a ré sugerido a utilização de uma placa noturna para evitar o ranger de dentes, ao preço de R$ 480,00. Discorreu ter informado à ré não possuir tal problema, questionando a possibilidade de a placa não funcionar, ao que foi respondido que, nesse caso, tentariam outra solução às expensas da autora.

Relatou sua insatisfação com o atendimento prestado pela ré, que se negou a resolver a questão de forma amigável e a devolver parte do valor pago, referente aos serviços que não foram prestados.

Alegou ter concluído o tratamento com outro profissional, que informou que o preenchimento não fixava por imperícia da ré, que não havia realizado o desgaste do dente antes de tentar fixá-lo.

Asseverou ter experimentado prejuízos materiais com a contratação de novo profissional, gastos com medicamentos e com o refazimento do serviço pelo qual já havia pago, além de danos morais.

Requereu, diante disso, a condenação da ré ao pagamento de danos materiais, no valor de R$ 2.345,00, e danos morais.

Após a citação da ré (fl. 38), foi realizada audiência de conciliação, sem que houvesse acordo entre as partes (fl. 39). Na mesma ocasião, a ré apresentou resposta escrita sob a forma de contestação.

Em sua defesa (fls. 41-48), a ré afirmou que o tratamento da autora teve início em novembro de 2007 e se referia a um serviço estético na arcada superior, que consistia na reconstrução de borda dos quatro dentes da frente, além de haver diastema em dois dentes.

Sustentou que a autora possuía ciência de que o orçamento era restrito ao trabalho na arcada superior, tendo verificado, durante a execução do serviço, a necessidade de realizar um tratamento de canal que não estava previsto no orçamento.

Discorreu ter realizado o tratamento de canal na autora, avaliado em R$ 400,00 (quatrocentos reais), e que até o momento não havia sido pago.

Alegou que, em razão do quadro clínico da autora, que possuía desgaste severo nos dentes, decorrente de diversos fatores, a borda de um deles não suportou e quebrou por mais de uma vez.

Mencionou ter se prontificado a refazer o trabalho sem custo, porém concluiu que não havia estabilidade de colagem em uma mordida que já apresentava sinais de desgaste e precisava ser recuperada.

Relatou ter sugerido à autora que realizasse um tratamento para oclusão traumática, mediante o uso rotineiro de uma placa mio-relaxante, o que não foi aceito por ela, que atribuiu o insucesso da recuperação estética à falta de competência da ré.

Asseverou que a autora abandonou o tratamento, que não se negou a resolver a controvérsia de forma amigável e que não possui culpa pelo tratamento dentário da autora.

Argumentou não serem devidos os danos materiais, visto que o ressarcimento pretendido envolve trabalho diverso do que efetuou; nem danos morais, pela ausência de demonstração.

Foi apresentada réplica às fls. 57-68.

Em audiência de instrução e julgamento (fl. 155), foram inquiridas quatro testemunhas e um informante (fls. 156-157), e as partes declinaram da realização de prova pericial.

As partes apresentaram alegações finais por memoriais (fls. 158-161 e 162-164).

Conclusos os autos, foi proferida sentença (fls. 165- 173) pelo MM. Juiz de Direito Romano José Enzweiler, da 1ª Vara da comarca de São Bento do Sul:

> Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos formulados por Marlene Weiss em face de Micheli Albino Oliveira Treml, e RESOLVO O MÉRITO, com fulcro no art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil.
>
> CONDENO a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que na forma do artigo 20, § 4º do Código de Processo Civil, são fixados em R$ 1.000,00 (um mil reais).

Inconformada, a autora interpôs recurso de apelação (fls. 176-182), no qual resultou que a prova testemunhal demonstrou a imperícia da ré, que pretendia cobrar valores extras apenas com o intuito de auferir lucro, sem buscar a utilização de outras técnicas para solucionar o problema apresentado, além de ter proposto tratamento para um problema que não possuía.

Alegou que a ré se negou a lhe atender, de modo que recorreu a outro profissional, e que poderia ter se utilizado de outras técnicas antes de onerá-la, pelo que deveria ser condenada na reparação dos prejuízos ocasionados.

Pugnou, em segunda análise, pela redução dos honorários advocatícios.

Com contrarrazões (fls. 186-188), ascenderam os autos a este egrégio Tribunal.

Este é o relatório.

VOTO

Insurge-se a autora contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização por danos patrimoniais e morais.

A responsabilidade civil e a obrigação de indenizar estão previstas no art. 927 do Código Civil, segundo o qual "aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

O art. 186 do Código Civil, por seu turno, esclarece em que consistem essas condutas antijurídicas que, se praticadas, ensejam a reparação civil: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Regina Beatriz Tavares elenca os elementos essenciais para a caracterização dessa responsabilidade:

> Para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) ocorrência de um dano patrimonial e/ou moral, sendo que pela Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça serão cumuláveis as indenizações por dano material e moral decorrentes do mesmo fato; c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente (*Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 157).

Trata-se, pois, da responsabilidade civil subjetiva, porquanto "se esteia na idéia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro dessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa" (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 21).

Vale frisar que a configuração do ato ilícito, além de carecer da prova do dano e do nexo de causalidade, está condicionada à demonstração da culpa do agente pelo evento lesivo. É indispensável para a responsabilização do agente que se evidencie que ele agiu com dolo ou culpa.

Isso porque, "a partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o art. 927 do Código Civil" (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2009. p. 18).

Com efeito, em se tratando de responsabilidade civil do dentista, nos casos de indenização por ato ilícito ocorrido por erro odontológico, tem-se que esta é subjetiva.

Nesse caso, "o dentista assume, em regra, uma obrigação de resultado, no que diz respeito aos problemas de ordem estética [...], principalmente em matéria de ortodontia ou de prótese, p. ex., na colocação de um pivô, na feitura de uma jaqueta. Todavia, o dentista, na cirurgia de gengiva, no tratamento de um canal, na obturação de uma cárie, situada atrás do dente, terá uma obrigação de meio, a de aplicar toda sua perícia, todo seu zelo, no trato do cliente. Há hipóteses em que se aliam a questão da cura e a da estética, devendo-se, então, apreciar cada caso concreto para verificar se agiu adequadamente." (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 332)

Em outras palavras, "muito embora a atuação do profissional dentista, na maioria das vezes, seja como dito de resultado, sua responsabilidade, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, só se configura quando atue com dolo ou culpa. Ou seja, o profissional obriga-se contratualmente a um resultado específico, mas só responde pelo insucesso quando adota um procedimento desconforme com as técnicas e a perícia exigida, por desídia manifesta que traduz negligência ou por afoiteza ou imprudência indesculpável, seja no diagnosticar, seja no tratamento" (TJSC, Ap. Cív. 2003.012937-5, da Capital, rela. Desa. Denise Volpato, j em 24-8-2009).

Desse modo, a obrigação ao ressarcimento do dano à vítima só será devida, como dito, se demonstrada a culpa ou outro elemento caracterizador da responsabilidade civil, por ser subjetiva. A conduta profissional, com base em erro grosseiro, somente será suscetível de gerar o dever de indenizar quando, tanto no diagnóstico como no tratamento clínico ou cirúrgico, ficar evidente a culpa do profissional em seu desempenho.

No caso dos autos, a apelante alega ter contratado os serviços odontológicos da apelada, que consistiam na troca de obturações, limpeza, clareamento e preenchimento de espaços. Contudo, a apelada não teria efetuado corretamente a troca das obturações, deixando um dos dentes exposto após a retirada do material antigo. Além disso, afirmou que, na fase de preenchimento dos espaços, o material colocado pela apelada não firmava no dente, caindo constantemente.

A par desses fatos, a apelante alegou ter necessitado procurar outro profissional, em virtude das fortes dores que sentia no dente, que teria ficado exposto por aproximadamente dois meses, apenas coberto com um algodão. Esse dentista teria concluído o serviço e dito à apelante que o preenchimento não fixava no dente por imperícia da apelada, que não teria adotado o procedimento correto.

Com efeito, o documento colacionado à fl. 26 consiste no orçamento elaborado para o tratamento odontológico da apelante, segundo o qual, os serviços a serem realizados pela apelada abarcavam a troca de restaurações de sete dentes, a colocação de jaqueta de porcelana ou de resina, o fechamento de espaço, a reconstrução da borda de dois dentes e um clareamento a laser.

Há ainda outro orçamento, à fl. 27, em que a apelada indicava a necessidade de troca de obturações na arcada inferior, além da realização de tratamento de canal na arcada superior da apelante.

Também foi juntado aos autos o orçamento elaborado pelo segundo profissional que a apelante procurou (fl. 29), que teria corrigido as supostas imperfeições no trabalho realizado pela apelada.

Contudo, o dr. Marcel Zanon, que realizou tratamento odontológico posteriormente na apelante, afirmou em seu depoimento prestado em juízo que foi procurado para que efetuasse as restaurações nos incisivos centrais superiores.

Informou o odontólogo não saber a causa da queda frequente das resinas utilizadas no fechamento do espaço entre os dentes, mas que poderia ocorrer por inúmeros fatores, sendo um fato comum, que inclusive já aconteceu com ele.

Marcel afirmou, ainda, que os dentes cujas obturações haviam sido removidas pela apelada não estavam expostos, tampouco houve queixas de dores, ao contrário do que disse a apelante. Relatou que os elementos estavam devidamente cobertos com curativos cirúrgicos, material normalmente utilizado pelos dentistas, e ressaltou que sua utilização por período extenso por vezes se faz necessária, a fim de que se aguarde o momento em que o dente esteja preparado para receber o material definitivo que irá recobri-lo.

Vale esclarecer que não foi produzida prova pericial. O Magistrado singular entendeu não ser pertinente no caso, assim como as litigantes manifestaram o desinteresse pela elaboração desse tipo de prova (fl. 155).

Logo, da análise do substrato probatório, verifica-se a insuficiência de provas a sustentar uma condenação, porquanto não houve demonstração efetiva de que a apelada tenha agido com imperícia ou negligência.

O simples fato de ter utilizado técnica diversa de outro profissional, não significa que tenha sido negligente ou imperita. Não há nos autos qualquer elemento de prova a demonstrar que fez uso de técnica indevida ou contrária aos preceitos norteadores da odontologia.

Diante disso, entende-se que "o conjunto probatório é sólido no sentido de não ter havido culpa da profissional ao prestar os serviços odontológicos contratados, pois o fato relacionado à queda das resinas e a impossibilidade de colocação imediata das restaurações é complicação indesejada, porém possível de se verificar, sem que daí se possa inferir responsabilidade" (fl. 170).

Nesse diapasão, ante a inexistência da relação de causalidade, descaracterizada a responsabilidade civil e o dever de indenizar.

Esse é o entendimento que se colhe da jurisprudência:

> APELAÇÃO CÍVEL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. TRATAMENTO ORTODÔNTICO. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. ALEGAÇÃO DE PROCEDIMENTO CONTRA-INDICADO AO CASO. MÉTODO INTERROMPIDO ANTES DE SEU TÉRMINO, SEM COMPROVAÇÃO DE MÁ TÉCNICA PELO PROFISSIONAL DENTISTA. LAUDO PERICIAL, ADEMAIS, QUE CONFIRMA O PROCEDIMENTO CORRETO ADOTADO PELO ESPECIALISTA. RESPONSABILIDADE NÃO CONFIGURADA, POR AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. "TRATAMENTO ORTODÔNTICO. ALEGAÇÃO DE

PROCEDIMENTO INADEQUADO E INEFICAZ QUE CAUSOU DEFORMAÇÃO FACIAL. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, ESTÉTICOS E MORAIS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA VENCIDA COM REITERAÇÕES DOS TEMAS. PROVA, INCLUSIVE PERICIAL, QUE INDICA PROCEDIMENTO ADEQUADO AO QUADRO E QUE A DEFORMAÇÃO DECORRE DE CAUSA GENÉTICA. INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE O ALEGADO DANO E A CONDUTA DA PROFISSIONAL. AUTORA QUE, ADEMAIS, NÃO AJUDAVA NO TRATAMENTO A QUE SE SUBMETIA, COM FREQUENTES FALTAS ÀS SESSÕES E CONSTANTES DESCUMPRIMENTOS DAS PRESCRIÇÕES, PROLONGANDO-O POR CERCA DE OITO ANOS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A responsabilidade do profissional liberal, ante os termos do CDC é subjetiva, vale dizer, para ser declarada mister haja prova inequívoca da existência do dano e do nexo causal. Distinto o quadro, a improcedência da demanda é medida que se impõe." Apelação Cível n. 2008.028891-4 Relator: Jaime Luiz Vicari Data: 26/07/2011 (TJSC, Apelação Cível n. 2010.020599-3, de Chapecó, rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior , j. 30-09-2011). (TJSC, Apelação Cível n. 2013.004977-2, de Chapecó, rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior, j. em 9-4-2013).

ODONTÓLOGO. RESPONSABILIDADE CIVIL.

Aos atos dos dentistas aplica-se a teoria clássica que instituiu no ordenamento jurídico a responsabilidade civil subjetiva, o que torna imprescindível para haver condenação a averiguação da seguinte trilogia: (1º) a ação ou omissão dolosa ou culposa; (2º) o prejuízo; e, (3º) o liame de causalidade entre o dano e a conduta ilícita.

PRÓTESE DENTÁRIA. TRATAMENTO INEXITOSO. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO.

Tratando-se de colocação de prótese, a responsabilidade do dentista não se exaure apenas na aferição da idoneidade do meio empregado independentemente da obtenção de um resultado concreto. Assume ela, ao revés, as vestimentas da obrigação de resultado, já que a finalidade do tratamento é somente estética, ou melhor, o embelezamento dos dentes.

AUSÊNCIA DE MANUTENÇÃO DA PRÓTESE, POUCA HIGIENE BUCAL E PRESENÇA DE FATOR BIOLÓGICO - DOENÇA PERIODONTAL E ELEVADA ATIVIDADE CARIOGÊNICA. LIAME DE CAUSALIDADE INEXISTENTE. SENTENÇA MANTIDA.

Não há como atribuir responsabilidade à conduta do dentista se, após a colocação de prótese na arcada dentária superior do paciente, este, cujo histórico não lhe é favorável, deixa de realizar as manutenções devidas, não reabilita a arcada dentária inferior e, por fim, não propicia uma correta higienização dando margem, por estes fatores, para recidiva da atividade cariogênica, circunstâncias que, somadas, afastam o nexo de causalidade entre a conduta e o não aperfeiçoamento do tratamento.

RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO (TJSC, Apelação Cível n. 2009.054845-9, de Criciúma, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. em 21-7-2011).

RESPONSABILIDADE CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. AVENTADO JULGAMENTO ULTRA PETITA EM FACE DA FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM VALOR SUPERIOR AO POSTULADO NA EXORDIAL. ARBITRAMENTO QUE, DIANTE DE SUA NATUREZA, NÃO SE CONDICIONA AO EXATO MONTANTE POSTULADO PELA PARTE AUTORA. ALEGADA A NULIDADE ANTE UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO. INSUBSISTÊNCIA. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO QUE NÃO IMPLICA NA INVALIDADE DO JULGAMENTO. PRELIMINARES AFASTADAS. ALEGADO ERRO EM TRATAMENTO ODONTOLÓGICO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. EXEGESE DO ART. 14, § 4º, DO CDC (PROFISSIONAL LIBERAL). PROVA TESTEMUNHAL PRODUZIDA QUE SE MOSTRA INCAPAZ DE PRECISAR EVENTUAL ERRO PRATICADO PELO PROFISSIONAL DA SAÚDE. MATÉRIA DE ALTA COMPLEXIDADE QUE DEMANDAVA A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA TÉCNICA. AUTORA QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DE COMPROVAR SUAS ALEGAÇÕES. EXEGESE DO ART. 333,

> I, DO CPC. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.
>
> 1. Possuindo a demanda natureza eminentemente técnica, mostra-se irrelevante, ou mesmo de inexpressiva valia, a prova testemunhal produzida nos autos. Nessa medida, para a efetiva verificação do erro praticado pelo profissional, deve ser realizada perícia judicial, a fim de se comprovar de maneira segura a inadequação do procedimento realizado, o nexo de causalidade e o dano sofrido pela vítima.
>
> 2. "O desleixo processual do autor, cuja inércia impossibilitou a produção de prova pericial, não pode ser interpretado do forma que prejudique a parte ré-fornecedora, mormente quando a matéria escapa aos conhecimentos do homem médio, sendo vedado ao juízo, ainda mais em se tratando de responsabilidade subjetiva, preceitos condenatórios que, ao arrepio de conhecidas lições processuais, se embasam em meras ilações destituídas de real demonstração durante a instrução probatória realizada.
>
> 3. Esse cenário torna-se in casu decisivo quando a prova oral produzida não é bastante para demonstrar aspectos imprescindíveis para efetiva apreciação da responsabilidade civil, como, v.g., a culpa com que obrou o profissional liberal em seu mister, como também o nexo de causalidade entre aquela sua conduta e os danos experimentados pelo indigitado lesado". (AC n. 2007.008077-9, Des. Henry Petry Junior). (TJSC, Apelação Cível n. 2010.073854-0, da Capital - Norte da Ilha, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato , j. 14-12-2010).

Por fim, cumpre analisar o pedido de redução dos honorários advocatícios, fixados em R$ 1.000,00 (mil reais) pela sentença atacada.

É certo que o pronunciamento judicial resulta para o vencido na responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios do procurador judicial da parte adversa, como quer o artigo 20, caput, do Código de Processo Civil, *in verbis*: "a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios".

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery alegam que "os honorários de advogado e as despesas do processo deverão ser pagas, a final, pelo perdedor da demanda. Vencido é que deixou de obter do processo tudo

o que poderia ter conseguido" (*Código de processo civil comentado e legislação extravagante.* 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 222).

Cabe gizar que o pagamento da verba honorária decorre do princípio da sucumbência, "[...] segundo qual a prestação jurisdicional não deve redundar em desfavor da parte que tem razão" (FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*: processo de conhecimento; processo de execução e processo cautelar. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 512).

O arbitramento, contudo, *grosso modo*, varia conforme a natureza da sentença, pois, se condenatória, a fixação deve obedecer aos parâmetros estabelecidos no § 3º, e alíneas, do dispositivo supratranscrito; ou nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável ou se não condenatória, isto é, se declaratória, constitutiva etc., os honorários advocatícios de sucumbência são estipulados segundo a regra geral da "apreciação equitativa do juiz" disposta no § 4º do citado artigo 20:

> Art. 20. [...].
>
> § 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos:
>
> *a*) o grau de zelo do profissional;
>
> *b*) o lugar de prestação do serviço;
>
> *c*) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.
>
> § 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior.

Humberto Teodoro Júnior ensina que:

> Deixarão de ser observados os limites em questão (máximos e mínimos) quando a causa for de pequeno valor ou de valor inestimável, bem como quando não resultar em condenação, tal como se dá nas sentenças de

> improcedência do pedido, nas constitutivas e nas declaratórias. E, de modo geral, em todas as condenações em que for vencida a Fazenda Pública. Em tais hipóteses, "os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz", atendidas as normas das letras *a* a *c* do art. 20, §§ 3º e 4º do mesmo artigo (*Curso de direito processual civil*: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. I, p. 106).

Na hipótese, entende-se que a sentença condenou a apelante ao pagamento de valor razoável, compatível com a causa, pelo que se conclui que o arbitramento dos honorários advocatícios de sucumbência obedeceram à apreciação equitativa do juiz.

Essa expressão, "apreciação equitativa do juiz", segundo orientação dada pelo Min. Mauro Campbell Marques do Superior Tribunal de Justiça, "[...] é um conceito não somente jurídico, mas também subjetivo, porque representa um juízo de valor efetuado pelo magistrado dentro de um caso específico" (REsp n. 1.254.563/AL, j. em 2-8-2011).

Destarte, em razão da carga de subjetividade da referida expressão, ou seja, da falta de maiores critérios objetivos para a fixação da verba honorária nas sentenças não condenatórias, tem-se mostrado um verdadeiro dilema para o juiz na oportunidade do seu arbitramento.

Isso porque, como se sabe, a fixação dos honorários advocatícios nas sentenças não condenatórias não está limitada aos percentuais de 10% (dez por cento) a 20% (vinte por cento), de modo que deve o juiz apenas atender aos parâmetros estabelecidos no § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Nessa toada, o Superior Tribunal de Justiça, não raras as vezes, tem proclamado que, "[...] nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou em que for vencida a Fazenda Pública, o juiz não está adstrito aos limites estabelecidos pelo art. 20, § 3º, do CPC na fixação dos honorários advocatícios, que poderão ser

fixados com base no valor da causa, da condenação, ou ainda em montante fixo, dependendo de apreciação equitativa do magistrado" (AgRg no Ag 1407452/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 13-9-2011).

O primeiro parâmetro diz respeito ao zelo profissional, que, no escólio doutrinário de Yussef Said Cahali, traduz-se "[...] no cuidado, no interesse, na dedicação, na vigilância, no desvelo. [...]. O zelo profissional, previsto na alínea a do art. 20, § 3º, é subjetivo, está na pessoa do advogado" (*Honorários advocatícios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 459).

Quanto ao lugar da prestação do serviço, Yussef Said Cahali, citando Hélio Tornaghi, arremata que "é evidente que o serviço prestado fora do domicílio do patrono deve ser melhor remunerado do que a tarefa realizada na comarca em que reside" (*Honorários advocatícios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 461). E, ainda, acrescenta o destacado doutrinador:

> Parecem-nos, porém, que o fator legal informativo do arbitramento deve ser encarado sob aspecto diverso, que não aquele simplesmente relacionado com o domicílio profissional do advogado constituído pela parte vencedora.
>
> Assim, devem ser considerados o local ou locais em que os atos judiciais tiveram de ser praticados, como a eventual existência de precatórios e rogatórios; de recursos para serem acompanhados e sustentados fora da comarca que não é sede do Tribunal ad quem; de cartas para apreensão de coisas em trânsito; de diligências, mesmo administrativas, necessárias à melhor instrução do processo, fora do foro da ação (*Honorários advocatícios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 462).

Sobre o terceiro e último parâmetro, referente à "natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço", socorre-se uma vez mais às lições de Yussef Said Cahali:

> [...], uma causa em que se discutem graves questões de direito exige mais do advogado do que outra em que o pedido se funda em jurisprudência pacífica, sem qualquer controvérsia plausível. Nesses casos, geralmente,

> a natureza da ação pressupõe que o vencedor se tenha servido dos préstimos profissionais de advogado especializado na questão jurídica objeto da lide, reclamando dele pesquisas e formulação de teses pioneiras, que vão servir de roteiro para o julgador.
>
> [...].
>
> Na avaliação do trabalho desenvolvido na ação, devem ser considerados em particular os incidentes processuais verificados no curso do processo; incluindo, portanto, a necessidade de utilização de correição parcial, de mandado de segurança, de *habeas corpus*, e de outros remédios processuais em que, segundo entendimento dominante, não se concedem honorários advocatícios.
>
> [...].
>
> Quanto ao tempo que foi exigido do advogado para o seu serviço, Pontes de Miranda preconiza uma interpretação restrita: o trabalho que tem o advogado e o que gastou, não o tempo que durou a causa.
>
> Não parece, porém, ser esta a melhor orientação.
>
> [...].
>
> A jurisprudência tem considerado os "vários anos" da data do ajuizamento da causa até a sentença, para a estimação dos honorários.
>
> Em síntese: A verba advocatícia deve ser dosada com observância do critério fixado pelo art. 20, § 2º, do CPC, considerando que a natureza e importância da causa devem ser sopesadas como o trabalho dos advogados; e o tempo que lhes é exigido para o serviço não diz respeito apenas à duração do processo, mas também ao estudo e preparo das razões apresentadas em ambos os graus de apelação: por isso, não tem, nesse ponto, a relevância que a apelante quer dar, o fato do julgamento antecipado da lide; interessa mais a qualidade do trabalho realizado e o proveito obtido para os constituintes que o número de laudas apresentadas (*Honorários advocatícios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 465-466 e 467-469).

A par dessa circunstância, observa-se que o advogado da apelada diligenciou em todo o processo, ao longo dos quatro anos de tramitação, tendo elaborado as petições de defesa, alegações finais, contrarrazões, além de ter participado da audiência de instrução e julgamento.

Diante disso tudo, considera-se adequado o arbitramento pelo Juiz a quo dos honorários advocatícios em R$ 1.000,00 (mil reais).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, para manter inalterada a sentença.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 2012.075438-2, de Criciúma

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PROCEDIMENTO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. OBRIGAÇÃO DE MEIO. IMPOSSIBILIDADE DE CERTEZA DO SUCESSO DO TRATAMENTO, COM A GARANTIA DE GRAVIDEZ. ADEMAIS, ENREDO PROBATÓRIO INAPTO A DEMONSTRAR QUALQUER ATO CULPOSO OU FALHA NA CONDUTA DO PROFISSIONAL. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.075438-2, da comarca de Criciúma (1ª Vara Cível), em que são apelantes Reginaldo João Cardoso e outro e apelados Juan Carlos Pou e outro:

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 o Exmo. Sr. Des. Marcus Tulio Sartorato.

Florianópolis, 29 de janeiro de 2013.

Maria do Rocio Luz Santa Ritta

RELATORA

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por Reginaldo João Cardoso e Rúbia de Jesus Rabelo em face da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Criciúma que, na ação ordinária para ressarcimento de perdas e danos c/c indenização por danos morais proposta contra Juan Carlos Pou e contra Gaia – Centro de Reprodução Humana, julgou improcedentes os pedidos iniciais e condenou os autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados no valor de R$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais) – fls. 113-115.

Sustentam, em síntese, que os procedimentos específicos, como os de inseminação artificial, são enquadrados na mesma categoria das cirurgias plásticas, nas quais a responsabilidade contratual do profissional constitui uma obrigação de resultado. Ademais, aduzem que incumbia ao profissional provar, em juízo, que não laborou em equívoco, nem agiu com imprudência ou negligência no desempenho das suas atividades. Asseveram que a medicação a ser utilizada, bem como a possibilidade de sucesso ou não do procedimento de inseminação, deveriam ser informados de maneira clara e precisa, nos moldes das normas consumeristas. Pugnam pelo provimento do recurso para que sejam julgados procedentes os pedidos iniciais e condenados os apelados ao pagamento de danos materiais e morais.

Com as contrarrazões, ascenderam os autos a este Sodalício, conclusos.

VOTO

A eclosão, em matéria de responsabilidade civil subjetiva, do dever de indenizar, supõe a demonstração, ao encargo do autor (art. 333, I do CPC), dos quatro elementos que compõem o substrato fático que atrai a incidência do regime reparatório: conduta antijurídica (ação ou omissão contrária aos postulados do ordenamento), nexo de imputação (culpa ou dolo), nexo de causalidade (vínculo etiológico entre conduta e resultado) e dano (evento naturalístico lesivo a bem jurídico tutelado).

Com o erro médico, em linha de princípio, não é diferente, pois reclama a presença de pressupostos idênticos aos requisitados em tema de responsabilidade subjetiva. Anoto, 'em linha de princípio' porque, em face do Direito Civil e da Legislação Consumerista, a responsabilidade dos médicos, subjetiva para os profissionais liberais (art. 14, § 4º do CDC), oscila, não obstante, conforme a obrigação se afigure de meio ou de resultado. Na primeira das hipóteses, o profissional se compromete a empregar, na execução do serviço, as técnicas, cautelas e temperamentos de estilo, realizando a obrigação de forma a envidar o máximo de esforços para a obtenção do resultado, sem, todavia, comprometer-se a atingi-lo. A ilicitude, aqui, pressupõe o desmazelo e a atuação culposa. Na segunda das hipóteses, isto é, nas obrigações de resultado, o médico assume a tarefa de alcançar um efeito prático certo e determinado, à míngua do qual haverá inadimplemento e responsabilidade civil, independentemente de falta no dever de cuidado. Nesse caso a responsabilidade se define como contratual ou objetiva (cf. STJ, REsp n. 81.101, Rel. Min. Waldemar Zveiter), cujos exemplos clássicos são as cirurgias plásticas com finalidades estéticas (cf. STJ, AgRg no REsp n. 256.174/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves), ou, ainda, as transfusões de sangue, anestesias e diagnósticos fornecidos

inexatos por laboratórios radiológicos (cf. STJ, REsp n. 594.962/RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro).

Essa distinção ontológica guarda importantes projeções no campo probatório, pois, diante de obrigações de resultado, basta ao lesado demonstrar, além da existência do contrato, a não obtenção do resultado prometido. Isso é suficiente para caracterizar o inadimplemento contratual. Para exonerar-se, o devedor há de provar a existência de caso fortuito ou de força maior.

Com efeito, não é o que ocorre com os tratamentos de reprodução assistida, tais como a inseminação artificial e a fertilização que, regra geral, afiguram-se como obrigação de meio, casos em que *cumpre ao lesado provar a conduta ilícita do obrigado, ou seja que o médico descumpriu com a sua obrigação de atenção e diligência, estabelecida no contrato* (STJ, REsp n. 594.962).

Extrai-se da jurisprudência pátria:

> APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. REPRODUÇÃO ASSISTIDA. MÉDICO. OBRIGAÇÃO DE MEIO. ÔNUS DA PROVA. EMBARGANTE. Em se tratando de prestação de serviços médicos, ressalvada a hipótese de cirurgia plástica estética/embelezadora, a responsabilidade do médico e dos profissionais da saúde é de meio e não de resultado, cumprindo ao médico envidar esforços para que a sua atuação seja pautada pela prudência e perícia, com utilização dos recursos disponibilizados pela ciência e tecnologia para a manutenção da saúde do paciente (TJMG, AC n. 1.0027.03.013739-5/001, Rel. Des. Irmar Ferreira Campos, j. em 20-11-2008).

> [...] Destarte, se a ré cumpriu com o seu mister no tratamento da inseminação para o qual foi contratada, não pode responder pela não consumação da gravidez - que é probabilidade de todo factível e não desconhecida de nenhuma mulher que se submete a esse tipo de procedimento [...] (TJSC, AC n. 2009.027557-0, Rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. em 6-12-2012).

Na hipótese, vislumbra-se que o magistrado sentenciante alinhavou o julgamento de improcedência ao entendimento de que, além de se tratar de uma obrigação de meio, ou seja, sem a garantia ou certeza do sucesso da gravidez, conforme já exposto, também não ficou caracterizado o suposto descaso ou falhas do profissional quanto às informações prestadas para o uso do medicamento ministrado.

Extraio da fundamentação do *decisun*, da boa lavra do Dr. Pedro Aujor Furtado Júnior:

> [...] Ora, faz parte da rotina médica dar esperanças ao paciente, salvo nas hipóteses extremas em que não há mais possibilidade de tratamento, seja em que área for. Diga-se que dar ou ter esperanças é condição própria do espírito humano. Se há tratamento há esperança, e tal não se confunde com "garantia de resultado" Parece-me lógico que tanto o médico como o casal "acreditavam no êxito do atendimento" o que também não se confunde com a certeza do resultado. [...] Dito em julgado do e.TJSP frase de cunho profundamente meditativo: "A vida e saúde humanas são ditadas por conceitos não exatos" (JTJLEX142/117). Esperança sim, chance também, mas certeza não pertence no tocante a vida a quem quer que seja. O primeiro fundamento portanto da presente ação, por dizer respeito ao imponderável e por ser a obrigação do médico de meio, acarreta a rejeição do pleito indenizatório (fl.114).

Quanto ao segundo aspecto registra:

> [...] Não me parece plausível que o segundo réu, tenha permitido que os autores saíssem de seu consultório com alguma dúvida em torno do que era prescrito. Vale repetir, um grande interessado na gravidez da dona Rubia era o próprio segundo réu, por evidente, pois tal seria para ele êxito profissional relevante. Doutro vértice e salvo melhor juízo os autores são maiores e capazes, e não me parece razoável que em caso de qualquer dúvida, mesmo diante das explicações, não tornassem a entrar em contato com a clínica ou mesmo diretamente com o réu (ressaltando que o tratamento era particular e caro) para que tudo fosse ingerido exatamente como necessário. Data venia, resulta da lógica que os autores, ainda que pouco crível, que tivessem mesmo duvidas, deveriam ter as sanado com quem de direito, e em não o fazendo, já que do contrário não há prova, permaneceram com as tais dúvidas,

> podendo mesmo se supor que possam ter ingerido de forma equivocada algum ou alguns dos medicamentos por sua própria conta e risco, já que com o perdão do coloquial, talvez com um único telefonema lhes seria esclarecido a quantidade de medicamentos e o período de ingestão. Conclusão diversa se houvesse prova nos autos, e definitivamente não há, de que o segundo réu teria se negado a prestar esclarecimentos ou detalhes, ou mesmo se omitido a prestá-los. Em momento algum na dilação prolatória há sequer insinuação de alguma omissão deliberada do réu em esclarecer os autores sobre qualquer dos medicamentos prescritos. Observando-se cada uma das receita a folhas 36/43 tem-se a exata indicação do que deveria ser tomado em cada passo e repito, é possível que os autores tivessem alguma dúvida ou certeza contrária ao que foi prescrito. Mas neste caso bastava a qualquer deles buscar junto aos réus as informações adicionais. Não fosse isso as duas inseminações artificiais foram realizadas como contratado, não constando nos autos indicação de que os medicamentos para após as inseminações fossem indispensáveis para o êxito; do contrário, nada desmente o depoimento pessoal do segundo réu no dia de hoje, no sentido de que se cuidavam de medicamentos auxiliares. Portanto e em síntese, as inseminações não obtiveram êxito em virtude da ingestão ou falta de ingestão de qualquer remédio, mas por estar referido procedimento na órbita do inalcançável pela razão humana (fl. 115).

Restando claro, portanto, que a obrigação em tela é de meio e não comprovada a prática de ato culposo no procedimento de inseminação artificial à que foi submetida a apelante, bem como no atendimento médico que foi prestado ao casal, especialmente na prescrição dos medicamentos – que, gize-se, eram meros auxiliares e não garantidores do sucesso do tratamento – e que ambos os autores foram advertidos acerca da incerteza de tal método quanto à ocorrência concreta da gravidez e seu conseqüente desenvolvimento, a improcedência da ação era mesmo medida de rigor.

À vista do exposto, o voto é para negar provimento ao apelo.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2012.046647-0, de Garuva.

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITOS REAIS. PASSAGEM FORÇADA. ENCRAVAMENTO RELATIVO DE IMÓVEL. EXISTÊNCIA DE CAMINHO MARGINAL, SOBRE A MATA CILIAR DE CURSO D'ÁGUA, QUE SE REVELA PENOSO, IMPRATICÁVEL, SUBSTANCIAL E AMBIENTALMENTE INADEQUADO. NECESSIDADE DE TRÂNSITO FORÇADO PELO IMÓVEL DOS AGRAVADOS QUE SE EVIDENCIA, A FIM DE PROPORCIONAR O APROVEITAMENTO ECONÔMICO DO IMÓVEL ENCRAVADO, E, EM ÚLTIMA ANÁLISE, A SUA FUNÇÃO SOCIAL. RISCO DE DANO IRREPARÁVEL QUE SE DEMONSTRA A PARTIR TÃO-SÓ DA INTENÇÃO DE ACESSAR O IMÓVEL E DE IMPOSSIBILIDADE DE FAZÊ-LO POR OUTRO MODO. PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À ANTECIPAÇÃO DE TUTELA (ART. 273, *CAPUT* E INC. I, DO CPC C/C ART. 1.285 DO CC E ART. 5º, INCS. XXII E XXIII DA CF). RECURSO PROVIDO.

1. Conforma-se com mais adequação à noção de promoção da função social da propriedade a ideia de que o encravamento

> do imóvel, antes exigido de forma absoluta, possa ser relativo, desde que, no caso concreto, os elementos probatórios evidenciem que, embora seja acessível à via pública por outro caminho, a passagem se mostre fundamentalmente difícil, penosa ou perigosa e, por isto, reduza substancialmente o aproveitamento útil a que a propriedade poderia se destinar.
>
> 2. É devida, portanto, a antecipação dos efeitos da tutela, a fim de constituir passagem forçada aos proprietários de imóvel encravado que desejam dar legítima destinação econômica à sua terra, tanto mais porque, antes de tê-la por bloqueada pelos vizinhos, exerciam sobre ela trânsito costumeiro.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2012.046647-0, da comarca de Garuva (Vara Única), em que são agravantes Clarice de Paula Albano e outros, e agravado Walmor de Borba e outros:

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Desembargador Victor Ferreira e Desembargador Luiz Fernando Boller.

Florianópolis, 16 de maio de 2013.

Eládio Torret Rocha

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Clarice de Paula Albano e outros contra decisão interlocutória do Juízo de Direito da Vara Única da comarca de Garuva, proferida nos autos da ação de constituição de passagem forçada n. 119.12.000120-6, movida em face de Walmor de Borba e outros, a qual indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Alegou, com forma de obter o efeito suspensivo ativo e o provimento do recurso, que: a) a ausência de acesso à via pública torna impraticável a posse sobre o imóvel encravado; b) a decisão reconheceu haver elementos suficientes capazes de demonstrar a inequívoca verossimilhança das alegações; c) embora haja, de fato, meio de acesso à rodovia, através das margens do Rio da Onça, este trajeto é dificultoso e perigoso, devendo ser restabelecido o caminho que passa por dentro do terreno dos agravados; d) os recorridos fecharam a passagem de acesso à estrada, inclusive retirando vegetação e invadindo o terreno dos agravantes; e) o receio de lesão grave ou de difícil reparação advém do simples fato de que não possuem acesso ao imóvel e, para atingi-lo, precisam aventurar-se às margens do rio em trajeto dificultoso e arriscado, coberto por mato nativo; f) muito embora nunca hajam habitado o terreno, a conclusão do inventário com a assinatura do formal de partilha fez com que desejassem iniciar a construção de um pequeno galpão com o intuito de usufruir a área e dela obter algum rendimento; g) sem permissão de passagem, o direito de propriedade torna-se inútil e não atinge a sua função social; e, h) deve ser concedida a antecipação dos efeitos da tutela, para se determinar, em caráter provisório, até a sentença de mérito da ação principal, o direito de passagem forçada pelo interior do terreno dos agravados.

O efeito almejado foi indeferido (fls. 34/36).

Dada a ausência, até o momento, de angularização da lide, não foram intimados para responder ao reclamo os agravados (fl. 39).

É o relatório.

VOTO

A questão fática é a seguinte: os autores, todos herdeiros de Francisco Monteiro de Paula e Odete Marques Monteiro de Paula, já falecidos — antigos proprietários de um terreno de 20.000 (vinte mil) m², matriculado sob n. 5.989 no CRI de Garuva, situado na localidade de Rio da Onça —, ajuizaram ação constitutiva de passagem forçada em face dos proprietários e possuidores do imóvel lindeiro, em razão da inacessibilidade da via pública a partir de seu imóvel, o qual, segundo afirmam, se encontra encravado.

A decisão agravada indeferiu o pedido de antecipação de tutela formulada pelos autores, razão, portanto, deste agravo de instrumento que ora cuido de deslindar.

A insurgência, segundo penso, merece acolhimento.

Saliento, de pronto, que o instituto jurídico da passagem forçada, previsto no art. 1.285 do Código Civil, não constitui direito real de fruição sobre imóvel alheio — tal como o é a servidão de passagem, instituto com o qual não raro é confundido (art. 1.378 do CC) — mas, antes, tem natureza de obrigação propter rem inserida nos direitos de vizinhança, pelo qual o possuidor ou proprietário de um imóvel encravado adquire direito à travessia pelo interior do terreno vizinho a fim de acessar via pública, nascente ou porto, mediante contravalente indenização cabal.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery asseveram, nesse contexto, que "o direito de passagem forçada decorre da necessidade natural do ir

e vir das pessoas, que não pode ser obstado pelo direito real de propriedade, jamais absoluto, bem como decorre da necessidade de abastecimento ou de escoamento de produção" (*In: Código Civil Comentado*. 8ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.027).

Aprofundando a noção sociológica do instituto, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ensinam que:

> "Nesta situação, objetivando conceder função social à propriedade encravada, a lei impõe que o proprietário vizinho conceda a passagem forçada, como uma espécie de imposição de solidariedade social conjugada à necessidade econômica de exploração do imóvel encravado, a fim de que não se torne improdutivo por inacessível" (*In: Direitos Reais.* 6ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2009, p. 452).

Depreende-se, portanto, do conceito, que a instituição do direito real de passagem forçada não é apenas prerrogativa conferida ao proprietário ou possuidor de terreno em estado de encravamento, mas que, na realidade, configura característica e obrigação universal inerente ao próprio imóvel, sendo intrínseco à coisa em razão da necessária indissociação entre a sua existência e a função social que dela se espera.

A imperatividade de que o imóvel seja útil e produtivo, aliás, encontra origem e proteção na Constituição Federal de 1988, sobretudo porque o texto magno, ao passo que garante no rol dos direitos fundamentais o direito de propriedade, preconiza que esta deverá, obrigatoriamente, atender à sua função social (art. 5º, incs. XXII e XXIII, da CF), princípio regulador, também, da ordem econômica (art. 170, inc. III, da CF).

Estabelece, ainda, o art. 186, *caput*, da CF, que a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência previstos em lei, aos requisitos de aproveitamento racional e adequado, utilização sustentável dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância das normas de

relação de trabalho e a necessidade de exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores.

Estas considerações, mais que proposições teóricas abstratas, fazem-se necessárias à compreensão da matéria ora discutida, na medida que, em virtude delas, há muito se abandonou a noção formulada pela doutrina clássica, decorrente da interpretação literal — e, por isto, de paupérrima sofisticação exegética — do art. 1.285 do CC segundo a qual somente enseja a constituição de passagem forçada o imóvel que se encontre em total e absoluto estado de encravamento.

Conforma-se, de conseguinte, com mais adequação, à noção de promoção da função social da propriedade, a ideia de que o encravamento do imóvel, antes exigido de forma absoluta, possa ser relativo, desde que, no caso concreto, os elementos probatórios evidenciem que, embora seja acessível à via pública, a passagem se mostra fundamentalmente difícil, penosa ou perigosa e, por isto, reduza substancialmente o aproveitamento útil a que a gleba poderia se destinar, comprometendo, em última análise, a sua função social.

No caso, compulsando detidamente a prova coligida ao instrumento e atento às premissas jurídicas acima lançadas, penso, baseado na cognição perfunctória dos termos da lide, que a situação de encravamento relativo do imóvel dos autores — do qual tomaram posse em virtude do falecimento de seu pai, Francisco Monteiro de Paula, em 25.07.2004 (fl. 18 dos apensos) e propriedade condominial por força da partilha extrajudicial em 09.03.2012 (fls. 62/69 apensadas) — não enseja solução outra que não a abertura, em seu favor, de passagem forçada através de área inserida na propriedade dos réus.

E isto porque o levantamento planimétrico confeccionado por profissional da engenharia contratado pelos agravantes (fls. 26 dos apensos) evidencia que a parte frontal (leste) do terreno dos agravantes dista 284

metros da Estrada do Palmital, é rodeado pelas terras administradas pelos agravados a leste, oeste e norte, e, a sul, é tangenciado pelo Rio da Onça em toda a sua extensão, demonstrando, portanto, ser substancialmente encravado, tanto mais por não se ter notícia acerca da possibilidade ou costume de navegação no tênue curso d'água.

O estudo revela, demais, a existência de um caminho particular que servia de acesso forçado ao imóvel dos agravantes — passando no interior do imóveis dos agravados, a uma distância de 150 m do rio —, o qual, inobstante, foi fechado por determinação destes, a fim de que aqueles não mais transitassem em sua propriedade, conforme demonstra boletim de ocorrência lavrado em 05.02.2012 (fls. 51/51-v dos apensos).

Os recorrentes passaram, então, a acessar seu imóvel encravado a partir de rota precária aberta fora do terreno dos recorridos, margeando o curso do rio, improvisada mediante a alocação de toras de madeira na superfície do denso matagal, inclusive com a sobreposição de troncos para viabilizar a transposição, a pé, dos valos, grotas e igarapés que compõem o instável relevo da mata ciliar. Ficam eles expostos, dessa forma — não se há negar, pois evidenciam as inúmeras imagens fotográficas colacionadas (fls. 28/31 e 70/72) —, a riscos de sofrerem toda sorte de acidentes, tal como quedas e ataque súbito de animais silvestres ou peçonhentos.

Não é razoável tampouco condigno se lhes sujeitar a tais perigos e dificuldades como garantia de acesso e utilidade à sua propriedade, de forma a compatibilizar sua fruição econômica e social, retirando-lhe o valor e o proveito que de seus recursos são esperados, somente para, por outro lado, oportunizar o exercício pleno e absoluto dos mesmos direitos aos proprietários da área vizinha, tanto mais porque se extrai da prova a circunstância de que a família dos agravantes possui domínio sobre o terreno desde o ano de 1955 (fl. 23) e teve a costumeira prática de travessia cessada de modo repentino, desavisado e indevido.

Evidencia-se, portanto, a partir de tais circunstâncias, a relevância e verossimilhança das alegações de fato e de direito formuladas pelos agravantes (fumus boni juris), dado que há demonstrações de encravamento imobiliário relativo, e, embora haja, de fato, rota alternativa, esta é desarrazoadamente penosa e arriscada, sendo recomendável, pois, constituir-se, no terreno dos agravados, uma outra mais segura e eficaz, ou mesmo restabelecer a passagem pela via particular historicamente utilizada pelos recorrentes.

A respeito do controvertido tema, Sílvio de Salvo Venosa leciona que:

> "Discute-se se o encravamento deve ser absoluto. Ou seja, se deve ser considerado encravado o terreno cujo acesso é difícil ou perigoso. A doutrina vacila e no caso concreto pode ser evidenciado ser o acesso ao terreno de tal maneira impróprio que o imóvel deva ser considerado encravado. O assunto, de forma geral, dá margem a infindáveis discussões e nem sempre a solução concreta será fácil. Deve ser considerado encravado o prédio com acesso inseguro, perigoso, insuficiente para utilização econômica e social da propriedade" (*In: Código Civil Interpretado.* São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 1160).

Na mesma linha de raciocínio, trago à colação a doutrina de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

> "Parece-nos que, nos tempos atuais, a penetração do princípio constitucional da função social da propriedade evoca a destinação coletiva da coisa, em benefício conjunto de seu titular e da comunidade, visando uma finalidade econômica relevante. Assim, mesmo que exista uma saída para a via pública, constatando-se dificuldade, insuficiência, inadequação ou, até mesmo, periculosidade do percurso, permitir-se-á ao magistrado interpretar o dispositivo de forma extensiva, concedendo ao proprietário necessitado outra saída para que seu imóvel tenha a sua utilização ampliada e possa atender às necessidades de exploração econômica" (ob. cit., p. 453).

Consentâneo é o Enunciado n. 88 do Conselho de Justiça Federal no âmbito das Jornadas de Direito Civil, cujo teor expressa que "o direito de passagem forçada, previsto no art. 1.285 do CC, também é garantido

nos casos em que o acesso à via pública for insuficiente ou inadequado, consideradas, inclusive, as necessidades de exploração econômica".

O *periculum in mora*, por outro lado, ao contrário de ser inexistente, como determinou a decisão agravada, é manifesto, e, por isto é que tenho ser medida necessária e impostergável a antecipação de tutela.

Com efeito, o perigo de dano irreversível ou de difícil reparação não guarda conexão, no caso de passagem forçada, com a circunstância de que os agravantes hajam ou não estabelecido posse consolidada sobre o imóvel, sendo relevante averiguar-se, antes, a intenção de os proprietários passarem a exercê-la, ainda que pela primeira vez, e a correspondente negativa de trânsito por parte quem deveria permiti-lo.

Observa-se da narrativa empreendida e das ilustrações fotográficas coligidas que os agravantes, que de há muito utilizavam a passagem em imóvel alheio para acessar seu terreno a fim de empreender trabalhos de conservação, após a definição da partilha extrajudicial (fls. 62/69 apensadas), demonstraram legítimo interesse de retirar proveito econômico das suas terras, e, para tanto, iniciaram a construção de um pequeno galpão de abrigo para equipamentos agrícolas (fl. 72 dos anexos).

Assim, no exato momento em que surgiu a necessidade de acesso ao imóvel encravado e tantas quantas forem as tentativas de acessá-lo pela via marginal, submetem-se, os agravantes — proprietários e legítimos possuidores —, aos riscos e dificuldades acima apontados, circunstância da qual exsurge, inarredavelmente, o periculum in mora exigido para o deferimento da antecipação de tutela.

Não se cogita, ademais, de irreversibilidade da medida antecipatória, eis que, primeiro, o trânsito forçado era pacificamente implementado até o fechamento do trajeto pelo agravados, e, segundo, porque não há mínimos indícios de que os agravantes pretendem alterar a composição do relevo ou da vegetação do imóvel alheio, implementar modificação de traçados

e limites, tampouco cometer crime ambiental ou exercer prática abusiva de qualquer natureza.

Consubstanciaria ilícito ambiental, ao contrário, a continuidade da passagem por onde hoje é feita e a consolidação de via secundária sobre a vegetação nativa, o que importaria, em princípio, ingerência e modificação indevida da mata ciliar do Rio da Onça, que constitui área de preservação permanente de acordo com o art. 4º, inc. I, do Código Florestal (Lei n. 12.651/2012).

Preenchidos, portanto, os requisitos previstos no art. 273, caput e inc. I, do CPC, a concessão da antecipação dos efeitos da tutela é medida de direito e de cautela, na hipótese, ressalvada a possibilidade do juízo a quo, caso sobrevenham melhores provas no curso da instrução, rever o comando exarado neste decisório, sabidamente marcado pela cognição perfunctória da lide.

Cito, a título de arremate, precedente desta Corte em semelhante conjuntura fática, assim ementado:

> "AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. (...) MÉRITO. VIA USADA DE LONGA DATA PELOS AUTORES. PASSAGEM FORÇADA POR TERRENO ALHEIO. ENCRAVAMENTO DO IMÓVEL. PRESSUPOSTOS. NECESSIDADE DE ACESSO CAPAZ DE MANTER O PROVEITO ECONÔMICO DA PROPRIEDADE PELO LINDEIRO. APONTAMENTO DE DESVIO POR ROTA SECUNDÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 927 DO CPC DEMONSTRADOS EM RELAÇÃO À ROTA ORIGINAL. SENTENÇA MANTIDA.
>
> A passagem forçada (art. 559 do CC/1916 / art. 1.285, do CC/2002) pressupõe o encravamento predial, mas esse não precisa ser absoluto. Poderá estar presente, portanto, ainda que haja rota alternativa, desde que muito difícil ou custosa, tanto mais quando capaz de comprometer o proveito econômico ao lindeiro, de acordo com a natureza do seu imóvel encravado.
>
> Nesse contexto, merece proteção possessória a estrada utilizada há muitos anos pelos autores como única forma de acesso à via pública,

> mormente quando o enredo probatório revela-a útil ao escoamento de produção agrícola, para o que é totalmente temerário o recente desvio proposto pelo proprietário atravessado, mais tortuoso" (AC n. 2010.067097-0, de Criciúma, Terceira Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Maria do Rocío Luz Santa Ritta, j. em 24.05.2011)".

Do STJ, em idêntica linha de raciocício, transcrevo acórdão paradigmático cuja ementa segue:

> "CIVIL. DIREITOS DE VIZINHANÇA. PASSAGEM FORÇADA (CC, ART. 559). IMÓVEL ENCRAVADO. Numa era em que a técnica da engenharia dominou a natureza, a noção de imóvel encravado já não existe em termos absolutos e deve ser inspirada pela motivação do instituto da passagem forçada, que deita raízes na supremacia do interesse público; juridicamente, encravado é o imóvel cujo acesso por meios terrestres exige do respectivo proprietário despesas excessivas para que cumpra a função social sem inutilizar o terreno do vizinho, que em qualquer caso será indenizado pela só limitação do domínio. Recurso especial conhecido e provido em parte" (REsp. n. 316.336, do Mato Grosso do Sul, Terceira Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 18.08.2005)".

Destaco, por fim, que esta decisão em nada conflita com aquela tomada por este mesmo Órgão Fracionário em sede do julgamento da AC n. 2009.062842-7 (fls. 41/49 dos apensos), de minha relatoria, na medida em que naquele feito se discutia relação fática para fins de reintegração possessória, enquanto aqui o debate centra-se em direito real intrínseco ao domínio.

Isto posto, pelo meu voto eu dou provimento ao agravo a fim de conceder a antecipação de tutela pretendida, facultando, de conseguinte, aos agravantes, a passagem sobre o caminho de que vinham se utilizando para acessar a via pública por intermédio da propriedade dos agravados, ou, ainda, fazê-lo sobre outro trajeto menos oneroso aos recorridos, circunstância que deverá obrigatoriamente ser objeto de análise pelo juízo a quo, se impugnada, ao longo da instrução.

APELAÇÂO CÍVEL

Apelação Cível n. 2010.078665-1, de Imbituba

Relator: Des. Luiz Fernando Boller

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANO. INSURGÊNCIA DO DEMANDANTE, QUE ALEGA IRREGULARIDADE NA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DA REQUERIDA. INSTRUMENTO DE MANDATO QUE NÃO TERIA ACOMPANHADO A PEÇA DEFENSIVA.

CIRCUNSTÂNCIA QUE, EM QUE PESE SER VERÍDICA, FOI SOLUCIONADA PELA PARTE QUANDO TRANSCORRIDOS NÃO MAIS DO QUE 13 (TREZE) DIAS DESDE O PROTOCOLO DA CONTESTAÇÃO. DILIGÊNCIA QUE, ADEMAIS, ANTECEDEU A PRÓPRIA CONSTATAÇÃO DA FALTA DO DOCUMENTO OBRIGATÓRIO PELO TOGADO SINGULAR. INVIABILIDADE DA PRETENDIDA DECRETAÇÃO DA REVELIA, POR TRATAR-SE DE IRREGULARIDADE SANÁVEL. EXEGESE DO ART. 13 DO CPC.

PRETENDIDA ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL À RÉ/APELADA, EM RAZÃO DA SUPOSTA NEGLIGÊNCIA NA PRESTAÇÃO DO SEU SERVIÇO. CASA LOTÉRICA QUE TERIA DEIXADO DE FORMALIZAR UMA DAS APOSTAS DO REQUERENTE, PROCEDENDO, AO INVÉS DISTO, NO DUPLO REGISTRO DE OUTROS 2 JOGOS.

SUBSTRATO PROBATÓRIO INEFICIENTE À COMPROVAÇÃO DA TESE MANEJADA. ÔNUS DA PROVA QUE COMPETIA AO INSURGENTE, A TEOR DO PRECONIZADO NO ART. 333, INC. I, DO CPC.

SIMPLES PREENCHIMENTO DO VOLANTE COM A SEQUÊNCIA NUMÉRICA PREMIADA QUE NÃO CONSTITUI PROVA BASTANTE PARA O DIREITO REPARATÓRIO PERSEGUIDO. POSSIBILIDADE DE O DOCUMENTO TER SIDO COMPLETADO APÓS A PUBLICAÇÃO OFICIAL DO RESULTADO DO CONCURSO, MORMENTE ANTE A CEDIÇA ACESSIBILIDADE DE TAIS FORMULÁRIOS AO PÚBLICO EM GERAL.

DEVER DO JOGADOR EM CONFERIR OS COMPROVANTES ENTREGUES PELA CASA LOTÉRICA. ADVERTÊNCIA EXPRESSAMENTE CONSIGNADA NO CARTÃO DE APOSTA. CAUTELA QUE, CASO TIVESSE SIDO TOMADA, PODERIA TER MOTIVADO A RECLAMAÇÃO, NO MOMENTO OPORTUNO, ACERCA DA AUSÊNCIA DE FORMALIZAÇÃO DA APOSTA DITA PREMIADA.

DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO NÃO EVIDENCIADO. DEVER DE INDENIZAR CONSEQUENTEMENTE INEXISTENTE. RECLAMO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.078665-1, da comarca de Imbituba (1ª Vara), em que é apelante José Carlos Ferreira de Souza, e apelado Lotérica Trilha da Sorte Ltda ME:

A Quarta 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 Excelentíssimo Senhor Desembargador Victor Ferreira, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Substituto Jorge Luís Costa Beber.

Florianópolis, 25 de abril de 2013.

Luiz Fernando Boller

RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por José Carlos Ferreira de Souza, contra sentença prolatada pelo juízo da 1ª Vara da comarca de Imbituba, que nos autos da ação de Reparação de Danos nº 030.07.004749-9 (disponível em <http://esaj.tjsc.jus.br/cpo/pg/search.do;jsessionid=D1DAA0F9EDB44373C5286EDD4A992B1C.cpo1?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=30&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SAJ&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisa=030070047499> acesso nesta data), ajuizada contra Lotérica Trilha da Sorte Ltda.-ME., julgou improcedente o pedido, nos seguintes termos:

> [...] A preliminar de chamamento ao processo não procede. A ré é prestadora de serviços da Caixa Econômica Federal e, como tal, possui legitimidade para responder pelos danos causados nesta condição. Ademais, cuidando-se de relação de consumo, e de ato ilícito decorrente da má prestação do serviço, não vislumbro a alegada solidariedade, a fim de incluir a chamada no polo passivo, porquanto eventual direito de regresso deverá ser veiculado em ação própria, nos termos do art. 88 do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Destarte, rejeito a prefacial e afasto a exceção de incompetência, pois entendo competente este juízo comum.

A tese suscitada na réplica não procede, pois a parte ré juntou a procuração dentro dos quinze dias sucessivos à apresentação da contestação. Ainda assim, a falta de procuração não ultrapassa a mera irregularidade, sanável de ofício, nos termos do art. 13 do CPC.

No mérito, o pedido é improcedente.

O dano material não foi comprovado.

O autor diz que realizou dez apostas na Lotomania, Concurso nº 0781, e que uma delas foi repetida.

Entretanto, analisando-se os cartões de fls. 09/14, está provado que o autor efetuou dez apostas, mas não se pode afirmar que ele também realizou a aposta que foi premiada com dezenove acertos (fls. 13/14).

Entendo que é ônus do apostador conferir sua aposta, logo após realizada, a fim de evitar qualquer problema depois do sorteio, incidindo a excludente de responsabilidade objetiva da ré, previstas no art. 14, § 3º, da Lei nº 8.078/90.

Ainda, o autor não teve o cuidado de especificar quais as apostas que foram repetidas.

Noto que os cartões de fl. 10 apresentam os mesmos números apostados, com a respectiva aposta de espelho. Aquela realizada às 17h44min03s (fl. 11) e mais outra às 17h44min32s (fl. 12), com as respectivas apostas espelhos, processadas em torno de cinco segundos.

Com isso, quero dizer que, ainda que houvesse aposta em duplicidade, não se pode atribuir a culpa ao empregado da lotérica, pois foram realizadas duas apostas para depois ser realizada aquela alegada repetida.

Ora, como cabe ao apostador o ônus de preencher a cartela, entregar ao agente lotérico e, depois, conferir o comprovante, não se pode atribuir culpa, mesmo na modalidade objetiva, à demandada.

Fosse cauteloso, o apostador deveria conferir o bilhete antes do sorteio.

Por fim, caso decidisse diferente, poderia alguém dar ensejo a apostas repetidas, alegar negligência da agência lotérica e apresentar a cartela preenchida com os números sorteados, pleiteando indenização.

> Assim, por segurança jurídica e de acordo com o fim social do Código de Defesa do Consumidor, a improcedência se impõe.
>
> Ante o exposto, julgo IMPROCEDENTE o pedido formulado por José Carlos Ferreira de Souza em face de Lotérica Trilha da Sorte Ltda.-ME., qualificados, declarando extinto o processo, nos termos do art. 269, I, do CPC.
>
> Condeno o autor ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em R$ 500,00 (quinhentos reais), nos termos do art. 20, § 3º, do CPC. Condenações suspensas, em virtude da Justiça Gratuita (fls. 44/45).

Malcontente, o apostador apelante sustentou, num primeiro momento, a necessidade de decretação da revelia da parte adversa, que, segundo referiu, teria juntado "a procuração extemporaneamente, sem ratificar os atos já praticados" (fl. 50), o que implicaria na aplicação do disposto no art. 37 do Código de Processo Civil, considerando-se inexistentes, pois, os atos praticados pelo causídico constituído por sua oponente, julgando-se procedente, via de consequência, o pleito exordial.

De outro vértice, destacou que "a atividade de lotérica implica, por sua natureza, risco para os direitos dos apostadores, face à possibilidade de erros na digitação dos números apostados, não realização de apostas [...] ou realização [...] em duplicidade" (fl. 55), circunstâncias que, associadas à ausência de prova produzida pela Lotérica Trilha da Sorte Ltda.-ME., no sentido de que "o apelante não teria apostado o cartão ganhador" (fl. 52), justificaria a atribuição da pretendida responsabilidade civil, condenado-se a recorrida ao pagamento de R$ 25.575,81 (vinte e cinco mil, quinhentos e setenta e um reais e oitenta e um centavos), valor correspondente a premiação que deixou de receber em decorrência da alegada conduta negligente da demandada, que equivocadamente procedeu, por 2 (duas) vezes, à leitura do mesmo volante, deixando, em razão disto, de processar a aposta que continha os números vencedores.

Por fim, rechaçou a assertiva de que deveria, por conta própria, "conferir as apostas após [...] terem sido feitas" (fl. 54), avultando que, ao contrário disto, incumbia ao "empregado da apelada [...] tal obrigação, especialmente porque responsável legalmente pelos defeitos na prestação do serviço" (fl. 54), consequentemente mostrando-se inaplicável a excludente de responsabilidade contida no art. 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, defendendo estar indemonstrada sua culpa no evento, razão pela qual bradou pelo conhecimento e provimento do reclamo, com a reforma da sentença, condenando-se a ré apelada ao pagamento do montante que deixou de auferir, consequentemente invertendo-se os ônus sucumbenciais (fls. 48/55).

Recebido o apelo nos efeitos devolutivo e suspensivo (fl. 57), sobrevieram as contrarrazões de Lotérica Trilha da Sorte Ltda.-ME., que verberou os argumentos deduzidos por José Carlos Ferreira de Souza, destacando que carece de fundamento a alegada irregularidade na sua representação processual, já que o instrumento de mandato conferido ao advogado Orlando Gonçalves Pacheco Júnior (OAB/SC nº 17.164), teria sido juntado aos autos em momento oportuno, inexistindo justificativa, pois, para que se aplique o disposto no art. 13, inc. II, do Código de Processo Civil.

Além do mais, afiançou que o autor/apelante não teria logrado êxito em comprovar o fato constitutivo do seu direito, visto que deixou de demonstrar que o preposto da requerida propositadamente absteve-se de formalizar a aposta premiada, o que, segundo referiu, inviabiliza o acolhimento da pretensão reparatória, avultando, mais, que constitui dever do próprio jogador conferir os dados impressos nos seus cartões, razão pela qual - ressaltando não haver qualquer elemento de prova capaz de evidenciar a ilicitude da sua conduta, e, de outro vértice, defendendo que em caso de eventual procedência do pedido, deve ser chamada a compor a lide a CEF-Caixa Econômica Federal -, clamou pelo desprovimento do reclamo, mantendo-se incólume a decisão admoestada (fls. 60/69).

Ascendendo a este pretório, foram os autos originalmente distribuídos ao Desembargador Carlos Adilson Silva, vindo-me às mãos em razão do superveniente assento nesta Quarta Câmara de Direito Civil (fl. 71).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Conheço do recurso porque, além de tempestivo, atende aos demais pressupostos de admissibilidade, destacando que o apelante, na condição de beneficiário da justiça gratuita, está dispensado do recolhimento do preparo (fl. 45).

Num primeiro momento, entendo por bem registrar que, em que pese José Carlos Ferreira de Souza tenha pleiteado a decretação da revelia da requerida, aduzido, para tanto, que a peça defensiva da Lotérica Trilha da Sorte Ltda-ME. teria sido "apresentada sem o indispensável instrumento de mandato" (fl. 50), bradando, ainda, que "a apelada não pugnou pela juntada no prazo legal" (fl. 50), a assertiva não encontra qualquer fundamento nos autos, indo de encontro - à bem da verdade -, à sequência de atos praticados no processo.

Isto porque, conquanto tenha deixado, de fato, de anexar à contestação o instrumento de mandado conferindo poderes ao causídico Orlando Gonçalves Pacheco Júnior (OAB/SC nº 17.164), subscritor daquela peça, em 13/05/2008 - ou seja, quando transcorridos não mais do que 13 (treze) dias desde o oferecimento da resposta, protocolada em 30/04/2008 (fl. 18) -, a ré/apelada procedeu a regularização da sua representação processual, acostando aos autos o documento faltante, cuja outorga, gize-se, data de momento anterior à apresentação da própria defesa (fls. 18 e 32).

Em sendo assim, por entender que a ausência de procuração constitui irregularidade sanável, e considerando, também, que a juntada do aludido escrito foi procedida pela parte demandada antes mesmo de o togado singular aferir a ausência de capacidade postulatória, não vislumbro desacerto na decisão de 1º Grau, que afastou a aplicação, tanto do disposto no § único do art. 37 do Código de Processo Civil, bem como do estatuído no inc. II do art. 13 do referido códice.

Discorrendo sobre o tema, Hélio do Valle Pereira exalta que:

> [...] A rispidez do art. 37 vem sendo abrandada. Como visto, dado início ao processo, a ausência de mandato, percebida a qualquer momento, e mesmo fora das angustas hipóteses emergenciais, deve levar sempre à prévia tentativa de suprir o vício, aplicando-se conjuntamente o mencionado art. 13 (Manual de Direito Processual Civil: Roteiros de Aula - Processo de conhecimento - 2ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 143).

A propósito, outra não é a orientação do Superior Tribunal de Justiça, de cujo acervo jurisprudencial amealho que:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DEFICIÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. REGULARIZAÇÃO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE. ART. 13 DO CPC. PRECEDENTES. REABERTURA DO PRAZO. EXCEPCIONALIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO. I.
>
> "Diante da interpretação conjunta dos arts. 13 e 37 do CPC, conclui-se que a ausência de procuração constitui vício sanável na instância ordinária, e deve o juiz, antes de qualquer providência, consentir à parte suprir a irregularidade da representação, nos termos do art. 13 do CPC. Precedentes" (Resp n. 871.681/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, unânime, DJU de 19.12.2006) (AgRg no Ag 1218325/PR. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior. J. em 16/11/2010. DJe de 24/11/2010).

Bem como,

> AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA STJ/211. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO. IRREGULARIDADE SANÁVEL. PRECLUSÃO. POSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS.
>
> [...] Por constituir irregularidade sanável, da capacidade postulatória, eventual vício existente na regularidade de representação processual deve ser alegado e provado no devido tempo, ou seja, na primeira oportunidade que a parte tiver acesso nos autos, sob pena de preclusão, nos termo do art. 245 do CPC.
>
> *Ademais, ainda que comprovada, a aludida irregularidade de representação não teria a consequência jurídica almejada pelo agravante, de extinção do processo de execução, pois, em consonância dom o art. 13 do CPC, "verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito"* Agravo Regimental improvido (AgRg no AREsp 173328/RJ. Rel. Min. Sidnei Beneti. J. em 19/06/2012. DJe de 25/06/2012 - grifei).
>
> No mesmo rumo, dos julgados deste pretório sobressai que:
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL EM DESFAVOR DO MUNICÍPIO DE GASPAR. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PEDIDO INDEFERIDO EM PRIMEIRO GRAU. PROCURAÇÃO. AUSÊNCIA. PARTE QUE, NO DECORRER DA TRAMITAÇÃO, APRESENTOU TAL DOCUMENTO. IRREGULARIDADE QUE, ADEMAIS, PODE SER SANADA MEDIANTE A CONCESSÃO DE PRAZO PARA TANTO ANTES DA EXTINÇÃO DO FEITO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 13 DO CPC [...].
>
> "A falta de instrumento de mandato constitui defeito sanável nas instâncias ordinárias, aplicando-se, para fim de regularização da representação postulatória, o disposto no artigo 13 do CPC" (RSTJ 68/383) (Agravo de Instrumento nº 2008.077329-3, de Gaspar. Rel. Des. Vanderlei Romer. J. em 20/04/2010).

Dito isto, passo à análise do pleito indenizatório, salientando que, no caso em toureio, a pretendida atribuição de responsabilidade civil vem lastreada na alegação de que, em evidente descuido na prestação do seu

serviço, a Lotérica Trilha da Sorte Ltda.-ME. teria deixado de formalizar uma das apostas de José Carlos Ferreira de Souza na Lotomania, procedendo, ao contrário disto, na duplicada leitura e registro de um outro cartão, circunstância que teria inviabilizado o recebimento da recompensa pecuniária, já que a cartela "não processada por negligência da requerida continha dezenove acertos, o que premiaria o apelante com a importância de R$ 25.575,81 (vinte e cinco mil, quinhentos e setenta e cinco reais e oitenta e um centavos" (fl. 02).

Do exposto sobressai a impositiva necessidade de aplicação das disposições contidas no bojo da Lei nº 8.078/90, assumindo o autor/apostador a induvidosa condição de consumidor - tal como preconiza o art. 2º da norma suso referida -, ao passo que a demandada, por sua vez, em razão da atividade comercial que exerce, enquadra-se no que estatui o art. 3º daquela norma, segundo o qual:

> Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
>
> § 1° Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.
>
> § 2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Assim, a possibilidade de se atribuir eventual responsabilização civil à Lotérica Trilha da Sorte Ltda.-ME., em razão do dano pretensamente infligido a José Carlos Ferreira de Souza, pela má prestação do seu serviço, encontra respaldo no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual:

> 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.

Sobre o tema, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa lecionam que:

> [...] O defeito do serviço pode ser de prestação, de concepção ou de comercialização.
>
> O defeito de prestação, que se contrapõe ao defeito de fabricação no caso de produtos, manifesta-se no ato da prestação do serviço. É um desvio de um padrão de qualidade fixado antecipadamente. Em tudo o mais segue as características do defeito de fabricação.
>
> O defeito de concepção surge na própria formulação do serviço, na escolha dos seus métodos e na fixação de seu conteúdo. É semelhante aos defeitos de concepção de produtos.
>
> O defeito de comercialização nos serviços, finalmente, decorre de "informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos". A ele se aplica o já dito sobre os defeitos de comercialização de produtos.
>
> Alguns tipos de serviço têm maior potencial para causar acidentes de consumo. É o caso dos serviços de transporte, de lazer, de saúde. Outros, como os de crédito, bancário, securitário ou financeiro, só indiretamente provocam acidentes de consumo (Manual de Direito do Consumidor - 4ª ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. ps. 173/174).

Entretanto, há que se registrar que, embora esteja assegurada a observância das disposições cogentes da legislação consumerista - especialmente no que toca à possibilidade de reconhecimento do defeito na prestação do serviço, e de responsabilização do causador do dano -, deixo de proceder a inversão do ônus da prova, visto que, consoante o que preconiza o inc. VIII do art. 6º da Lei nº 8.078/90, aludida prerrogativa é conferida ao consumidor "*quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências*" (grifei).

Isto porque, estando o julgador pouco convencido acerca da verossimilhança das alegações manejadas pelo autor/consumidor, deverá aplicar a regra geral do art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil.

Discorrendo sobre o assunto, Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins exaltam que:

> [...] O ônus da prova no Código de Processo Civil, como regra geral, vem encartado no art. 333, que o impõe "ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito" e "ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor". De acordo com o Código do Consumidor, entretanto, desde que o juiz, utilizando-se das máximas de experiência, entenda como verossímeis as afirmações do consumidor, poderá inverter o ônus da prova [...].
>
> *Como, sem dúvida, a existência do defeito é fato constitutivo do direito do autor/consumidor* (cabendo-lhe, portanto, a prova consoante o art. 333, I, do CPC), *pois não há responsabilidade civil do fornecedor no sistema do Código do Consumidor, sem a existência de defeito juridicamente relevante* (art. 12, *caput*), *e, por sua vez, a inexistência do defeito é fato impeditivo do direito do autor/consumidor* (cabendo ao fornecedor o ônus da sua comprovação, nos termos do art. 333, inc. II, do CPC), e por esta razão foi expressamente previsto pelo Código do Consumidor como eximente da responsabilidade do fornecedor que deverá prová-lo, *em nada se afasta do regime da distribuição do ônus da prova do Código de Processo Civil* (Código do Consumidor Comentado. 2ª ed. rev. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. ps. 69/70 - grifei).

Sob esta ótica, entendo que a pretensão indenizatória de José Carlos Ferreira de Souza não merece prosperar, visto que o apostador apelante não se desincumbiu do ônus de comprovar o alegado defeito na prestação do serviço prestado pela Lotérica Trilha da Sorte Ltda.-ME., circunstância imprescindível para que fosse atribuída à ré/apelada, a pretendida responsabilidade civil.

Ainda que o insurgente tenha encartado nos autos os "*Recibos de Aposta*" de fls. 09/12, logrando êxito em evidenciar os jogos de azar realizados em 05/12/2007, afetos ao Concurso nº 781 da Lotomania, bem

como o registro de 2 (duas) apostas com idêntica sequência numérica (fl. 10) - as quais, por sua vez, resultaram em outras 2 (duas) "*Apostas Espelho*", que são aquelas "*em que o sistema gera nova aposta escolhendo os outros 50 números não registrados na [...] original*" (fl. 10) -, tais escritos, ao meu sentir, em nada contribuem para evidenciar que o volante de fl. 13, contendo os números sorteados, foi, de fato, preenchido pelo jogador antes do registro duplicado, e tampouco antes do encerramento do concurso, com o respectivo sorteio.

Não se pode olvidar que tais formulários ficam livremente expostos nas casas lotéricas, podendo ser coletados e preenchidos pelos apostadores em qualquer oportunidade, independentemente da data de sorteio da loteria, tratando-se, a bem da verdade, de modelos pré-impressos de forma padronizada, que diferem apenas no que toca à espécie da aposta, ou seja, Mega-Sena, Quina, Dupla-Sena, Instantânea, Lotogol, Timemania, Lotomania, Federal, Loteca e Lotofácil (disponível em <http://www1.caixa.gov.br/loterias/index.asp> acesso nesta data).

Em que pese tal circunstância consubstancie um facilitador da exploração das jogatinas, incentivando as apostas pelos seus usuários, não há dúvida de que o fácil acesso às cartelas possui, também, um resultado negativo, já que mina a credibilidade do próprio cartão preenchido, de acordo com o resultado oficialmente obtido no concurso.

Justamente por esta razão, é que se exige do aventureiro em jogos de azar a apresentação, não do volante preenchido, mas, sim, do bilhete eletrônico impresso pelo terminal lotérico correspondente ao sorteio vigente, para que, em havendo similitude de informações, possa usufruir de eventual recompensa pecuniária, elemento que, entretanto, inexiste no caso em prélio, já que José Carlos Ferreira de Souza encartou nos autos apenas o formulário manualmente preenchido de acordo com a sua preferência numérica, deixando de anexar ao caderno processual o respectivo "*Recibo*

da Aposta", ou qualquer outro elemento eficiente à sustentação do alegado fato do serviço (fl. 13).

E nem se diga que a circunstância de terem sido processados 2 (dois) idênticos cartões de loteria com a sequência 01-03-05-06-08-10-11-13-15-17-20-22-24-26-28-30-31-33-35-36-38-41-44-46-48-49-53-55-56-58-60-61-63-64-66-69-71-74-78-80-82-84-86-88-91-93-95-97-99-00 - demonstrados através dos Recibos nºs 3871-2622A80BE5AD87BBC-93 e 3871-BA5C78F8DDAF3CA68-5E, e que resultaram nas 2 (duas) "Apostas Espelhos" contidas nos Recibos nºs 3871-F2AEEFCC526578483-7C e 3871-943233BE62E08DCF-0B (fl. 10) -, consubstancia motivo bastante para a pretendida atribuição do dever de indenizar, visto que eventual falha na leitura dos cartões de aposta deveria ter sido comunicada pelo apostador apelante ao respectivo responsável no exato momento em que recebeu os comprovantes das mãos do funcionário encarregado do guichê de apostas da Lotérica Trilha da Sorte Ltda.-ME., revelando-se totalmente despropositada qualquer altercação depois de perfectibilizado o sorteio.

Aliás, consta expressamente em todos os volantes de apostas a advertência da necessidade de conferência do "*bilhete impresso pelo terminal*", pois "*ele é o único comprovante da aposta*" (fls. 09/13), obrigação da qual, tenho para mim, o jogador não pode esquivar-se - como ocorre no caso em questão (fl. 54) -, por ser o maior interessado na exatidão da aposta.

Portanto, considerando que foi o próprio José Carlos Ferreira de Souza quem, ao que tudo indica, agiu de forma desidiosa, deixando de conferir o teor das suas apostas, abstendo-se, como consequência lógica disto, em comunicar eventual equívoco à lotérica ré/apelada no momento oportuno - que certamente poderia ter solucionado a ausência de registro da sequência numérica vencedora -, a manutenção da sentença combatida mostra-se medida impositiva, reconhecendo-se a excludente de respon-

sabilidade estatuída no art. 14, § 3º, inc. II, do Código de Defesa do Consumidor.

Tecendo comentário sobre o tema, Sérgio Cavalieri Filho destaca que

> [...] *Fala-se em culpa exclusiva da vítima quando a sua conduta se erige em causa direta e determinante do evento, de modo a não ser possível apontar qualquer defeito no produto ou no serviço como fato ensejador da sua ocorrência*. Se o comportamento do consumidor é a única causa do acidente de consumo, não há como responsabilizar o produtor ou fornecedor por ausência de nexo de causalidade entre a sua atividade e o dano. [...] Inexiste nesses casos relação de causalidade entre o prejuízo sofrido pelo consumidor e a atividade do produtor ou fornecedor.
>
> [...] Em conclusão, a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro como causa da exclusão da responsabilidade do fornecedor, a rigor nos remete à inexistência de defeito do produto ou serviço [...] (Programa de Responsabilidade Civil - 9ª ed. - São Paulo: Atlas, 2010. ps. 499 e 502 - grifei).

Não há que se olvidar que ao autor/apelante incumbia a efetiva demonstração da existência do direito por si invocado, de maneira a permitir a formação da certeza jurídica indispensável a um juízo favorável à pretensão deduzida, sob pena de improcedência do pedido, a teor do disposto no art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil, ônus do qual, como se vê, não se desincumbiu a contento.

Acerca da matéria, Humberto Theodoro Júnior acentua que:

> Não há um dever de provar, nem à parte assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente (Curso de direito processual civil. 12. ed. v. 1. Forense, 1994. p. 411).

Da mesma forma, Moacyr Amaral Santos sobressai que:

> Como a simples alegação não é suficiente para formar a convicção do juiz *(allegatio et non probatio quasi non allegatio)*, surge a imprescindibilidade

> da prova da existência do fato. E dada a controvérsia entre o autor e os réus, com referência ao fato e às suas circunstâncias, impondo-se, pois, prová-lo e prová-las, decorre o problema de saber a quem incumbe dar a sua prova. A quem incumbe o ônus da prova? Esse é o tema que se resume na expressão - ônus da prova (Primeiras linhas de direito processual civil. 17. ed. 2. v. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 343-344).

Fornecendo a resposta, registra o mestre à p. 345:

> Incumbe o ônus da prova a quem diz, ou afirma, ou age. Ora, que vem a juízo, em primeiro lugar, é o autor; quem inicia a lide é o autor; quem afirma o fato é o autor. Donde tudo parecia mostrar, como corolário imediato daquele preceito, que ao autor cumpria o ônus da prova: *actori incumbit ônus probandi*.

Ao depois, adita:

> O critério para distinguir a qual das partes incumbe o ônus da prova de uma afirmação - ensina Carnelutti - é o do interesse da própria afirmação. Cabe provar - escreve ele - a quem tem interesse de afirmar; portanto, quem apresenta uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos e quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas (p. 347).

Por igual, anotam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery que:

> Segundo a regra instituída por Paulo, compilada por Justiniano, a prova incumbe a quem afirma e não a quem nega a existência de um fato (Dig. XXII, 3, 2). O autor precisa demonstrar em juízo a existência do ato ou fato por ele descrito na inicial como ensejador do seu direito (Código de processo civil comentado. RT, 1994. p. 516).

Diante disto, e considerando, ainda, que não há nos autos qualquer elemento eficiente, capaz de evidenciar que a Lotérica Trilha da Sorte Ltda.-ME. tenha, de fato, negligenciado o processamento do jogo de azar objetivado pelo demandante, deixando de formalizar a aposta vencedora no sorteio realizado em 05/12/2007, e que rendeu aos jogadores que fizeram 19 (dezenove) acertos, a importância de R$ 25.575,81 (vinte e cinco

mil, quinhentos e setenta e cinco reais e oitenta e um centavos - fl. 14), o desprovimento da insurgência recursal é medida que se impõe.

Como bem frisou o togado singular ao externar as razões do seu convencimento, "caso decidisse diferente, poderia alguém dar ensejo a apostas repetidas, alegar negligência da agência lotérica e apresentar a cartela preenchida com os números sorteados, pleiteando indenização" (fl. 45), conduta que certamente deve ser rechaçada para que se mantenha um mínimo de segurança e previsibilidade na vida em sociedade.

Tal entendimento, a propósito, vai ao encontro dos julgados deste pretório, que, por ocasião do julgamento de casos análogos, tem reiteradamente decidido que:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. FUNCIONÁRIA DE LOTÉRICA QUE SUPOSTAMENTE REGISTROU ERRADO OS NÚMEROS APOSTADOS PELO AUTOR, QUE FORAM SORTEADOS. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AUSENCIA DE VEROSSIMILHANÇA. AFASTADA INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. ALEGAÇÕES NÃO COMPROVADAS E IMPUGNADAS. RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> [...] É evidente a relação de consumo entre o apostador e a lotérica, posto que a atividade comercial exercida pelo réu enquadra-se no conceito de prestação de serviços (art. 3º da Lei 8.078/90) e, de outro lado, o autor (apostador) encaixa-se no perfil de consumidor, porquanto destinatário final dos serviços prestados (art. 2º do mesmo diploma legal).
>
> Contudo, na situação vivenciada nos presentes autos não se encontra presente a verossimilhança das alegações do demandante, motivo por que indevida é a inversão do ônus da prova.
>
> Com efeito, a aposta somente se perfectibiliza com a impressão do comprovante, conforme aqueles acostados em fls. 16 a 18. Se, de fato, é mínima a hipótese de o apostador, por livre vontade, resolver apostar o bilhete em duplicidade - o que ocorreu, vide fls. 17 e 18 -, também é certo que resta impossibilitada a prova de que os números que seriam apostados eram aqueles posteriormente sorteados.

> O bilhete de fl. 15, por si só, não é suficiente para comprovar as alegações do demandante.
>
> Não é demais salientar que, como apenas com o comprovante é que a aposta estaria realizada, caberia ao autor verificar se os bilhetes teriam sido impressos com os números escolhidos. Agora não pode se valer de sua desídia para receber o prêmio de loteria com os números que não apostou.
>
> Assim, incumbindo ao autor o ônus da prova de seu direito (art. 333, I, do Código de Processo Civil), a improcedência do pedido é medida que se impõe (Apelação Cível nº 2008.031209-5, de Navegantes. Rel. Des. Carlos Prudêncio. J. em 10/04/2012).

Na mesma senda:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DUPLA SENA. ALEGAÇÃO DE QUE O AUTOR TERIA DEIXADO OS NÚMEROS COM A CAIXA DA LOTÉRICA PARA EFETUAR APOSTA E RETORNADO NO DIA SEGUINTE PARA RECOLHER O BILHETE. AFIRMAÇÃO DE QUE A FUNCIONÁRIA DA LOTÉRICA APENAS FORMALIZOU APOSTA NO DIA SEGUINTE AO SORTEIO, HAVENDO SEUS NÚMEROS, COINCIDENTEMENTE, SIDO IDÊNTICOS AOS SORTEADOS NO CONCURSO DO DIA ANTERIOR. PROVA CONTUNDENTE NO SENTIDO OPOSTO ÀS ALEGAÇÕES AO AUTOR. ALTERAÇÃO DA VERDADE E INTUITO DE LUCRO FÁCIL RECONHECIDOS. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ MANTIDA. SUSPENSÃO EM VIRTUDE DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA. INVIABILIDADE. SOMENTE SE APLICA AOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS (CUSTAS, DESPESAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS). DECISUM MANTIDO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.
>
> [...] Não há como se desvencilhar da idéia de que o presente caso trata-se de um verdadeiro estorvo judicial, de uma demanda frívola e interposta com o claro intuito de obtenção de lucro fácil, pois como bem observou o magistrado *a quo*, as provas produzidas nos autos dão conta - e clareza - da atitude temerária do apelante.
>
> *In casu*, e diante das provas nos autos, é imperioso reconhecer ter o apelante agido de forma ilegítima ao exercer seu direito de ação, intentando de modo temerário e atentatório à dignidade da justiça,

> com o fim de tão-somente induzir em erro o Poder Judiciário, alterando a verdade dos fatos, com o fim de enriquecer-se ilicitamente, pois é entristecedor verificar que, hodiernamente, e de acordo com a Carta Maior, busca-se incessantemente superar os entraves que causam a morosidade do Poder Judiciário pelo tempo dispendido para entregar uma resposta óbvia à uma atitude infundada e maliciosa do apelante, uma ação como essas é uma afronta à dignidade da Justiça (Apelação Cível nº 2012.067867-3, de Araranguá. Rel. Juiz Saul Steil. J. em 13/11/2012).

A respeito, destaco, ainda, julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TOTO BOLA. APOSTA OU JOGO. PODER PÚBLICO. LEGITIMIDADE PASSIVA. FALTA DO SERVIÇO. MANIPULAÇÃO DE MÁQUINA DE SORTEIO. SUSPEITA DE FRAUDE. DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO.
>
> [...] A aposta em jogo não é investimento de que se possa esperar a garantia de um retorno. Os valores investidos têm uma chance absolutamente reduzida de retornar ao apostador, e a probabilidade de êxito em sorteios dessa monta é absolutamente ínfima, de tal modo que não há falar em direito adquirido, ou mesmo em expectativa de direito. O que é garantido ao apostador é que participe do concurso, nada mais. Preliminar afastada. Apelo desprovido. Unânime (Apelação Cível nº 70020571261, de Bagé. Relª. Desª. Iris Helena Medeiros Nogueira. J. em 05/09/2007).

Dessarte, na ausência de elementos eficientes, capazes de conferir credibilidade à tese recursal, pronuncio-me pelo conhecimento e desprovimento da insurgência, mantendo hígida a decisão combatida.

É como penso. É como voto.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL

Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 2009.048699-1/0001.00, de Itapema

Relator: Des. Subst. Jorge Luis Costa Beber

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. AVENTADA OCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE.

ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ACÓRDÃO QUE MANTEVE A SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA, READEQUANDO A VERBA DEVIDA EM FAVOR DO CAUSÍDICO DA PARTE AUTORA. OBSERVÂNCIA DO ART. 21, *CAPUT*, DO CPC E DOS PARÂMETROS DO ART. 20, §3º, DA MESMA LEI, ANTE A EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE PEDIDO PARA MAJORAÇÃO DA VERBA DEVIDA AOS PATRONOS DOS RÉUS NO RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO. INEXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO.

AUSÊNCIA DE OBSCURIDADE. ATENDIMENTO DO COMANDO INSCULPIDO NO ART. 23 DO CPC. ERRO MATERIAL NO VOTO. CORREÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

ACLARATÓRIOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE ACOLHIDOS, APENAS PARA CORRIGIR ERRO MATERIAL NO CORPO DO ACÓRDÃO, SEM, CONTUDO, IMPOR-LHE EFEITO INFRINGENTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 2009.048699-1/0001.00, da comarca de Itapema

(1ª Vara Cível), em que é embargante Casa de Saúde e Maternidade São Sebastião Ltda, e embargado Antonio Pfleger:

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, acolher parcialmente os embargos. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Des. Eládio Torret Rocha, com voto, e dele participou o Exmo. Des. Luiz Fernando Boller.

Florianópolis, 23 de maio de 2013.

Jorge Luis Costa Beber

RELATOR

RELATÓRIO

Casa de Saúde e Maternidade São Sebastião Ltda interpôs embargos de declaração, alegando, em abreviado, que o acórdão publicado foi contraditório ao majorar o estipêndio advocatício fixado em favor do patrono da parte autora, adequando-o às disposições contidas no art. 20, §3º, do CPC, e não agir de igual forma com relação aos causídicos dos réus, apesar de ter mantido a sucumbência recíproca reconhecida na origem.

Defendeu que, à luz dessa circunstância, o julgado converteu a sucumbência recíproca em parcial, rompendo a equivalência sucumbencial da sentença e provocando desigualdade entre as partes.

Referiu que o acórdão também foi obscuro ao especificar a verba honorária destinada ao patrono do réu, justo que deveria ter assegurado idêntico valor para os diferentes patronos de cada demandado.

Destacou que no exato momento em que receber o quantum indenizatório reconhecido nos autos, o autor, de forma automática, perderá a

benesse da assistência judiciária gratuita, devendo ser aplicada a regra da compensação dos honorários sucumbenciais.

Requereu o prequestionamento dos arts. 21, caput; 20, §3º, e 535, inc. I, todos do CPC, finalizando com pedido de provimento dos aclaratórios, com a concessão de efeitos efeitos infringentes.

VOTO

Prima facie, observo que os embargos foram manejados dentro do prazo a que alude o art. 536 do CPC, ou seja, no quinquídio que se seguiu à data da intimação do acórdão vergastado, devendo, por isso, ser reconhecida a respectiva tempestividade.

No mérito, observo que a contradição caracteriza-se quando a decisão estiver arrimada em proposições inconciliáveis entre si.

No caso em tela, extrai-se dos autos que a magistrada *a quo* julgou parcialmente procedente o pleito formulado na peça de ingresso, condenando os réus ao pagamento solidário de danos morais ao autor e refutando, por outro lado, o pedido de indenização por danos estéticos e pensão vitalícia. Em razão dessa conclusão, houve o reconhecimento da sucumbência recíproca, fixando-se o estipêndio advocatício devido ao patrono de cada uma das partes em R$ 2.000,00, admitida a compensação.

O acórdão combatido, por sua vez, a despeito de ter acolhido de forma parcial o apelo manejado pelos réus, alterando tão somente o termo inicial dos juros de mora, deu parcial provimento ao recurso adesivo interposto pelo patrono do autor, alterando o estipêndio advocatício devido em seu favor para o patamar de 15% sobre o valor da condenação. Manteve-se, no entanto, a verba honorária destinada ao patrono da parte demandada no importe de R$ 2.000,00.

Não vejo nenhuma contradição a ser sanada.

É que, quando há condenação, a verba sucumbencial do patrono da parte vencedora deve ser fixada de acordo com os parâmetros do art. 20, §3º, do CPC, e não em valor fixo e/ou de maneira equitativa segundo o §4º do mesmo dispositivo.

Ao contrário, o estipêndio advocatício devido ao patrono da parte adversa, quando não for possível quantificar a derrota – tal como ocorre nas indenizações por danos morais e estéticos – deve ser arbitrado em valor fixo, como, inclusive, procedeu a sentença e o acórdão publicado.

Anote-se, ademais, que não houve recurso da parte demandada postulando pela majoração dos honorários advocatícios devidos sem seu favor, não sendo os embargos de declaração via adequada para tanto.

Logo, tendo em vista que a verba sucumbencial foi fixada de acordo com o que determinam os arts. 20, §§3º e 4º, e 21, caput, da Lei Adjetiva Civil, não há que se falar em contradição.

No mesmo patamar, a obscuridade alegada pela parte embargante não merece acolhida, pois nos termos do art. 23 do CPC, "concorrendo diversos autores ou diversos réus, os vencidos respondem pelas despesas e honorários em proporção", de modo que a verba fixada (R$ 2.000,00) destina-se a ambos os patronos (dos dois réus).

Na verdade, o que ocorreu no acórdão publicado foi um erro material, justo que consignado "pertinentemente à verba honorária destinada ao patrono do réu", enquanto deveria referir-se "aos patronos dos réus", tratando-se de um vício material sanável.

No mais, não há fundamento para a irresignação envolvendo o fato de que, quando receber o quantum indenizatório fixado em seu favor, o autor perderá a benesse da justiça gratuita, ensejando a compensação dos honorários, uma vez que isso já foi determinado no acórdão combatido.

Destarte, inexiste qualquer omissão, obscuridade ou contradição a ser suprida, impendendo realçar que, ainda que para fins de prequestionamento, o acolhimento dos embargos depende da existência dos vícios elencados no art. 535 do CPC, o que não se constata no caso em estudo.

Neste sentido:

> "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.OMISSÕES NÃO CARACTERIZADAS. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVO LEGAL EXPRESSAMENTE MENCIONADO NO ACÓRDÃO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MAU USO DE RECURSO PROCESSUAL. IMPEDIMENTO À ENTREGA DA JURISDIÇÃO COM A PRESTEZA E A CELERIDADE EXIGIDA PELO INCISO LXXVIII DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO PROTELATÓRIO. MULTA. ARTIGO 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.
>
> 1. *Ainda que para fins de prequestionamento, os embargos de declaração reclamam a presença de uma das hipóteses referidas no artigo 535 do Código de Processo Civil.*
>
> 2. A parte que faz uso de recurso nitidamente protelatório, impedindo que a jurisdição seja entregue com presteza e celeridade, deve suportar o pagamento de multa equivalente a 1% (um por cento) do valor corrigido da causa." (Grifos meus, Embargos de declaração em apelação cível n. 2007.054987-1/0001.00, de Trombudo Central, Relator: Jânio Machado, j. 01.09.2011).

Diante de tais considerações, voto pelo acolhimento parcial dos embargos declaratórios, tão somente para corrigir o erro material verificado às fls. 842 do acórdão, fazendo constar "pertinentemente à verba honorária devida aos patronos dos réus" onde se lê "pertinentemente à verba honorária devia ao patrono do réu", sem a concessão de efeitos infringentes.

É o voto.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2012.056609-3, de Caçador

Relator: Des. Henry Petry Junior

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITOS DA PERSONALIDADE. ALVARÁ JUDICIAL PARA NEOCOLPOVULVOPLASTIA. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM.

CIRURGIA DE TRANSGENITALISMO. PRESSUPOSTOS CARACTERIZADOS. RESOLUÇÃO N. 1.955/2010 DO CFM. NORMATIVO SEM FORÇA COGENTE. POSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO. IDADE MÍNIMA (21 ANOS) ALCANÇADA NO DECORRER DO PROCESSO. VONTADE LIVRE, CONSCIENTE E ESCLARECIDA DO INTERESSADO. PARECERES MÉDICOS (CIRURGIÃO, ENDOCRINOLOGISTA E PSIQUIATRA), PSICOLÓGICO E ESTUDO SOCIAL FAVORÁVEIS. CONCEITO DE "EXIGÊNCIA MÉDICA" VERIFICADO. ART. 13 DO CC. ATO DISPOSIÇÃO DO CORPO ADMISSÍVEL.

- Conquanto a Resolução n. 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina exija a idade mínima de 21 (vinte um) anos do paciente e autorização de equipe multidisciplinar (composta por médico cirurgião, endocrinologista, psiquiatra, psicólogo e assistente social) integrante de hospital público, suas normas não tem força cogente, muito embora emoldure exigências razoáveis

para se aferir a caracterização do transexualismo e a necessidade e aptidão para a cirurgia de transgenitalismo, sendo passíveis de mitigação mediante autorização judicial, desde que caracterizada a "exigência médica" a que alude o art. 13 do Código Civil.

- No caso concreto, atingida a idade mínima no curso do processo; manifestada a vontade de forma livre, consciente e esclarecida de se submeter ao procedimento cirúrgico, judicial e extrajudicialmente; e havendo pareceres médicos (cirurgião, endocrinologista e psiquiatra), psicológico e estudo social a atestar a aptidão do paciente e a conveniência da cirurgia, com base nas próprias diretivas da Resolução referida, de se conceder a chancela pretendida.

SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.056609-3, da comarca de Caçador (2ª Vara Cível), em que é apelante M. J. F.:

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Sérgio Izidoro Heil, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Odson Cardoso Filho.

Florianópolis, 11 de abril de 2013.

Henry Petry Junior

RELATOR

RELATÓRIO

1. A ação

Perante a 2ª Vara Cível da comarca de Caçador, M. J. F. ajuiza "alvará judicial" para a realização de cirurgia de neocolpovulvoplastia.

Aduz, em suma, que: [a] é transexual, ou seja, nasceu com cromossomos genitais e hormônios do sexo masculino, mas tem a convicção de pertencer ao outro sexo (feminino); [b] desde a sua infância o interessado se reconhece como pessoa do sexo oposto e apresenta características femininas, sendo assim aceito pela família e sociedade como mulher; [c] há mais de 3 (três) anos é acompanhado por médicos e psicólogos, os quais atestam a transexualidade e a necessidade da cirurgia de neocolpovulvoplastia (transgenitalismo), inclusive em razão de ideações suicidas; [d] sua formatura na faculdade acontecerá no final do primeiro semestre de 2013 e gostaria de colar grau com o nome feminino pelo qual é conhecido; [e] o alvará judicial mostra-se necessário, uma vez que possui menos de 21 (vinte e um) anos de idade e não foi avaliado por equipe multidisciplinar, consoante exige o art. 4º da Resolução n. 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina; [f] foi avaliado individualmente por um médico cirurgião, um endocrinologista, uma psicóloga, e um psiquiatra (este recentemente falecido, razão por que não há juntada de laudo médico), faltando apenas o acompanhamento por assistente social, razão por que o médico cirurgião responsável se recusa a realizar a intervenção sem autorização judicial; e [g] as resoluções do Conselho Federal de Medicina não têm força cogente.

Pede, ao fim, autorização para se submeter à cirurgia de neocolpovulvoplastia, independentemente de sua idade e da constituição de equipe multidisciplinar. Requer a concessão da gratuidade.

Há juntada de documentos (fls. 10/16, 39/40 e 58/60); e manifestação do Ministério Público (fls. 18/23), por parecer do promotor de

Justiça Glauco José Riffel, no sentido do indeferimento do pedido ou, subsidiariamente, realização de instrução.

1.1. A sentença

Às fls. 24/26, a magistrada *a quo* – Juíza Luciana Pelisser Gottardi Trentini – julga improcedente o pedido de alvará judicial, por ausência de acompanhamento por psiquiatra e assistente social. Não há condenação nas custas em razão da gratuidade.

1.2. O recurso

Irresignado, o interessado interpõe recurso de apelação (fls. 29/38). Repisa os argumentos da inicial e ressalta, em síntese, que: [a] a magistrada a quo já afastou a necessidade de o postulante possuir ao menos 21 (vinte e um) anos de idade; [b] o acompanhamento por cirurgião, psicólogo, psiquiatra e endocrinologista, por mais de 3 (três) anos, são suficientes a recomendar a cirurgia; [c] o valor dignidade da pessoa humana possibilita a mitigação dos pressupostos da Resolução n. 1.955/2012 do CFM; e [d] o convencimento do juízo singular pode ser alcançado com a oitiva dos profissionais que acompanharam o recorrente, conforme postulado inicialmente.

Pugna, ao fim, por deferimento do pleito ou, alternativamente, por anulação da sentença para a instrução probatória.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer do Dr. Paulo Cezar Ramos de Oliveira (fls. 48/55), manifesta-se pelo provimento parcial do recurso para acolher o pedido alternativo de anulação da sentença e realização da instrução processual.

1.3. A conversão do julgamento em diligência

Em 17.10.2012, este relator converte o julgamento em diligência para que se complemente a instrução com a realização de estudo social

(efetivado às fls. 106/109), perícia médica psiquiátrica (realizada às fls. 112/115), oitiva do interessado (fl. 130) e dos médicos e psicóloga em juízo (fls. 121/122, com esclarecimentos por escrito do médico endocrinologista às fls. 124/125).

Retornados os autos à segunda instância, a Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer do Dr. Paulo Cezar Ramos de Oliveira (fls. 135/139), manifesta-se pelo provimento do recurso para julgar procedente o pleito inicial.

É o relatório possível e necessário.

VOTO

2. A admissibilidade do recurso

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

2.1. O mérito

2.1.a. O transexualismo está patologicamente catalogado na Classificação Internacional de Doenças (CID 10 – F 64.0). Segundo a Resolução n. 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina (CFM) transexual é o "portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência a auto-mutilação ou auto-extermínio". Não se confunde com o homossexualismo, bissexualismo ou mesmo com o travestismo, ligados que são à opção sexual. É, conforme esclarecem CRISTIANO CHAVES DE FARIAS e NELSON ROSENVALD, a patologia daquele que "sofre uma dicotomia físico-psíquica, possuindo um sexo físico, distinto de sua conformação sexual psicológica" (in: Direito Civil: teoria geral. 7 ed. Rio de Janeiro: 2008, p. 122).

Bem se vê, portanto, que o problema da transexualidade está umbilicalmente ligado à propria personalidade do ser e, por conseguinte, à dignidade humana, valor este alçado a fundamento da República (art. 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil). Diante da importância do problema e dos severos transtornos que causa a quem acomete, CRISTIANO CHAVES e NELSON ROSENVALD, citando as palavras de Elimar Szaniawski, lembram que a cirurgia de mudança de sexo pode se apresentar como um modo necessário para a conformação de seu estado físico e psíquico:

> [...] todo ser humano tem a sua dignidade afirmada constitucionalmente, sendo possuidor de um direito *à integridade física e psíquica*. "Colocando na balança os bens e interesses do transexual, em relação às vantagens e desvantagens trazidas pela intervenção cirúrgica, na modificação de seu sexo morfológico, parece-nos que a mesma pende favoravelmente para as terapias de mudança de sexo, inclusive a cirúrgica, pois será *somente através desta que o paciente transexual encontrará o equilíbrio emocional, livrar-se-á das angústias e aflições e poderá desenvolver, livremente, sua personalidade"* [...] (*in:* Direito Civil: teoria geral. 7 ed. Rio de Janeiro: 2008, p. 122).

Apesar de o direito à integridade física vedar ordinariamente a disposição do corpo de forma definitiva, com a extirpação de suas partes, a regra não é absoluta e deve ceder quando razões de ordem médica indicarem a ablação. Sobre a disposição do corpo humano, o ordenamento jurídico não é exaustivo. Limita-se a estabelecer, no art. 13 do Código Civil, o seguinte:

> Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

O transexualismo, como patologia que é, pode se ajustar perfeitamente à exceção prevista na regra, indicando a intervenção cirúrgica, como forma de sanear a integridade psíquica do paciente, dando-lhe genitália própria do sexo que, em sua mente, tem, muito embora a cirurgia represente a definitiva diminuição do órgão que possui atualmente. É que, configurado

o transexualismo, a mudança física de sexo pode constituir mal necessário frente ao bem maior que é o bem estar psíquico (e por consequência também físico) do transexual. Ressalte-se que segundo o enunciado n. 6 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "A expressão 'exigência médica' contida no art. 13 refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente".

Como salienta MARIA BERENICE DIAS, todavia, trata-se de "uma realidade que está a reclamar regulamentação, pois se reflete na identidade do indivíduo e na sua inserção no contexto social" (DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 5 ed. São Paulo: RT, 2005, p. 136). Nessa toada, de se salientar que o tema é objeto de alguns projetos de lei (a maioria deles objetivando a alteração de dados do registro civil – prenome, estado civil -, como Projeto de Lei n. 70-B, de 1995, Projeto de Lei n. 5.872/2005, Projeto de Lei n. 2.976/2008, e Projeto de Lei n. 1.281/2011), com relevo ao Projeto de Lei n. 70-B de 1995, que propõe alteração do art. 129 do Código Penal, para excluir do crime de lesão corporal a cirurgia de mudança de sexo.

Por ora, não havendo regulamentação legislativa sobre o assunto, socorre-se a doutrina das resoluções do Conselho Federal de Medicina, as quais, embora sem força cogente de lei, norteiam o proceder destas cirurgias, especificando requisitos para salvaguardar os interesses do transexual. Nesse sentido, o enunciado n. 276 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:

> O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a conseqüente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil.

Tais atos tem a serventia de autorizar os profissionais da medicina e estabelecimentos hospitalares à realização das cirurgias de transgenitaliza-

ção, sem autorização judicial, desde que observados alguns fatores para a perfeita identificação do caso, a ser feita por equipe multidisciplinar, por exemplo. O histórico da regulamentação do órgão de classe é bem delineado no parecer do Ministério Público em primeira instância, da lavra do promotor de Justiça Glauco José Riffel, da seguinte forma:

> Deve se destacar que a realização do procedimento cirúrgico conhecido como transgenitalismo passou a ser autorizado no Brasil após a publicação da Resolução n. 1.482, de 19 de setembro de 1997, do Conselho Federal de Medicina, a qual permitiu, em caráter experimental, a realização de cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, noefaloplastia e ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo (art. 1º), desde que cumpridos e respeitados os critérios indicados nos arts. 2º e 3º do referido diploma infralegal.
>
> Essa resolução foi alterada em 06 de novembro de 2002, através da Resolução n. 1.652, do Conselho Federal de Medicina, a qual retirou o caráter experimental da cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo, bem como limitou a realização das cirurgias para adequação do fenótipo feminino para masculino aos hospitais universitários ou hospitais públicos adequados para a pesquisa (art. 5º).
>
> Em face do referido diploma, foi publicada a Portaria n. 1.707, de 18 de agosto de 2008, do Ministério da Saúde, a qual instituiu, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o processo transexualizador a ser empreendido em serviços de referência devidamente habilitados à atenção integral à saúde aos indivíduos que dele necessitem, observadas as condições estabelecidas na Resolução nº 1.652, de 6 de novembro de 2002, expedida pelo Conselho Federal de Medicina (art. 1º). O processo transexualizador no âmbito do SUS foi regulamentado em 19 de agosto de 2008, através da Portaria n. 457, oriunda do Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, a qual prevê os procedimentos e requisitos a serem observados para a realização do procedimento cirúrgico almejado.
>
> Posteriormente, em face do Parecer n. 10, aprovado em 12 de agosto de 2010, do Conselho Federal de Medicina, foi editada a Resolução n.

> 1.955, de 03 de setembro de 2010, a qual passou a autorizar a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo (art. 1º), deixando apenas em caráter experimental a realização de cirurgia de neofaloplastia (art. 2º), bem como deixou de limitar as entidades que poderiam realizar aludidos procedimentos, fixando apenas que cabe aos estabelecimentos que passem a ofertar a realização de cirurgia de transgenitalização o cumprimento integral dos pré-requisitos estabelecidos na resolução citada (art. 5º). (fls. 18/19)

A atual Resolução n. 1.955/2010 do CFM, ao permitir a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo (art. 1º), estabeleceu os seguintes requisitos e pressupostos para a realização do tratamento cirúrgico em tela:

> Art. 3º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:
>
> 1) Desconforto com o sexo anatômico natural;
>
> 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;
>
> 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;
>
> 4) Ausência de outros transtornos mentais.
>
> Art. 4º Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo os critérios a seguir definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto:
>
> 1) Diagnóstico médico de transgenitalismo;
>
> 2) Maior de 21 (vinte e um) anos;
>
> 3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.

> Art. 5º O tratamento do transgenitalismo deve ser realizado apenas em estabelecimentos que contemplem integralmente os pré-requisitos estabelecidos nesta resolução, bem como a equipe multidisciplinar estabelecida no artigo 4º.
>
> § 1º O corpo clínico destes hospitais, devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina, deve ter em sua constituição os profissionais previstos na equipe citada no artigo 4º, aos quais caberá o diagnóstico e a indicação terapêutica.
>
> § 2º As equipes devem ser previstas no regimento interno dos hospitais, inclusive contando com chefe, obedecendo aos critérios regimentais para a ocupação do cargo.
>
> § 3º Em qualquer ocasião, a falta de um dos membros da equipe ensejará a paralisação de permissão para a execução dos tratamentos.
>
> § 4º Os hospitais deverão ter comissão ética constituída e funcionando dentro do previsto na legislação pertinente.
>
> Art. 6º Deve ser praticado o consentimento livre e esclarecido.

Os pressupostos estabelecidos pela Resolução, sem dúvidas, servem de base para a identificação dos casos de transexualismo e baliza para a realização do delicado procedimento cirúrgico, o qual deve sempre ser precedido de muita cautela, haja vista a violência à integridade física que representa. Em que pese a grande importância da regulamentação, a meu sentir, não se pode elevá-la a patamares intransponíveis, mesmo porque nem mesmo as leis, de força cogente, tem essa característica, sobretudo diante de questões que envolvem direitos da personalidade, os quais orbitam mais próximo do valor da dignidade da pessoa humana, fundamento da República.

É certo, repita-se, a extrema importância de se observar a resolução, como forma de, ordinariamente, resguardar padrões éticos da medicina e de salvaguardar o próprio interesse dos pacientes. Tal resolução foi expedida,

com supedâneo no art. 2º da Lei nº 3.268/1957 (ou seja, para fornecer padrões de condutas médicas éticas), com o fim de fornecer elementos objetivos mais seguros para a oferta por estabelecimentos destes tratamentos, sem a necessidade de autorização judicial. Ausente a chancela judicial, de todo prudente o rigor da regulamentação, de modo que somente sejam feitas intervenções cirúrgicas em hospitais que contem com a equipe multidisciplinar especificada no art. 4º, com comissão ética constituída, respeitando os demais requisitos do ato infralegal.

No entanto, penso possível mitigar o preenchimento da totalidade dos pressupostos encartados na resolução quando existente autorização judicial, como requer o interessado in casu. Para a concessão do alvará, porém, mister que o juiz seja convencido da perfeita caracterização do transtorno; da recomendação da cirurgia por profissionais capacitados; do completo conhecimento e consentimento do paciente acerca da realização do ato e suas consequências; e da ausência de burla aos padrões ético-profissionais.

Tais preocupações motivam a regulamentação infralegal destacada e, portanto, devem servir de base para o convencimento do magistrado na decisão de autorização do procedimento cirúrgico. O caso concreto, todavia, poderá demonstrar seguramente a observância daquelas mesmas variantes, mesmo sem o preenchimento da totalidade do procedimento especificado na resolução. Nessas hipóteses, o indeferimento da permissão poderia implicar em formalismo exacerbado e vilipêndio a própria dignidade da pessoa humana.

Sempre importante consignar que, tratando-se de procedimento de jurisdição voluntária, o magistrado não se acha obrigado a observar o princípio da legalidade estrita, podendo/devendo adotar a solução casuística mais conveniente e oportuna, consoante estabelece o art. 1.109 do Código de Processo Civil:

> Art. 1.109. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.

Outrossim, nos procedimentos de jurisdição voluntária, o juiz é dotado de amplos poderes inquisitórios, podendo "investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas" (art. 1.107, do CPC).

Necessário, por conseguinte, avaliar as circunstâncias da espécie para definir a conveniência ou não da autorização.

2.1.b. Na espécie, o postulante, nascido em 3.3.1992 (portanto, atualmente com vinte e um anos completos), alega ser transexual. Mais especificamente, diz que desde a sua infância reconhece-se como pessoa do sexo oposto, ou seja, como mulher apesar de fisicamente ter nascido homem.

Esclarece ser, por mais de 3 (três) anos, acompanhado por médicos (cirurgião, endocrinologista, e psiquiatra) e psicóloga, a quem manifestou a intenção de realizar a cirurgia para o transgenitalismo. Junta parecer destes mesmos profissionais (a exceção do médico psiquiatra por motivo de falecimento deste) que lhe atenderam, os quais atestam o que se destaca:

> [...] MJF possui uma convicção inalterável de pertencer ao sexo oposto ao constante em seu registro de nascimento, reprovando veementemente seus órgãos sexuais externos. Ela é uma mulher num corpo de homem. MJF tem a convicção íntima de pertencer ao sexo oposto aquele que lhe fora oficialmente dado. Esse processo foi caracterizado ao longo dos três anos de processo terapêutico pelo qual foi submetida e a perseverança desta convicção seguiu uma progressão constante e irreversível, escapando ao seu livre arbítrio. (Parecer psicológico de Adriana Ludwichak Agustini - CRP 12/01487 – fl. 14);

> Atesto que M. F. esta em tratamento para reposição hormonal (estrogenioterapia) para adequação corporal ao sexo feminino e do

> ponto de vista endocrinológico tem indicação de cirurgia para mudança da genitália para o sexo feminino. (Atestado do Dr. Carlos Fernando Coruja Agustini - endocrinologista - CRM 2856 – fl. 15); e
>
> Declaro para os devidos fins e a pedido da parte interessada que o paciente M. F., necessita fazer mudança de gênero, conforme o seu perfil psíquico. Já que o paciente vem fazendo acompanhamento há mais de três anos e esta preparada física e psiquicamente para cirurgia de readequação sexual. (Parecer do Médico Cirurgião – Dr. Manoel Maria Barcelos da Rosa - CRM 2502 - fl. 16).

Com base nesse quadro, o juízo singular não se sentiu convencido do preenchimento dos requisitos previstos na Resolução n. 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina, em específico: a idade mínima de 21 (vinte e um) anos do paciente (embora entendesse possível superar esse óbice) e a avaliação por equipe multidisciplinar, em razão da ausência de laudo por médico psiquiatra e assistente social. Por conseguinte, indeferiu o pleito inicial.

2.1.c. Não é, todavia, a melhor solução, pois o caso recomendava a instrução processual, a qual, realizada após a conversão do feito em diligência, aponta para deslinde favorável ao requerente.

Primeiramente, ressalte-se que o requisito objetivo temporal referente à idade mínima de 21 (vinte um) anos de idade do paciente não foi óbice crucial para o juízo singular, pois poucos meses faltavam para o advento de tal termo, o que se consolidou agora em 3.3.2013. Lembra, igualmente, recomendações da Primeira Jornada Nacional sobre Transexualidade e Saúde no sentido de considerar a maioridade civil de 18 (dezoito) anos como tal marco temporal.

O termo inicial, apesar de não ter sido alterado na Resolução de 2010 – posterior ao Código Civil de 2002 -, de fato, parece deslocado em nosso ordenamento atual, o qual estabelece a capacidade civil plena aos 18

(dezoito) anos de idade. Poder-se-ia cogitar que esses 3 (três) anos seriam um período de reflexão. No entanto, esse interregno de maturação parece já estar presente no período mínimo de 2 (dois) anos de acompanhamento por equipe multidisciplinar, avaliação médica e psicológica que aconteceu no caso antes e durante a maioridade.

Possível seria, ainda, se fosse o caso, postergar a realização da cirurgia para momento posterior ao advento da idade de 21 (vinte e um) anos, os quais já foram completados no curso do processo, no que tal empecilho não impede a autorização.

O que parece importar, sem dúvidas, é verificar a manifestação de vontade livre e consciente do paciente após período suficiente de solidificação da ideia, algo que é atestado por todos os profissionais ouvidos em juízo, bem como no estudo social e na perícia psiquiátrica:

> [...] Desde a revelação para os pais e com base no apoio destes, passou a pintar as unhas, usar roupas cada vez mais femininas, sem se importar com o que as pessoas ao seu redor pensavam. Aos 15 anos decidiu tomar hormônio feminino, ingerindo pílulas anticoncepcionais. Uma amiga a alertou que isso poderia ser perigoso e sugeriu que procurasse um endocrinologista. M. marcou a consulta mas o médico se recusou a lhe receitar hormônios femininos naquele momento, exigindo avaliação psiquiátrica para após prescrever alguma medicação. Só com parecer psiquiátrico favorável o endocrinologista prescreveu estrogênio. M. ainda toma tal medicação. O segundo passo foi começar a pensar na cirurgia de mudança de sexo. Passou a frequentar psicóloga, o que fez por 01 ano na cidade de Caçador e há 05 anos com profissional desta cidade. Também teve acompanhamento por certo período com terapeuta sexual, o que a ajudou a sofrer menos com a sua condição biológica.
>
> M. afirma com convicção que esta preparado para a cirurgia. Nos explicou detalhes do procedimento cirúrgico. O processo da inversão do órgão sexual masculino, cirurgia delicada pela necessidade de preservação da parte nervosa, tempo de hospitalização, a mudança da documentação depois e etc. Fez pesquisa solitária por informações, outras veio [*sic*] como matéria do curso que frequenta complementadas

> com orientações do médico que fará a cirurgia, sendo este seu padrasto e com quem vive. Esse fato lhe dá segurança para submeter ao procedimento. (Estudo social – fl. 108);
>
> [...] mostra-se apto a fazer cirurgia de mudança de sexo, no momento sem impedimento psicológico para tal procedimento. (perícia psiquiátrica – fl. 113);
>
> [...] o depoente acompanha o requerente há dez anos e a depoente há quatro; registram que a vontade do requerente é espontânea e que mostra ele firme propósito de realização da cirurgia de transgenitalismo; [...] afirmou a psicóloga que tem conhecimento que desde os 12 anos manifesta esse propósito; [...] que a intenção da realização da cirurgia é espontânea do paciente, sem que para tanto exista a concorrência de qualquer outra pessoa; [...] (oitiva conjunta do médico cirurgião plástico e da psicóloga – fl. 121); e
>
> [...] 2. O paciente manifesta desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto?
>
> Sim.
>
> 3. Caso positivas as respostas aos quesitos anteriores, por quanto tempo persiste aproximadamente tal distúrbio, e se ele é contínuo e persistente?
>
> Há mais de dois anos. O distúrbio é contínuo e persistente. [...]
>
> 9. O paciente manifesta vontade de realizar a intervenção cirurgica de transgenitalismo de forma livre e consciente das consequências do ato a que será submetido?
>
> Sim. [...] (informações prestadas pelo médico endocrinologista – fls. 124/125)

Em seu depoimento pessoal (fl. 130), da mesma forma, o interessado é enfático em afirmar seu desejo de se submeter à cirurgia de transgenitalismo (1:00m), desejo existente desde a infância e que começou a se materializar aos 15 (quinze) anos, quando passou a se consultar com endo-

crinologista e psicóloga, e posteriormente com psiquiatra (0:20m). Mesmo com os esclarecimentos acerca das consequências do procedimento e com matérias a respeito, inclusive recente reportagem do 'Fantástico', mantém seu desejo firme (1:15m), pois sempre se sentiu como mulher (1:50m).

De outra banda, também não empolga o fundamento de "ausência de convencimento" sobre a aptidão do paciente à cirurgia, por ausência de avaliação por equipe multidisciplinar.

Conquanto a prova inicial de fato não fornecesse elementos bastantes à caracterização do transexualismo alegado ou fosse suficiente a convencer da necessidade da cirurgia, a complementação da instrução processual permitiu superar a literalidade da Resolução do CFM, mediante a oitiva de profissionais de todas as áreas da Medicina e Psicologia envolvidas (componentes da equipe multidisciplinar a que alude o normativo em destaque) e do próprio interessado, bem como a realização do estudo social.

Além da manifestação livre e esclarecida do interessado, com tempo de maturação e acompanhamento superior a 2 (dois) anos, como já explorado, a instrução demonstra com segurança a recomendação para a cirurgia e o preenchimento dos demais pressupostos da Resolução referida.

O estudo social lança o seguinte parecer técnico, indicativo do procedimento cirúrgico sob o viés social:

> Trata-se de jovem com boa estrutura familiar, estável financeira e socialmente, educado com segurança física e afetiva. Denota ser de comportamente saudável, tranquilo, ponderado, no entanto com aparência triste em razão das limitações a que está sujeito, considerando que não aceita o sexo com o qual nasceu, o esconde de forma que poucas pessoas tem conhecimento de tal fato. Se mostra preparado e com expectativas de enfim começar a viver sua juventude sem ter nada a esconder ou se esconder. A transexualidade é apoiada não só pelos pais e padrasto, este é o médico que será o responsável pelo procedimento cirúrgico, como por demais familiares que há mais de 05 anos não visualizam M. [nome masculino] como tal. Estão habituados a conviver

> com a M. [nome feminino], e assim a consideram. Dessa forma, entendemos que a cirurgia transformativa de gênero não só tornará real a aparência feminina que o requerente apresenta, mas trará impacto positivo importante na vida do jovem, tanto o ajudando a cumprir sua missão perante a sociedade, quanto colaborando para adquirir condições plenas de liberdade e saúde, direitos inalienáveis de qualquer ser humano, independente de sexo com o qual venha a nascer. (fl. 109)

A perícia psiquiátrica, elaborada como forma de suprir a falta do laudo emitido por profissional que acompanhava o interessado (falecido antes da propositura), destaca a caracterização do transexualismo, o acompanhamento médico e psicológico adequado e a aptidão para a realização da cirurgia:

> [...] Autor chega só ao consultório, sua aparência e trejeitos são femininos, relata que usa hormônios, desde os 15 anos por orientação do endocrinologista e colocou prótese mamária para ficar ainda "mais mulher". Mantem consciência vigil, orientada no tempo e espaço, também auto e alopsiquicamente, memória de curto e longo prazo sem problemas. Atenção sem distraibilidade, pensamento de curso normal, forma e conteúdo sem idéias psicóticas, afeto e humor eutimicos. Sensopercepções sem alucinações. Inteligência na media e juízo de realidades preservados.
>
> Síntese e conclusão – Autor portador de transtorno de identidade sexual de gênero (transexualismo). Para ter esta síndrome exige-se três requisitos. 1. Desejo persistente de mudar as características de corpo por meio de cirurgia, hormônios e mudar o nome e o sexo jurídico. 2. Preocupação em não ser rotulado como homossexual. 3. Atitudes ocupacionais, trabalhistas, etc. sempre opostas ao que costumeiramente seria esperado para o seu sexo biológico. No caso do autor o mesmo preenche estes requisitos acima, o autor também vem sendo acompanhado de forma adequada (Endócrino, Cirurgia, e Psicóloga). Mostra-se apto a fazer a cirurgia de mudança de sexo, no momento sem impedimento psicológico para tal procedimento. (fls. 112/113)

Esclarece, ainda, em resposta aos quesitos formulados por este relator quando da conversão do julgamento em diligência, *assim como também faz o médico endocrinologista*, que: [a] o paciente possui desconforto com

o sexo anatômico natural; [b] manifesta desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; [c] esse desejo é persistente e contínuo; [d] o paciente não sofre outros transtornos mentais; [e] o interessado pode ser diagnosticado como transexual; [f] existe indicação para a cirurgia de transgenitalismo no caso; [g] os profissionais que acompanham ou acompanharam o paciente possuem as especializações exigidas para a integração de equipe multidisciplinar, prevista na Resolução n. 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina; [h] o paciente manifesta vontade de realizar a intervenção cirúrgica de transgenitalismo de forma livre e consciente das consequências do ato a que será submetido; e [i] a realização de eventual cirurgia de transgenitalismo no paciente não representa aparente violação ética à profissão médica. (respostas do psiquiatra nomeado perito judicial às fls. 114/115 e do médico endocrinologista às fls. 124/125).

Por fim, o depoimento judicial conjunto da psicóloga e do médico-cirurgião, ratifica e esclarece seus atestados iniciais a demonstrar a possibilidade e indicação da cirurgia:

> [...] que inclusive relatos da mãe do requerente são no sentido de que desde criança ele já demonstrava inclinação para o sexo oposto; que ele tem consciência da irreversibilidade da cirurgia, apesar de atualmente já haver uma certa inclinação de reversibilidade; que o requerente possui desconforto com a sua atual situação sexual e manifesta o desejo de eliminar os órgãos genitais; [...] que sofre com a sua atual situação e que há indicação no caso para realização da cirurgia; que os depoentes tem a capacidade profissional exigida pelo Conselho Regional de Medicina; [...] que pode ser classificado como transexual, visto que todos os seus desejos e características e sentimentos são de mulher; que se sente como mulher e afirmam os profissionais que seria uma mulher num corpo de homem; que em estudo recentemente publicado, cientistas americanos concluíram que a transexualidade já vem marcada no DNA , de modo que é irreversível pretender que a pessoal admita ou aceite o sexo masculino; que a transexualidade do requerente não pode ser encarada como doença, mas sim, decorre do ambiente da concepção, provavelmente pela baixa quantidade de hormônios masculinos naquele

> instante; que no início do tratamento havia manifestação de suicídio, bem como mutilação, o que justificou a preocupação dos profissionais em acompanhar o caso; que além disso, a idade atual da requerente, demonstra não ter ela uma vida social de acordo com a sua faixa etária, pois não sai e não mantém relacionamentos. (fl. 121)

Não se olvida que a regulamentação infralegal do órgão federal mencionado exige a avaliação por equipe multidisciplinar do corpo técnico do hospital onde será feita cirurgia, a qual deve contar com médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social. Contudo, sem prejuízo do que já se disse acerca da possibilidade de mitigação desses pressupostos mediante a chancela judicial, certo é que não pode o paciente ser tolhido de sua liberdade de escolha dos profissionais médicos em quem tem confiança e com quem quer se tratar, mormente em situações psicológicas delicadas como esta. Na hipótese, o médico cirurgião é padrasto da parte autora, o que já indica situação diferenciada, e os demais profissionais (à exceção do perito judicial e da assistente social) tratam do interessado há bastante tempo, segundo informações dos autos.

Embora inexista alegação neste sentido, não é difícil imaginar a dificuldade em se encontrar, em nossa rede de saúde pública, hospitais públicos, próximos à parte autora, que atendam a totalidade dos pressupostos da regulamentação infralegal. Aliás, o grande número de precedentes da jurisprudência patrícia a julgar pedido de mudança de prenome de transexuais que se encontram em fila de espera para a realização da cirurgia de transgenitalismo dá o tom dos óbices nesse sentido.

Logo, forçar o paciente a cumprir o formalismo da Resolução e submeter-se a cirurgia somente após parecer positivo de equipe multidisciplinar integrante de corpo técnico de hospital parece demasiado. Importante, sim, que o paciente passe por avaliação segura, com resultado positivo, por todas as áreas (Cirurgia, Endocrinologia, Psiquiatria, Psicologia e Serviço

Social) e que estes trabalhos sejam feitos por profissionais especializados e competentes para tanto, como acontece no caso.

Assim, soa desarrazoado sustentar a insuperável necessidade de que o interessado tenha que expor seu problema a outros profissionais desconhecidos e passar por novo e angustiante período de 2 (dois) anos de avaliação, quando já é acompanhado por profissionais gabaritados nas mesmas especialidades por período ainda mais longo.

Destarte, consoante os elementos colhidos, todos favoráveis ao deferimento, restam preenchidos os pressupostos para a autorização da cirurgia pretendida, no que concorda a Procuradoria-Geral de Justiça, devendo ser concedida a chancela postulada.

3. A conclusão

Assim, quer pelo expressamente consignado neste voto, quer pelo que de seu teor decorre, suplantadas todas as questões ventiladas, deve o recurso ser conhecido e provido para julgar procedente o pedido inicial para autorizar o interessado a se submeter à cirurgia de neocolpovulvoplastia (transgenitalismo).

É o voto.

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2010.004467-0, de Itajaí

Relator: Des. Joel Dias Figueira Júnior

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. INTIMAÇÃO DO ADVOGADO EM CARTÓRIO. INÍCIO DO PRAZO RECURSAL. APELO TEMPESTIVO. SENTENÇA PROLATADA POR MAGISTRADO DIVERSO DAQUELE QUE INSTRUIU O FEITO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ NÃO CONFIGURADA. REGRA NÃO REVESTIDA DE CARÁTER ABSOLUTO. COLISÃO NA TRASEIRA DE AUTOMÓVEL QUE TRAFEGA À FRENTE. INOBSERVÂNCIA DAS DEVIDAS ATENÇÃO E CAUTELA NA CONDUÇÃO DO VEÍCULO. PRESUNÇÃO DE CULPA NÃO ILIDIDA. DANOS EMERGENTES COMPROVADOS. RESSARCIMENTO DEVIDO. MONTANTE FIXADO COM BASE NO MENOR ORÇAMENTO APRESENTADO. LUCROS CESSANTES. INEXISTÊNCIA DE PROVA DO NÃO AUFERIMENTO DE ALGUM PROVEITO ECONÔMICO EM DECORRÊNCIA DA IMPOSSIBILIDADE DO USO PROFISSIONAL DO VEÍCULO. INDENIZAÇÃO RECHAÇADA. FRUSTRAÇÃO

POR NÃO PODER UTILIZAR UM AUTOMÓVEL RECÉM ADQUIRIDO "0 KM". MERO ABORRECIMENTO JURIDICAMENTE IRRELEVANTE. COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA INDEVIDA. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. COBERTURA NÃO NEGADA PELA SEGURADORA DENUNCIADA. PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO REGRESSIVA NO LIMITE ESTABELECIDO NA APÓLICE SECURITÁRIA.

I – Não pode ser considerado extemporâneo o apelo interposto em momento anterior à intimação formal das partes por meio da publicação da sentença no Diário da Justiça se o causídico teve ciência inequívoca do provimento jurisdicional ao ser intimado pessoalmente da sentença em cartório, quando, então, passou a fluir o seu prazo recursal, protocolando em tempo hábil a sua irresignação.

II – Para o reconhecimento da violação ao princípio da identidade física do juiz é imprescindível que se verifique a existência de de prejuízo às partes. Ademais, o art. 132, *caput*, do Código de Processo Civil autoriza expressamente o julgamento do conflito por juíz diverso daquele que presidiu e concluiu a instrução, o que evidencia a relativização do princípio mencionado.

III – Diante da presunção de culpa do condutor do veículo que segue atrás de outro e com este vem a colidir na traseira, a ele cabe demonstrar a ocorrência de um fato extraordinário capaz de eximi-lo da responsabilidade civil, uma vez que, embora inesperadas, possíveis freadas, desvios ou manobras repentinas realizadas por outros motoristas em decorrência da existência de objetos sobre a pista não se mostram de todo imprevisíveis àqueles que conduzem seus veículos a devida atenção e cautela,

em observância às comezinhas regras de direção constantes do art. 29, II, do Código de Trânsito Brasileiro.

IV – Demonstrados os danos emergentes em decorrência de acidente de trânsito, deve o réu indenizar os respectivos prejuízos por ele causados no veículo do autor, em montante estipulado no menor dos orçamentos apresentados, desde que confeccionado por empresa e não paire controvérsia sobre os dados nele mencionados.

V – Não havendo nos autos nenhum indício de prova de que o demandante fazia uso profissional do veículo acidentado ou, ainda, de que efetivamente deixou de auferir algum ganho em decorrência da impossibilidade de sua utilização – ônus este que lhe competia, a teor do art. 333, I, do Código de Processo Civil – não merece guarida o pedido de indenização por lucros cessantes.

VI – A frustração pela impossibilidade de uso de um automóvel recém adquirido "0 Km" mesmo com a continuidade do pagamento do seu financiamento e o eventual descaso do causador do acidente ao deixar de acionar o seu seguro para cobertura dos prejuízos causados, embora possam causar alguns transtornos e aborrecimentos, não constituem dano moral hábil a justificar o acolhimento do pedido de compensação pecuniária, porquanto se tratam de mero sentimento de insatisfação juridicamente irrelevante se não comprovados os prejuízos imateriais supostamente sofridos.

VII – Se a seguradora litisdenunciada aceita a sua condição na relação jurídico-processual e não nega a cobertura securitária, inarredável se mostra a procedência do pedido regressivo formulado na lide secundária, desde que obedecidos, outrossim, os limites estabelecidos na apólice.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de n. , da comarca (), em que são apelantes Samuel Patissi e Rodrigo da Silva e apelados Samuel Patissi, Rodrigo da Silva e Cia. de Seguros Minas Brasil:

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso interposto pelo Autor e dar-lhe parcial provimento, e declarar prejudicada a análise do recurso interposto pelo Réu. Custas legais.

O julgamento, realizado em 18 de abril de 2013, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Jaime Luiz Vicari, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Ronei Danielli.

Florianópolis, 24 de abril de 2013.

Joel Dias Figueira Júnior

RELATOR

RELATÓRIO

Samuel Patissi ajuizou *ação de ressarcimento por danos causados em acidente de veículos* contra Rodrigo da Silva pelos fatos e fundamentos jurídicos descritos na petição inicial de fls. 2-8, integrando este acórdão o relatório de fls. 199-200 contido na sentença recorrida.

Sentenciando, o Magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido e condenou o Autor ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios fixados em R$ 1.500,00 (fls. 199-202).

O Autor interpôs recurso de apelação no qual sustenta, preliminarmente, a nulidade da sentença em face da violação do princípio da identidade física do juiz, uma vez que o julgamento não foi realizado pelo mesmo Magistrado que procedeu à instrução processual, e, no mérito, assevera

que o acidente de trânsito em tela não foi causado por culpa de terceiro, tal como consignado no provimento jurisdicional recorrido (fls. 206-217).

A Litisdenunciada interpôs embargos de declaração (fls. 222-223), que foram acolhidos para declarar prejudicada a denunciação da lide em face da improcedência do pedido principal e para condenar o Réu/Denunciante, na lide secundária, ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios arbitrados em R$ 500,00 (fls. 225-226).

O Réu interpôs recurso de apelação, por meio do qual pleiteia a exclusão da sua condenação a arcar com os encargos sucumbenciais da lide secundária (fls. 232-240).

O Réu apresentou contrarrazões às fls. 246-254 e a Litisdenunciada às fls. 280-283 e 285-283.

É o relatório.

VOTO

1 *Da tempestividade do recurso interposto pelo Autor*

Em suas contrarrazões, sustentam o Réu e a Litisdenunciada a intempestividade do recurso interposto pelo Autor, porquanto protocolado em momento anterior à intimação das partes acerca da sentença prolatada e, portanto, anterior também ao julgamento dos embargos de declaração fls. 222-223.

É assente que as intimações têm por escopo dar ciência à parte interessada acerca de atos processuais de naturezas diversas, e, nesse sentido, o prazo para a interposição dos recursos tem início na data em que os procuradores dos litigantes tomam conhecimento da decisão, da sentença ou do acórdão (art. 242, caput, do Código de Processo Civil).

Na situação vertente, em que pese à circunstância de a sentença ter sido publicada no Diário da Justiça tão somente em 12 de maio de 2008 (fl. 204), verifica-se que, por intermédio do seu Procurador, o Autor foi dela intimado em cartório na data de 15 de abril de 2008 (fl. 202), quando teve ciência inequívoca do provimento jurisdicional em exame.

Ora, se o escopo da intimação é dar ciência a quem de direito sobre determinado ato, nada obsta que o ato se dê mediante o comparecimento espontâneo do advogado em cartório ou, ainda, por qualquer outro meio igualmente idôneo para a sua realização.

Assim, não pode ser considerado extemporâneo o apelo interposto pelo Autor que, em cartório, dá-se por intimado e interpõe o seu recurso dentro do prazo legal, a contar da aludida intimação, mesmo que ainda não publicada a sentença no Diário da Justiça eletrônico. Ademais, o prazo recursal flui independentemente para cada uma das partes litigantes, o que significa dizer, em outras palavras, que o termo inicial da contagem necessariamente pode não ser o mesmo.

Desse modo, afasta-se a preliminar suscitada.

2 *Do princípio da identidade física do juiz*

Alega o Autor/Apelante a a nulidade da sentença recorrida em face da violação ao princípio da identidade física do juiz, uma vez que o julgamento não foi realizado pelo mesmo Magistrado que procedeu à instrução processual

Com efeito, infere-se que o feito foi instruído pelo Juiz Substituto João Batista Vieira Sell (fls. 156-161), ao passo que a sentença foi proferida pelo Juiz de Direito Gilberto Gomes de Oliveira (fls. 199-202).

Entrementes, o reconhecimento da inobservância ao princípio da identidade física do juiz, por si só, não é suficiente para causar a nulidade processual, fazendo-se mister a verificação de prejuízo às partes, o que não se vislumbra no caso em exame.

Ademais, o art. 132, caput, do Código de Processo Civil autoriza expressamente o julgamento do conflito por juíz diverso daquele que presidiu e concluiu a instrução, o que evidencia a relativização do principio mencionado.

Sobre o tema, assinalam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> Mesmo que tenha concluído a audiência, o magistrado não terá o dever de julgar a lide se for afastado do órgão judicial, por motivo de convocação, licença, cessação de designação para funcionar na vara, remoção, transferência, afastamento por qualquer motivo, promoção ou aposentadoria. Incluem-se na exceção os afastamentos por férias, licença-prêmio e para exercer cargo administrativo em órgão do Poder Judiciário (Assessor, Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça etc.) (*Código de Processo Civil comentado* e legislação extravagante. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 411).

Portanto, não se revestindo de caráter absoluto o princípio em exame, e ante a ausência de prejuízo às partes, rejeita-se a preliminar aventada.

3 Da responsabilidade civil

No que tange à culpa pelo acidente de trânsito narrado nos autos, melhor sorte socorre ao Demandante.

Colhe-se da narrativa constante do boletim de ocorrência lavrado naquela oportunidade que, "conforme declaração dos condutores e levantamento efetuado no local, o veículo 01 transitava normalmente na rodovia e subitamente colidiu num objeto que estava sobre a via identificado como

um pneu de caminhão e, na sequência, foi colidido na sua traseira pelo veículo 02" (fl. 19).

Embora não se possa negar que o referido objeto existente sobre a pista fez com que, de inopino, o Autor tivesse de parar o seu veículo ou reduzir a velocidade imprimida, tal circunstância, por si só, não retira a culpa do Réu pelo evento danoso, uma vez que este não conduzia o seu automóvel com a atenção e cautela devida, deixando de observar uma distância mínima de segurança.

Consoante o disposto no art. 29, II, do Código de Trânsito Brasileiro, "o condutor deverá guardar distância de segurança lateral e frontal entre o seu e os demais veículos, bem como em relação ao bordo da pista, considerando-se, no momento, a velocidade e as condições do local, da circulação, de veículo e as condições climáticas".

Comentando tal dispositivo, Arnaldo Rizzardo assinala:

> Mantendo uma regular distância, o condutor terá um domínio maior de seu veículo, controlando-o quando aquele que segue na sua frente diminui a velocidade ou para abruptamente, ou quando fizer uma manobra brusca para a lateral, ao desviar de um objeto ou buraco existente na pista. Sobre a colisão por trás, é preciso salientar que, em geral, a presunção de culpa é sempre daquele que bate na traseira do outro veículo. Daí a importância de que, na condução de veículo, se verifique a observância suficiente para possibilitar qualquer manobra rápida e brusca, imposta por súbita freada do carro que segue à frente (*Comentários ao Código de Trânsito brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 110).

Dessa feita, diante da inobservância da comezinha regra de direção retromencionada, caberia ao Réu – em face da mencionada presunção de culpa daquele que segue atrás de outro veículo e com este vem a colidir na traseira –, demonstrar a ocorrência de um fato extraordinário capaz de eximi-lo da culpa pelo acidente, uma vez que, conquanto incontroverso que havia um pneu sobre a pista de rolamento, tal fato, ainda que inesperado,

não se mostra de todo imprevisível àqueles que conduzem seus veículos a devida cautela.

Nessa esteira, extrai-se da jurisprudência deste Tribunal de Justiça, em acórdão da minha lavra:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REGRESSIVA. CONTRATO DE SEGURO. SUB-ROGAÇÃO DA SEGURADORA NOS DIREITOS DO SEGURADO. DANOS CAUSADOS EM DECORRÊNCIA DE ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO NA TRASEIRA. FATO DE TERCEIRO NÃO COMPROVADO. EXISTÊNCIA DE REDUTOR DE VELOCIDADE (TACHÕES). SITUAÇÃO PREVISÍVEL E CORRIQUEIRA QUE RECOMENDA MAIOR CAUTELA DOS MOTORISTAS. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE APONTA A CULPA DO REQUERIDO. (...).
>
> (...) Uma vez comprovado que o veículo conduzido pelo requerido abalroou o automóvel que se encontrava a sua frente (bem segurado pela autora), independentemente de fato de terceiro ou de culpa exclusiva ou preponderante do outro condutor, evidente a sua culpa pelo evento danoso.
>
> Em outras palavras, para se eximir de responsabilidade, o motorista que colide com a traseira de veículo que segue em sua frente tem o ônus de demonstrar de maneira cabal a ocorrência de uma das excludentes da obrigação de indenizar.
>
> Assim, aquele que não observa distância segura do veículo que trafega em sua frente, que o permita efetuar manobra e, em especial, frenagem em momento que se aproxima de qualquer espécie de sinalização de trânsito (no caso, redutor de velocidade tipo "tachões"), contribui de forma decisiva para a ocorrência de acidente, em manifesto desrespeito às normas de trânsito. (...) (Apelação Cível n. 2008.065651-9, de Balneário Piçarras, Primeira Câmara de Direito Civil, julgada em 5-7-2011).

Assim, inarredável a responsabilidade civil do Demandado.

4 *Dos danos emergentes*

Os danos emergentes causados ao automóvel do Autor são inegáveis e estão cabalmente comprovados por meio das fotografias de fls. 20-26 e, sobretudo, pelos orçamentos apresentados às fls. 27-31.

O menor orçamento trazido pelo Autor, datado de 19 de abril de 2006, remonta à quantia de R$ 50.254,27 (fls. 30-31).

Assinale-se que o Réu, ao impugnar a pretensão ressarcitória em tela, limitou-se a alegar que a avaliação do referido veículo segundo a tabela divulgada pela Fipe, é de R$ 44.362,00. Entrentanto, a pesquisa por ele realizada, embora se refira ao mesmo veículo, tomou por base um modelo do ano 2005 (fl. 64), ao passo que o automóvel do Autor é modelo 2006 (fl. 12).

Observe-se, outrossim, que a Litisdenunciada asseverou em sua contestação que a sua condenação à reparação pelos danos materiais haveria de estar limitada a R$ 40.000,00 (importância prevista na apólice securitária), porém não impugnou o montante reclamado pelo Autor a esse título.

Assim, o valor da indenização deve pautar-se pelo menor orçamento apresentado – e não por aquele extraído na pesquisa feita pelo Réu – sendo oportuno mencionar, ainda, não ter havido impugnação à idoneidade das empresas que fizeram os orçamentos que instruem a petição inicial ou aos dados neles especificados.

Não obstante, importa assinalar ser necessária a dedução do montante ao reparo da parte dianteira do veículo, cujos danos não foram ocasionados pela colisão com o automóvel do Demandado, mas sim pelo choque com o pneu existente sobre a pista de rolamento. O valor desse abatimento – que, aliás, foi requerido pelo Autor na própria petição inicial – deverá ser apurado em liquidação de sentença.

5 Dos lucros cessantes

Já com relação aos lucros cessantes, aduz o Demandante ter suportado imensos prejuízos, uma vez que utilizava cotidianamente o automóvel sinistrado em sua atividade empresarial (comunicação visual), tanto para a visitação de clientes quanto para a realização de serviços administrativos.

Entrementes, não há nos autos nenhum indício de prova de que o Autor fazia uso profissional do veículo ou, ainda, que efetivamente deixou de auferir algum ganho em decorrência da impossibilidade de sua utilização.

Dessa feita, deixando ele de demonstrar o fato constitutivo do seu direito – ônus este que lhe competia, a teor do art. 333, I, do Código de Processo Civil, não merece guarida o pleito neste particular.

6 *Dos danos morais*

A pretensão compensatória por danos morais não merece guarida.

Sustenta o Autor, pois, ter sofrido grande frustração pelo fato de haver sido privado da utilização de automóvel recentemente adquirido "0 Km" e de, não obstante, ter continuado a pagar regularmente as parcelas do seu financiamento, além do descaso do Réu que, mesmo tendo à sua disposição um seguro que cobriria todos os danos, negou-se a autorizar o conserto do veículo.

Entretanto, conquanto reconhecida a culpa do Réu pelo acidente de trânsito, tais circunstâncias acima mencionadas, embora possam ter causado alguns transtornos e aborrecimentos ao Demandante, não constituem dano moral hábil a justificar o acolhimento do pedido de compensação pecuniária, porquanto se tratam de mero sentimento de insatisfação juridicamente irrelevante se não comprovados os prejuízos imateriais supostamente sofridos.

Sobre o tema, assinala Antonio Jeová Santos:

> O *dano moral* somente ingressará no mundo jurídico, com a subseqüente obrigação de indenizar, em havendo alguma grandeza

> no ato considerado ofensivo a direito personalíssimo. Se o ato tido como gerador do dano extrapatrimonial não possui virtualidade para lesionar sentimento ou causar dor e padecimento íntimo, não existiu o *dano moral* passível de ressarcimento. Para evitar a abundância de ações que tratam de danos morais presentes no foro, havendo uma autêntica confusão do que seja lesão que atinge a pessoa e do que é mero desconforto, convém repetir que não é qualquer sensação de desagrado, de molestamento ou de contrariedade que merecerá indenização. O reconhecimento do *dano moral* exige determinada envergadura. Necessário, também, que o dano se prolongue durante algum tempo e que seja a justa medida do ultraje às afeições sentimentais.
>
> As sensações desagradáveis, por si sós, que não trazem em seu bojo lesividade e algum direito personalíssimo, não merecerão ser indenizadas. Existe um piso de inconvenientes que o ser humano tem de tolerar, sem que exista o autêntico *dano moral*. (*Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 113).

Desse modo, não deve ser acolhido o pedido de compensação pecuniária por danos morais.

7 Da lide secundária

Em razão da existência de contrato de seguro sobre o seu veículo, o Réu procedeu à Denunciação da lide à Cia. de Seguros Minas Brasil.

Da análise da contestação apresentada pela Litisdenunciada, verifica-se que ela aceitou a sua condição na relação jurídico-processual e não negou a cobertura securitária, motivo pelo qual deve ser julgado procedente o pedido regressivo formulado na lide secundária, obedecidos, outrossim, os limites estabelecidos na apólice securitária.

Por outro lado, tendo em vista que a Seguradora não opôs nenhuma resistência à sua intervenção no processo, deixa-se de condená-la a arcar com os encargos sucumbenciais decorrentes da lide secundária, consoante remansoso entendimento jurisprudencial.

8 *Conclusão*

Diante do que foi exposto, dá-se provimento ao recurso interposto pelo Autor para julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados a fim de condenar o Demandado tão somente ao pagamento de indenização por danos emergentes (conserto do veículo) no valor previsto no menor orçamento apresentado – observada, pois, a dedução do montante atinente ao reparo da parte dianteira do veículo, a ser apurado em liquidação de sentença –, acrescido de juros de mora desde o evento danoso e de correção monetária desde o desembolso da quantia, bem como condená-lo ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios em favor do Procurador do Autor em montante fixado em 15% sobre o valor da condenação principal.

Outrossim, julga-se procedente o pedido formulado na denunciação da lide a fim de condenar a Seguradora a ressarcir de forma regressiva ao Réu o montante indenizatório em tela, obervado, todavia, o limite da cobertura indicado na apólice securitária.

Por fim, declara-se prejudicada a análise do apelo interposto pelo Réu.

É o voto.

Apelação Cível n. 2012.050933-0, de Rio do Sul

Relator: Des. Jaime Luiz Vicari

AÇÃO DE COBRANÇA DO SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT. ACIDENTE DE TRÂNSITO. VÍTIMA QUE ESTAVA GRÁVIDA. ÓBITO DO FETO. DISCUSSÃO SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO NASCITURO. EXEGESE DO ARTIGO 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. TITULARIDADE DE DIREITOS DA PERSONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE RECEBIMENTO DE DIREITOS PATRIMONIAIS. CONDIÇÃO. NASCIMENTO COM VIDA. APELO CONHECIDO E PROVIDO.

Não faz jus à indenização decorrente do seguro obrigatório DPVAT a grávida que, em razão de evento de trânsito, vem a sofrer aborto. Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro, notadamente o artigo 2º do Código Civil de 2002, adota a teoria condicionalista, reconhecendo ao nascituro a titularidade de direitos personalíssimos – vida, nome, proteção pré-natal, etc – condicionando os direitos patrimoniais ao nascimento com vida, sobre eles havendo apenas mera expectativa de direito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.050933-0, da comarca de Rio do Sul (2ª Vara Cível), em que é apelante Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S.A. e apelada Graciane Muller Selbmann:

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e provê-lo, invertidos os ônus sucumbenciais. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 23 de maio de 2013, os Exmos. Srs. Des. Ronei Danielli e Stanley da Silva Braga.

Florianópolis, 5 de junho de 2013.

Jaime Luiz Vicari

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Graciane Muller Selbmann ajuizou, em 27 de julho de 2011, ação de cobrança do seguro obrigatório DPVAT contra Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S.A. alegando, em síntese que foi vítima de acidente de trânsito ocorrido em 27 de setembro de 2009, em decorrência do qual sofreu diversas lesões, tais como fratura do antebraço esquerdo, trauma de abdome, óbito fetal e perda do baço.

Aduziu que estava grávida de quatro meses e que, além da perda do feto, seu marido Vilson Selbmann igualmente faleceu em virtude do evento, de modo que requer o benefício de assistência judiciária e a condenação da ré ao pagamento da quantia de R$ 13.500,00, pela morte do feto, além das verbas de sucumbência.

A ré contestou (fls. 33-44) aduzindo, em preliminar, a existência de litispendência, porque a autora estaria pleiteando idêntica indenização nos autos n. 054.10.008620-2, sendo, ademais, caso de conexão.

Disse que, ademais, autora já recebeu pagamento administrativo, bem como que o Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP detém sim a competência para regulamentar o seguro DPVAT e que, na hipótese de eventual condenação, os juros de mora deveriam fluir a contar da citação. Requereu, ao final, o acolhimento das preliminares e, caso rejeitadas,

a improcedência dos pedidos, com a condenação da autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios.

Réplica às fls. 83-85 e sem mais delongas sobreveio a sentença (fls. 87-90), na qual o Magistrado acolheu o pedido para condenar a ré a pagar R$ 13.500,00, custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor da condenação.

A vencida apelou (fls. 96-100) argumentando, em suma, ser impossível o pedido de indenização em relação ao óbito do feto, pois, não existindo o nascimento com vida, não haveria também o dever de indenizar.

Requereu, por fim, a reforma da sentença para que a correção monetária incidisse a partir da data do ajuizamento, com o conhecimento e provimento, invertidos os ônus sucumbenciais.

Contrarrazões às fls. 140-147, e os autos ascenderam a esta egrégia Corte de Justiça.

Este é o relatório.

VOTO

Preenchidos os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade recursal, o recurso deve ser conhecido.

Inicialmente mister fazer-se algumas colocações para melhor situar a situação fática, algo que nem a inicial, nem a contestação se preocuparam em fazê-lo.

A ora apelada era casada com Vilson Selbmann e estava em sua companhia no automóvel Fiat Pálio, placa CYB-9810, na BR-470, Agronômica, no dia 27 de setembro de 2009, cerca de 19 horas, quando foi

atingido, em sua regular mão de direção pelo caminhão marca Scania Vabis, placa KER-2713.

Em decorrência do evento, Vilson faleceu e a autora, que se encontrava no quarto mês de gestação, sofreu sérios ferimentos, vindo a perder o feto.

Ajuizou, em decorrência, contra a ora apelante, uma demanda para haver valores pela morte do marido e, tempos após, outra, pretendendo cobrar a importância de R$ 13.500,00, pela perda do feto.

Esses os fatos e o que se examina aqui é se essa perda deve ser indenizada pelo chamado seguro DPVAT.

A Lei n. 6.194/74 dispõe no artigo 3º, *caput* e no seu inciso I:

> "Art. 3o Os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no art. 2o desta Lei compreendem as indenizações por morte, por invalidez permanente, total ou parcial, e por despesas de assistência médica e suplementares, nos valores e conforme as regras que se seguem, por pessoa vitimada: (Redação dada pela Lei nº 11.945, de 2009). (Produção de efeitos).
>
> I - R$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) - no caso de morte".

Como se vê, a norma *sub examine* não disciplina a presente situação limitando-se a, genericamente, determinar o pagamento de reparação no valor indicado na hipótese de morte de vítima de acidente de trânsito.

O Código Civil prevê no artigo 2º que "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

São três as correntes doutrinárias que se digladiam acerca do momento em que se dá a aquisição dos direitos do nascituro: a teoria natalista, a teoria da personalidade condicional e a teoria concepcionista.

Para os primeiros o nascituro tem mera expectativa de direitos e lastreiam seus argumentos no artigo 2º do Código Civil de 2002, segundo o qual a personalidade tem início com o nascimento com vida. Este o entendimento de Caio Mário da Silva Pereira para quem:

> O nascituro não é ainda uma pessoa, não é ainda um ser dotado de personalidade jurídica [...] e não há de se falar, portanto, em reconhecimento da personalidade ao nascituro, nem de se admitir que antes do seu nascimento seja ele sujeito de direito (*Instituições de direito civil*, 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1).

Já os defensores da chamada teoria da personalidade condicional, dentre os quais se encontra Clóvis Bevilacqua, admitem que os nascituros possuem direitos, condicionados porém a uma condição suspensiva, consistente no nascimento com vida.

E, finalmente, os adeptos da chamada teoria concepcionista, mais radicais, entendem que os nascituros são titulares de direitos e obrigações desde a concepção e dentre seus adeptos pode-se mencionar Maria Helena Diniz.

Entende-se que a posição intermediária, aquela da teoria da personalidade condicional é a quem melhor interpreta o conteúdo do artigo 2º do Código Civil – o Código de 1916 tinha praticamente a mesma redação – pois, de um lado, põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro mas de outro, condiciona seu exercício ao nascimento com vida.

Pontes de Miranda define o nascituro como "o concebido ao tempo em que se apura se alguém é titular de um direito, ação ou exceção, dependendo a existência de que nasça com vida" (*Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. 1981, p. 134).

O ordenamento jurídico, portanto, reconhece e concede ao feto uma categoria especial de direitos, os direitos chamados personalíssimos, v.g.

direito à vida, direito à proteção pré-natal, dentre outros, mas os direitos patrimoniais são atribuídos apenas aos que nascem com vida.

Desse modo, conclui-se que a potencial genitora não faz jus à indenização em virtude do óbito do nascituro, principalmente porque a personalidade jurídica do feto somente advém do nascimento com vida.

Frise-se, outrossim, que nada impede venha ela a reclamar indenização por danos morais, em razão do cometimento de ato ilícito, algo porém, completamente distinto da indenização securitária do DPVAT.

Em pesquisa à jurisprudência desta Casa, foram encontrados seis precedentes orientando-se nesse sentido, respectivamente, Apelações Cíveis n. 2012.045886-8, Des. Jairo Fernandes Gonçalves; 2010.081035-4, Desa. Maria do Rocio Luz Santa Rita; 2005.039028-9, Des. Marcus Tulio Sartorato; 2008.014362-7, Des. Henry Goy Petry; 2006.017793-8, Des. José Trindade dos Santos; e 2006.028342-0, Des. Fernando Carioni.

Em sentido oposto existe um aresto apenas, exarado pela Câmara Civil Especial Regional de Chapecó, por maioria, quedando-se vencido o relator originário, o Des. César Abreu (AC n. 2009.036144-8).

Nessa linha, o nascituro detém mera expectativa de direitos em relação aos proveitos patrimoniais, cuja condição depende, diretamente, do seu nascimento com vida.

Nessa linha e em atenção aos argumentos deduzidos e ainda em consonância com o entendimento da jurisprudência deste Tribunal, não se tratando de configuração do fato previsto no artigo 3º da Lei n. 6194/74, impõe-se a reforma da sentença, conhecendo-se do recurso e dando-lhe provimento.

Custas e honorários pela autora, estes fixados em R$ 1.500,00, cuja exigibilidade fica suspensa em virtude do deferimento da justiça gratuita.

Este é o voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2012.075650-6, de Itajaí

Relator: Des. Rodrigo Cunha

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. TRANSPORTE MARÍTIMO MONOMODAL. SOBRE-ESTADIA DE CONTÊINER - *DEMURRAGE*. INSTITUTO DE NATUREZA INDENIZATÓRIA. AUSÊNCIA DE CONTESTAÇÃO. REVELIA. VERACIDADE FÁCTICA PRESUMIDA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PRAZO TRIENAL ESPECÍFICO. INTELIGÊNCIA DO ART. 206, § 3º, V, DO CCB/2002. INAPLICABILIDADE DA NORMA GERAL ÍNSITA NO ART. 205 DA LEI SUBSTANTIVA CIVIL, BEM ASSIM DO ART. 449, 3, DO CÓDIGO COMERCIAL, POR JÁ REVOGADO E, AINDA, DO ART. 22 DA LEI N. 9.611/1998, QUE DISCIPLINA O TRANSPORTE MULTIMODAL. SENTENÇA CASSADA. CONDENAÇÃO IMPOSITIVA. APLICABILIDADE DO ART. 515, § 3º, DO *CODEX INSTRUMENTALIS*. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.075650-6, da comarca de Itajaí (3ª Vara Cível), em que é apelante

Compania Sud Americana de Vapores S/A, e apelado World Internacional Cargo Ltda:

A Primeira Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer e dar provimento à apelação. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. Ricardo Fontes (presidente com voto) e o Exmo. Sr. Des. Salim Schead dos Santos.

Florianópolis, 27 de junho de 2013.

Rodrigo Cunha

RELATOR

RELATÓRIO

Perante a 3ª Vara Cível da comarca de Itajaí, COMPAÑIA SUD AMERICANA DE VAPORES S/A manejou ação de cobrança em desfavor de WORLD INTERNACIONAL CARGO LTDA, sustentando que efetuou transporte marítimo para a demandada que, segundo assevera, reteve os contêiners de sua propriedade por prazo superior ao período de franquia - *free time*, ensejando a obrigação de pagar a sobre-estadia - *demurrage*.

Devidamente citada, a requerida não contestou, sobrevindo Sentença que, lançada aos autos, julgou extinto o processo, por reconhecer implementado o prazo prescricional ânuo previsto no art. 449, III, do Código Comercial.

Irresignada com o teor da prestação jurisdicional que lhe foi adversa interpôs a autora recurso de apelação, colimando a reforma da Sentença objurgada, ao argumento de não haver se operado a prescrição.

Sem contrarrazões, ascenderam os autos a esta Corte e, regularmente distribuídos a este Órgão Fracionário, vieram-me conclusos.

Em breve escorço o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação aviado contra Sentença que, por reconhecer *ex-officio* o implemento do prazo prescricional, julgou extinta a ação de cobrança, contra o que se rebela a empresa transportadora credora.

A matéria objeto da *quaestio apelatum*, com efeito, não versa sobre tema pacífico havendo, na jurisprudência pátria, quatro correntes distintas e, mais ainda, divergentes, no que concerne ao lapso prescricional para a propositura de ações de tal natureza.

Para a primeira delas, na qual se louvou o Juízo *a quo* para proclamar a prescrição da ação, com aval de aresto isolado oriundo do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, *"o prazo de prescrição para a cobrança de sobreestadia em contrato de transporte marítimo é de um ano, conforme o disposto no art 449, III, do Código Comercial"* (STJ. REsp n. 1268817/MS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 14-12-2012), afastando a aplicação do prazo prescricional decenal inserto na Lei Substantiva Civil de 2002, independentemente do tempo em que a relação material foi perfectibilizada, assim restou consignado, *verbis*:

> Os elementos existentes nos autos dão conta de que o Tribunal *a quo* afastou as alegações de prescrição do pleito autoral sob o argumento de que o prazo prescricional de um ano previsto no Código Comercial para a cobrança das taxas de sobreestadia de "containers" foi revogado pelo Código Civil de 2002.
>
> No entanto, este Tribunal Superior já firmou entendimento de que as ações que buscam indenização pelos respectivos prejuízos estão sujeitas ao prazo prescricional previsto no art. 449 do Código Comercial.

> Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente: REsp 678100/SP, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 5/9/2005, assim ementado:
>
> "RECURSO ESPECIAL. SOBREESTADIA DE "CONTAINERS" (DEMURRAGES). DECRETO 80.145/77. PRESCRIÇÃO. ARTIGO 449, INCISO III, DO CÓDIGO COMERCIAL.
>
> I - O artigo 5º do Decreto 80.145/77 dispõe que "container" não constitui embalagem das mercadorias e sim parte ou acessório do veículo transportador.
>
> II - Por analogia, é de se aplicar aos "containers" a legislação pertinente a sobreestadia do navio. Num caso e noutro, as ações que buscam a indenização pelos respectivos prejuízos estão sujeitas à regra do artigo 449, inciso III, do Código Comercial.
>
> Recurso especial provido."
>
> Observa-se que o acórdão recorrido diverge da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, *data maxima venia*, os argumentos aduzidos carecem de razoabilidade porquanto, alicerçando-se o ordenamento jurídico pátrio no sistema positivista, é consabidamente vedado o resgate e aplicação de dispositivo revogado, ou seja, é defesa a repristinação em prejuízo do ordenamento em vigor, salvo quando este, expressamente o autorizar afigurando-se, desta forma inconcebível a aplicação do art. 449, III, do Código Comercial e do Decreto n. 80.145/77, quando se verifica que o primeiro foi expressamente revogado pelo art. 2.045 da Lei Substantiva Civil de 2002 e o segundo perdeu objeto com a revogação da Lei n. 6.288/75 (Lei do Container), havendo, em verdade, equívoco na manutenção da tese quando se verifica, que o entendimento esposado na mesma se encontra lastrado em brilhante julgado da lavra do Eminente Ministro Castro Filho que, no caso concreto então *sub examine* procedia a

análise de relação jurídica de direito material havida ainda sob a égide do denominado Código Beviláqüa, qual seja, o Código Civil/1916 alterado, profundamente, pela novel Lei Substantiva Civil que, vigendo a partir do início deste século XXI incorporou, ao seu texto a Parte Geral do vetusto Código Comercial, em vigor desde 1850, derrogando-o expressamente, fatos estes trazidos à lume pelo Egrégio TJSP, quando do julgamento dos autos de Apelação Cível n. 852.844-1 [0007486-76.1999.8.26.0000], da relatoria do eminente Des. Urbano Ruiz).

De outro vértice, corrente de menor porte defende que "*nada obstante a Lei n. 9.611/1998 regule o transporte multimodal, não se encontra justificativa legal plausível para que se dispense a situações semelhantes tratamento diferenciado em relação à contagem do prazo para o exercício da ação que busca a cobrança sobre demurrage. Isso porque, apesar de a citada lei tratar exclusivamente do transporte multimodal, cuida também do prazo prescricional para as situações relativas ao transporte de carga, e estipula o prazo de 1 (um) ano para o ajuizamento de ações judiciais oriundas do não cumprimento da responsabilidade decorrente do transporte (art. 22). Vale dizer, o mesmo prazo estabelecido no revogado artigo 499 do Código Comercial. Assim, porque a lei específica prevalece sobre a norma geral, e porque inviável o tratamento diferenciado ao transporte multimodal e monomodal, por critério de isonomia, há que se aplicar nas ações judiciais oriundas do não cumprimento da responsabilidade decorrente do transporte a norma contida no art. 22 da Lei n. 9.611/1998*" (TJSC. Ap. Cív. n. 2009.036635-2, relª. Desª. Substª. Janice Goulart Garcia Ubialli, j. em 10-11-2011), solução esta alvitrada

pelo TJSP ao apreciar a Apelação Cível n. 2011.0000186801, da relatoria do Des. Melo Colombi, julgada em 14-9-2011.

Ainda que em princípio afigure-se tal tese como sedutora, também não há como possa a mesma prosperar, dada a natureza do pacto levado a efeito entre as partes e que deu origem à importância cobrada posto que, por definição legal, "*Transporte Multimodal de Cargas é aquele que, regido por um único contrato, utiliza duas ou mais modalidades de transporte, desde a origem até o destino, e é executado sob a responsabilidade única de um Operador de Transporte Multimodal*", conforme art. 2º da Lei n. 9.611/98, enquanto o contrato *sub examine* prevê apenas a modalidade de transporte marítimo monomodal, não havendo adequação do tipo à espécie.

Ao depois, tem-se ainda na jurisprudência um terceiro entendimento sustentando que "*As ações de cobrança relativas à sobrestadia de contêiner (demurrage) estão sujeitas à prescrição decenal, prevista no art. 205, do CC/2002, visto que lastreadas em direito pessoal e ausente fixação de prazo prescricional específico. O novo Código Civil revogou a primeira parte do Código Comercial, no qual se achava o artigo 449, III, que previa a prescrição de 1 (um) ano para as ações de cobrança de sobrestadia*" (TJSP. Ap. Cív. n. 0041963-39.2009.8.26.0562, de Santos, relª. Desª. Maria Lúcia Pizzotti, DJe 6-7-2012), posicionamento este que não há como possa prosperar posto que a *demurrage* possui natureza jurídica indenizatória, pré-fixada, incidente pelo descumprimento contratual, bastando assim, para a responsabilização do locatário retardatário a devolução dos contêiners ao locador/armador em

data posterior ao prazo previamente ajustado circunstância esta que, por sua própria natureza, não guarda similitude com a cláusula penal.

E é neste contexto, então, que surge a quarta vertente relativa ao tema em comento que, por se apresentar mais consentânea com a própria origem do Instituto me filio, preconizando a aplicação da norma insculpida no art. 206, § 3º, V, da Lei Substantiva Civil de 2002, proclamando a aplicação do prazo trienal - e específico - para a prescrição (TJPR. Ap. Cív. n. 779526-0, rel. Des. Benjamim Acácio de Moura e Costa, j. em 17-10-2012; Ap. Cív. n. 905141-4, rel. Des. Alexandre Barbosa Fabiani, j. em 11-9-2012 *etc...*) na medida em que o montante indenizatório devido pelo locatário retardatário na devolução a destempo do contêiner que lhe foi disponibilizado, não se erige à condição de mera multa por inadimplemento contratual destinando-se, isto sim, a indenizar o lucro cessante, ou seja, o prejuízo causado ao armador que, privado do contêiner de sua propriedade, por ainda em poder do locatário remisso, viu-se impossibilitado de auferir o lucro de sua atividade, voltada que é à locação de contêineres.

Tal entendimento, que reputo o que melhor harmoniza a natureza do Instituto da *demurrage* com o ordenamento jurídico positivado, é também respaldado pela jurisprudência pátria, quando assim deixa assentado, ***verbis***:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – NULIDADE DA SENTENÇA – ANALISADA COM O MÉRITO – PRESCRIÇÃO NÃO OCORRÊNCIA – PRAZO TRIENAL PREVISTO NO ARTIGO 206,§3º, INCISO V, DO CÓDIGO CIVIL VIGENTE – ATRASO NA DEVOLUÇÃO DOS CONTAINERS – CABIMENTO DE COBRANÇA DE SOBREESTADIA (DEMURRAGE) – INDENIZAÇÃO QUE NÃO CONSTITUI CLÁUSULA PENAL – BUROCRACIA ALFANDEGÁRIA – CONDUTA CORRIQUEIRA

> E DE CONHECIMENTO DO IMPORTADOR – NÃO EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE DO PAGAMENTO DA SOBREESTADIA POR CASO FORTUITO OU FORÇA – PREJUIZOS DA TRANSPORTADORA – EVIDENTES – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO – Deve ser aplicado o art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil, que estabelece o prazo prescricional de três anos para que seja exercido o direito à pretensão de reparação civil - No caso decorrente do atraso da entrega e sobreestadia das mercadorias importadas (demurrage). A comprovação do atraso na devolução de contêineres acarreta, por si só, enseja a responsabilidade pelo pagamento da sobreestadia (demurrage), independentemente de culpa do devedor, não constituindo excludente a atuação morosa da autoridade alfandegária na liberação da mercadoria, visto que não constitui força maior e o caso fortuito, visto que tal inspeção é corriqueira e de conhecimento do importador. A cobrança da demurrage não tem característica de cláusula penal, mas sim de indenização pelo uso dos containers além dos dias disponibilizados, pois é notório que o atraso na devolução dos mesmos inviabiliza a transportadora de obter outras receitas, sendo, ante isto, evidentes os seus prejuízos. (TJMS – AC-Or 2012.005985-9/0000-00 – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli – DJe 16-7-2012 – p. 24)

No mesmo sentido:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – TRANSPORTE MARÍTIMO – DEMURRAGE – SOBREESTADIA – CONTAINER – TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA – INSURGÊNCIA – REFORMATIO IN PEJUS – AUSENCIA DE INTERESSE RECURSAL – NÃO CONHECIMENTO – ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO ANTECIPADO – ART. 130 E 330, II, AMBOS DO CPC – PRESCRIÇÃO – INOCORRÊNCIA – PRAZO DE TRÊS ANOS – ART. 206, §3º, V, DO CC – NATUREZA INDENIZATÓRIA – COMPENSAÇÃO PELO ATRASO DA ENTREGA DE CONTAINERS – AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO COM CLÁUSULA PENAL – ALEGAÇÃO DE NATUREZA DE CONTRATO DE ADESÃO – IRRELEVÂNCIA – CLÁUSULAS QUE NÃO SÃO LEONINAS – AUSÊNCIA DE PROVA DO MONOPÓLIO DO SERVIÇO MARÍTIMO – LIVRE CONTRATAÇÃO – VALOR MÁXIMO DA SOBREESTADIA

ADEQUADO – NÃO OCORRÊNCIA DE ABUSIVIDADE – JUROS MORATÓRIOS – TERMO INICIAL – CITAÇÃO – ART. 219 DO CPC – 1- A insurgência que implica em condição menos vantajosa ao Apelante demonstra a ausência de interesse recursal, razão pela qual não deve ser conhecida. 2- O julgamento antecipado da lide, quando tratada apenas matéria de direito, não implica em cerceamento de defesa, à luz do disposto nos arts. 130 e 330, II, ambos do Código de Processo Civil. 3- Possuindo a demurrage natureza indenizatória, incidente o prazo prescricional de três anos, nos moldes do art. 206, §3º, V, do Código Civil, que revogou o Código Comercial. 4- A demurrage não guarda correlação com cláusula penal, sendo que sua previsão, ainda que por termo de adesão, fixando o valor máximo de US$ 100 (cem dólares) por dia de atraso, é legal, salvo prova clara de abusividade, ônus que cabe ao réu, nos termos do art. 333, II, do Código de Processo Civil. 5- Consoante precedentes jurisprudenciais, possível a vinculação em moeda estrangeira ao contrato de transporte marítimo internacional, sendo o instante do efetivo pagamento da sobreestadia o momento adequado para a conversão em moeda nacional. 6- Os juros moratórios incidem a partir da citação, pois é o momento em que se constitui a mora, nos moldes do art. 219 do Código de Processo Civil. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO, E NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO. (TJPR – AC 0883555-2 – Relª Desª Vilma Régia Ramos de Rezende – DJe 30-8-2012 – p. 344)

TRANSPORTE MARÍTIMO – AÇÃO DE COBRANÇA – SOBRE-ESTADIA – PRESCRIÇÃO TRIENAL – "Transporte marítimo. Ação de cobrança. Sobre-estadia (demurrage) de contêineres. Prescrição ânua afastada. Novo Código Civil que revogou o art. 449 do Código Comercial. Prazo de prescrição de três anos, a teor do que dispõe o art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil. Sentença reformada para afastar a prescrição ânua. Ação de cobrança julgada procedente (CPC, art. 515, § 3º). Recurso provido." (TJSP – Ap 33666420108260562/SP – (0003366-64.2010.8.26.0562) – 38ª CDPriv. – Rel. Des. Fernando Sastre Redondo – DJe 16-8-2011)

Idem:

APELAÇÃO CÍVEL – PROCESSO CIVIL – PRELIMINARES – ALEGADA IRREGULARIDADE DA DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA PELO AUTOR – Documentos hábeis a comprovar

> a relação contratual entre as partes. Rejeição. Ausência de manifestação acerca do pedido contraposto. Inviabilidade. Rejeição. Prescrição. Revogação do art. 499 do código comercial. Incidência do art. 206, §3º, V, do cpc. Rejeição. O artigo 2.045 do código civil de 2002 revogou expressamente a primeira parte do código comercial (LEI Nº 556 DE 25 DE JUNHO DE 1850), e com ela o artigo 449 da referida lei, que em seu parágrafo terceiro estabelecia a prescrição de 01(UM) ano para a cobrança da sobreestadia de contêineres. Dessa forma deve ser aplicado o prazo de 03(TRÊS) anos contido no art. 206, §3º, inciso V, do cc/2002, nos casos em que a indenização referente às despesas de sobreestadia tem previsão contratual. Direito civil. Contrato de transporte marítimo de mercadorias importadas. Obrigação de entrega de contêineres prevista nos termos da avença. Descumprimento. Devolução fora do prazo estabelecido. Encargos decorrentes da cobrança de demurrage (SOBREESTADIA). Não incidência dos arts. 393 e 396 do código civil. Inexistência de caso fortuito em face da greve dos agentes fiscais federais da vigilância sanitária. Mercadorias liberadas durante o movimento grevista. Prejuízo que poderia ter sido evitado pela empresa consignatária. Inexistência de comprovação do pagamento de parte das sobreestadias. Desprovimento do apelo. A cobrança de demurrage (SOBREESTADIAS DE CARGAS NOS PORTOS DE DESEMBARQUE), encontra-se inserida no campo do direito das obrigações previsto no código civil, assim como as partes litigantes nos conceitos de credor e devedor, sob a ótica do mencionado diploma legal. A alegação de ocorrência de caso fortuito e força maior, fundada na greve de agentes fiscais federais da anvisa, não elide a responsabilidade da empresa consignatária ao pagamento de sobreestadias, não constituindo tal fato, por si só, óbice ao cumprimento da obrigação assumida contratualmente. (TJPB – AC 073.2009.000451-3/001 – Relª Desª Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti – DJe 4-9-2010 – p. 9)

Diante de toda a argumentação aduzida, forçoso se faz reconhecer a aplicabilidade, à espécie, da prescrição trienal prevista no art. 206, § 3º, V, do Digesto Civil, tendo como termo *a quo* a data de 26/2/2010, quando da devolução dos contêineres ao seu proprietário e armador, *porque antes disso o respectivo proprietário não sabe qual a extensão do seu direito* (STJ. REsp n. 1127230/PR, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe de 26-4-2013)

e, se assim o é, merece afastada a prejudicial de mérito, eis que a *actio* foi tempestivamente aforada em data de 16/12/2011.

Destarte, merece provimento o recurso para, em afastando a *praescritio*, cassar o *Decisum* hostilizado sendo que, em fazendo uso da faculdade que me é deferida pela norma ínsita no art. 515, § 3º, da Lei Adjetiva Civil, versando a questão de mérito de matéria já agora exclusivamente de direito, procedo à análise da demanda instaurada, por se encontrar em condições de julgamento.

E tal se diz porquanto, de percuciente análise a todo o processado verifica-se, a um, se encontrar plenamente comprovada a relação jurídica entre as partes, consoante se infere através da documentação acostada às fls. 134/135 e 184/189 e, a dois, o mesmo podendo ser dito no concernente à retenção dos contêineres pela demandada por prazo superior ao período da franquia, como se pode visualizar a fls. 201/202 e 204/205.

Insuficientes se apresentassem tais circunstâncias, dessume-se ainda dos autos que a sociedade demandada World Internacional Cargo Ltda é revel e, portanto, deverá arcar com os efeitos de sua inércia posto que, tal qual já pacificado não só na doutrina, mas também na jurisprudência dominante, inclusive na emanada desta Corte, "*Ausentes as hipóteses do art. 320 do CPC, a revelia produzirá inteiramente os seus efeitos - reputam-se verdadeiros os fatos afirmados pelo autor - notadamente se o pedido inicial está apoiado em documentos que guardam contornos de veracidade*" (TJSC. Ap. Cív. n. 2001.004075-1, de São José, rel. Des. Jânio Machado, j. em 9-3-2006), o que rende ensanchas, desta forma, à sua condenação ao pagamento da sobre-estadia de contêiner (*demurrage*), observando-se o total apurado no demonstrativo de fl. 14 (US$ 4.320,00 dólares americanos), cujo valor deverá ser convertido pela cotação em real vigente na data da devolução (26-2-2010), importe este a ser atualizado monetariamente pelo

INPC a contar da propositura da ação e acrescido de juros legais de 1%, devidos que são a partir da citação.

Este é o voto.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2012.011858-6, de Brusque

Relator: Des. Paulo Roberto Camargo Costa

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL CONVOLADA EM FALÊNCIA. PRELIMINAR. PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA. ANTERIOR DECISÃO PROFERIDA PELA MAGISTRADA DE PRIMEIRO GRAU QUE NÃO RECONHECEU IRREGULARIDADE PELA NÃO COMPUTAÇÃO DOS VOTOS DOS CREDORES COM GARANTIA REAL. DIREITO E SUPORTE FÁTICOS ALTERADOS, COM A MODIFICAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE DE UMA NOVA DECISÃO SOBRE A MATÉRIA. EXEGESE DO DISPOSTO NO ART. 471, I, DO CPC. PREFACIAL AFASTADA.

"*Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito*; ..." (CPC, art. 471, I) a exigir novo pronunciamento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO AGRAVADA QUE, VERIFICANDO

A EXISTÊNCIA DE ATO FRAUDULENTO, CONVOLA O PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM FALÊNCIA. APURAÇÃO DE FATOS BASEADOS NO ART. 94, II DA LEI N. 11.101/2005. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE FORMULAÇÃO DO PEDIDO DE FALÊNCIA EM AUTOS APARTADOS, AUTÔNOMO E PARALELO AO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONVOLAÇÃO EM FALÊNCIA QUE SE ADMITE SOMENTE COM FULCRO NO ART. 73 DA REFERIDA LEI. DECISÃO CASSADA NO PONTO. RECURSO PROVIDO.

O parágrafo único do art. 73 da Lei de Recuperação e Falências, expressamente reportando-se ao art. 94, daquele diploma legal, prevê hipóteses de decretação da falência por força de pedido direto, a ser formalizado em processo autônomo e paralelo à recuperação judicial, sendo descabida a convolação da recuperação judicial em falência, com fulcro nele, porque essa só pode se escorar em uma das hipóteses dos incisos I a IV do referido art. 73 da Lei n. 11.101/2005.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL CONVOLADA EM FALÊNCIA. DECISÃO AGRAVADA QUE, CONSIDERANDO VÁLIDOS OS VOTOS DOS CREDORES COM GARANTIA REAL, REJEITOU O PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E CONVOLOU O PEDIDO EM FALÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. NÃO ALTERAÇÃO DOS VALORES E DAS CONDIÇÕES ORIGINAIS DE PAGAMENTO DOS CRÉDITOS DOS CREDORES COM GARANTIA REAL. CREDOR QUE NÃO TEM DIREITO A VOTO E NÃO DEVE SER CONSIDERADO PARA FINS DE QUORUM. EXEGESE

DO DISPOSTO NO ART. 45, § 3º, DA LEI N. 11.101/2005. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS EXIGIDOS PELO ART. 58 DA REFERIDA LEI. DECISÃO CASSADA NO PONTO. RECURSO PROVIDO.

I – Na conformidade do § 3º do art. 45 da Lei n. 11.101/2005, em Assembleia Geral de Credores, o "*credor não terá direito a voto e não será considerado para fins de verificação de* quorum *de deliberação se o plano de recuperação judicial não alterar o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito*".

II – Mantidas as condições originais de pagamento de seu crédito, não se justifica oposição, ao plano de recuperação judicial, por parte de credor com garantia real, sob o pressuposto de tratar-se de dívida vencida e não paga a justificar a convolação em falência.

Tal porque, o não pagamento de dívida líquida e certa no seu termo, sem relevante razão de direito, é hipótese de fundamentação de pedido direto de falência, e não de convolação de recuperação judicial em quebra.

III – Se os credores com garantia real não comprovarem que, mesmo com a manutenção das condições originais de pagamento e do valor de seus créditos; ou ainda, não demonstrarem que o plano de recuperação judicial não operaria com rentabilidade suficiente a satisfazer os encargos assumidos, colocando em risco também o cumprimento das obrigações com garantia real, inviável a rejeição do plano, e o acolhimento de suas oposição para efeito de convolação da recuperação judicial em falência.

IV – A renitente insistência de credora com garantia real, em ver decretada a falência do devedor repercute como utilização do

procedimento de execução coletiva como sucedâneo de cobrança individual, procedimento que deve ser repelido, "*ainda que detenha título executivo protestado e tenha esgotado todos os meios suasórios para ver implementado seu crédito*" (TJSC, Apelação Cível n. 00.023461-3, de Criciúma, Rel. Des. Trindade dos Santos).

Isso porque, esse posicionamento revela-se desarrazoado, pois leva ao prejuízo credores que não têm seus créditos protegidos, e cria condições de lançar a empresa, e seus empregados, às nefastas conseqüências da falência, proceder, portanto, que se afasta totalmente da noção de razoabilidade, o que leva a não se proceder a análise do fato concreto tão só "*sob o prisma do direito intertemporal mera e simplesmente, mas pela ótica da nova ordem constitucional*", que, pelos arts. 170, I, e 174, "*consagra a proteção à preservação da empresa por duas razões basilares: (i) é meio de preservação da sua função social, ou seja, do papel sócio-econômico que ela desempenha junto à sociedade em termos de fonte de riquezas e como ente promovedor de empregos. Assim, o princípio da preservação da empresa cumpre a norma maior, refletindo, por conseguinte, a vontade do poder constituinte originário*" (STJ, REsp 1023172/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão).

V – No exame do plano de recuperação judicial o Juiz deve fazer prevalecer o interesse público sobre o interesse individual dos credores, tendo sempre presente o princípio básico da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, e seu escopo, que é a preservação da empresa, especialmente diante dos interesses que giram em torno dela, pelo que é de ser reiteradamente repisado, se necessário à exaustão, o contido no art. 47 da Lei n. 11.101/2005.

Norteado de que, como destacado pela Doutrina de Rachel Sztajn, a *"função social da empresa presente na redação do artigo,*

> *indica, ainda, visão atual referentemente à organização empresarial, cuja existência está estribada na atuação responsável no domínio econômico, não para cumprir as obrigações típicas do Estado nem substituí-lo, mas sim no sentido de que, socialmente, sua existência deve ser balizada pela criação de postos de trabalho, respeito ao meio-ambiente e à coletividade e, nesse sentido é que se busca preservá-la. Ao se referir a estímulo à atividade econômica, está implícito o reconhecimento de que a empresa é uma das fontes geradoras de bem-estar social e que, na cadeia produtiva, o desaparecimento de qualquer dos elos pode afetar a oferta de bens e serviços, assim como a de empregos, por conta do efeito multiplicador da economia*".

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2012.011858-6, da comarca de Brusque (Vara Comercial), em que é agravante Buettner S/A - Indústria e Comércio (em recuperação judicial), e interessados Gilson Amilton Sgrott e outros:

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 18 de abril de 2013, com votos vencedores, os Exmos. Senhores Desembargadores Tulio Pinheiro e Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Funcionou como representante do Ministério Público, o Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça Dr. Jacson Corrêa.

Florianópolis, 22 de abril de 2013.

Paulo Roberto Camargo Costa

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Buettner S/A – Indústria e Comércio interpôs o presente Agravo de Instrumento, com pedido liminar, contra decisão da MM Juíza de Direito da Vara Comercial da comarca de Brusque que, nos autos da ação de recuperação judicial n. 011.11.003971-9, decretou a falência da Agravante, com fulcro nos arts. 56, § 4º; 73, III e parágrafo único; e 94, III, todos da Lei n. 11.101/2005.

Alegou que a análise da incidência, ou não, da regra do art. 45, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, restou preclusa, pois uma decisão anterior proferida pela Magistrada de 1º Grau já havia considerado que os votos dos credores com garantia real não poderiam ser computados, em razão da manutenção dos contratos originais; que "há que se concluir desnecessário fosse prevista no Plano uma 'data para quitação' dos credores integrantes da classe do art. 41, II, da LF – justamente o contrário, se o Plano não os abrange não procedendo em alteração do valor ou condições dos créditos, nem mesmo poderia haver tal previsão" (fl. 23); que "correta a exclusão do voto dos credores Previnorte, Cibrius, Fusesc, Celos, Aviser e Oliveira Trust, devendo ser reformada a decisão que entendeu pela supreendente e intempestiva validação dos votos, decretando a falência em razão da (inexistente) rejeição do Plano" (fl. 24).

Sustentou que a decretação de falência seria cabível apenas nas hipóteses elencadas nos incisos I a IV do art. 73 da Lei n. 11.101/2005, não tendo incorrido a Agravante em nenhuma delas, e que, mesmo tendo a Juíza a quo baseado-se no art. 73, parágrafo único, da referida Lei, a decisão não possui fundamento, pois para que a decretação de falência ocorra aos moldes desse parágrafo, é necessário que algum dos credores ajuíze novo pedido, "não sujeito aos efeitos da recuperação" (fl. 27), conforme menciona o art. 94, III, da Lei n. 11.101/2005.

Disse que "o aspecto discutido a respeito da dação em pagamento de imóveis à ZZA Securitizadora sempre se restringiu ao valor pelo qual foram recebidos os mesmos. Alegava-se, embora sem qualquer razão concreta, que o valor em questão teria sido muito inferior ao que efetivamente representariam os bens. O equívoco destas alegações foi sobradamente provado através da juntada do laudo de avaliação de fls. 3020/3107 dos autos do processo de origem, o qual foi realizado por empresa especializada. (...) Em resumo, o laudo em questão demontra que o valor quitado com os imóveis correspondente perfeitamente ao valor de mercado dos mesmos, não se podendo pretender vislumbrar aí qualquer fraude. Sobre as razões por que teria sido efetuada a dação, as mesmas, em primeiro lugar, não importam e não estão – porque não podem mesmo estar – sujeitas à avaliação do Juízo da recuperação, ... Tratando-se de créditos vencidos, podem ser eles pagos, a qualquer momento e por qualquer meio válido" (fls. 31-32); que "(...) De todo modo, nada obstante o caráter de gravidade que o Juízo pretende emprestar ao ato (dação), o que exsurge claro dos próprios termos da decisão é que não restou caracterizado o suporte fático de incidência da norma do art. 94, III, da Lei n. 11.101/2005" (fl. 35).

Argumentou que "a dação em pagamento operada não importou em alienação por valor vil. Logo, afasta-se, desde logo, a ideia de 'meio ruinoso'. Para consubstanciar esta assertiva a recuperanda apresentou laudo de avaliação dos imóveis,....A leitura do laudo em questão demonstra que o valor dos imóveis monta em R$ 5.838.001,00 (cinco milhões, oitocentos e trinta e oito mil e um reais). (...) De todo modo, deixando de lado as considerações a respeito da superavaliação dos imóveis, lembra-se que o débito satisfeito mediante a dação foi de R$ 4.378.915,73 (quatro milhões, trezentos e setenta e oito mil, novecentos e quinze reais e setenta e três centavos). (...) Observe-se, ao par disso, que o valor dos imóveis em questão representa percentual quase que insignificante em relação à totalidade do patrimônio da recuperanda, com o que, mesmo que tivessem sido

alienados a preço inferior ao que se considere como valor de mercado, de modo algum se haveria por caracterizada qualquer fraude – e menos ainda a hipótese prevista no art. 94, III, 'a', da Lei n. 11.101/2005)" (fls. 37-38).

Apontando informações e dados numéricos sobre a recuperação da empresa, a Agravante arguiu que "A recuperação, no caso concreto, vem atendendo de modo absolutamente satisfatório às suas finalidades de preservação da atividade e respectivos consectários. Não apenas foram mantidos postos de trabalho – novos vem sendo criados. Tudo isso revela que a atividade da recuperanda é viável e merece ser preservada, sendo oportuno registrar, finalmente, que, acima das conveniências de alguns poucos credores irresignados, coloca-se o interesse da expressiva maioria e, aqui, de significativa parcela da sociedade, induvidosamente beneficiada pela manutenção da atividade produtiva de uma empresa centenária, nacionalmente reconhecida e que vem dando mostras concretas de sua capacidade de recuperação" (fls. 42-43).

Requereu, por fim, atribuição de efeito suspensivo, o que foi indeferido pela relatora originária.

Lander, Petrobrás S/A e Fundação Celesc de Seguridade Social - CELOS e outros apresentaram contra-minuta (fls 533-537 e 538-549).

O Ministério Público, por seu representante, Exmo. Sr. Procurador de Justiça Dr. André Carvalho, opinou pelo conhecimento e provimento parcial do recurso para afastar a decretação da falência com fundamento no art. 94, III, da Lei n. 11.101/2005, "porquanto inadmissível a verificação do suposto ato de falência, com consequente pedido de falência direta, no mesmo feito da recuperação judicial" (fl. 599).

Informou a Agravante acerca da interposição de Mandado de Segurança n. 2012.023517-4, perante o Grupo de Câmaras de Direito Comercial, tendo o Relator, Exmo. Sr. Des. Rodrigo Antônio, deferido a liminar para conceder o efeito suspensivo ativo até o julgamento definitivo do *writ*.

Este é o relatório.

VOTO

Porque presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A Agravante levanta preliminar quanto à possibilidade de reexame, como efetivado pelo Juízo Agravado, em relação à contagem dos votos dos credores com garantia real; no mérito, insurge-se contra a decisão de convolação da recuperação judicial em falência, sob os dois aspectos: a) dação em pagamento a uma securitizadora credora; b) inconformismo no tocante ao tratamento dado pelo Juízo de Primeiro Grau no tocante à questão dos votos dos credores protegidos por garantia real.

Em razão disso, procederei ao exame de forma destacada.

Da preclusão em relação à contagem dos votos dos credores com garantia real na Assembléia Geral de Credores (AGC):

Alegou a Agravante que a análise da incidência, ou não, da regra do art. 45, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, restara preclusa por força de uma decisão anterior proferida pela Magistrada de 1º Grau, que já havia considerado que os votos dos credores com garantia real não poderiam ser computados, em razão da manutenção dos contratos originais; que "há que se concluir desnecessário fosse prevista no Plano uma 'data para quitação' dos credores integrantes da classe do art. 41, II, da LF – justamente o contrário, se o Plano não os abrange não procedendo em alteração do valor ou condições dos créditos, nem mesmo poderia haver tal previsão" (fl. 23).

De acordo com a decisão de fls. 217-219, a Magistrada de 1º Grau reconheceu, inicialmente, que "o credor só poderá votar em relação ao plano de recuperação se por ele for atingido. Como relatado na ata da as-

sembléia, os votos dos credores com garantia real não foram computados, porque o plano de recuperação colocado em votação manteve inalterados os contratos originais (fls. 2315, item 6.1). Nestes termos, não se verifica equívoco ou irregularidade".

Todavia, numa outra decisão, a agora agravada, entendeu a Magistrada a quo que "a hipótese legal se enquadraria nos casos em que as cláusulas da obrigação estejam em vigência durante o trâmite da recuperação judicial, o que não se reflete no caso em análise. Seria o caso de um credor que realizou acordo com a empresa devedora para receber o pagamento da dívida em trinta e seis parcelas de mil reais. Ainda nos primeiros doze meses de pagamento, a devedora consegue o deferimento do processamento da recuperação judicial e, posteriormente, apresenta plano de recuperação cuja dívida com referido credor permanece nas mesmas condições originalmente fixadas. Ou seja, como ainda tem parcelas a vencer, continuaria recebendo seu crédito na forma anteriormente delineada. (...) Trata-se de uma questão lógica considerar que as condições originais de pagamento dos créditos a elas devidos não têm como ser mantidas pelo plano de recuperação apresentado em AGC. Efetivamente, a situação em apreço constituiu uma tentativa de eliminar o poder de voto dos credores com garantia real, mas após detida análise das circunstâncias que envolvem o caso, vê-se que é inaceitável a postura da recuperanda" (fl. 76).

Na conformidade do Plano de Recuperação Judicial de Buettner S/A, os credores definidos no art. 41 da Lei n. 11.101/2005 (I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; *II – titulares de créditos com garantia real;* III – titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados), foram designados como "Credores Concursais" (fl. 350, grifei).

E, "com o objetivo de reestruturar a atividade produtiva, empregar inteligentemente os ativos e ordenar de modo mais eficiente a satisfação

dos créditos" (fl. 355), a Recuperanda propôs a constituição de uma sociedade, em conjunto com os credores, denominada "Sociedade Subsidiária Operacional Têxtil", na qual seu capital seria subscrito pelos "Credores Concursais", Credores Aderentes e pela própria Buettner S/A (cláusula 3.2.2.1., fl. 355).

Porém, aos credores apontados na referida cláusula "3.2.2.1." que "não desejam subscrever o capital social da Sociedade Subsidiária Operacional Têxtil, serão emitidas debêntures, em 03 (três) principais séries distintas – 'A', 'B' e 'C'. Para cada R$ 1,00 (um real) de crédito será emitida 01 (uma) debênture" (fl. 366).

Aos Credores Concursais foi definido que seriam emitidas debêntures Série 'B', que dariam direito a: "i. Participação nos lucros nas mesmas condições das ações ordinárias da Classe 'A'; ii. Resgate: as debêntures Série 'B' serão resgatáveis ao fim do prazo de 05 (cinco) anos da respectiva emissão, ao preço de R$ 0,01 (um centavo de real) por lote de 1.000 (uma mil) debêntures; iii. Conversibilidade: as debêntures Série 'B' não serão conversíveis em ações; iv. As debêntures Série 'B' serão da espécie quirografária" (cláusula 3.2.2.7.2., fl. 368).

Todavia, após realizada a AGC, o Administrador Judicial informou que foram realizadas alterações no Plano de Recuperação Judicial de Buettner S/A, sendo que as cláusulas "3.2.2.1." e "3.2.2.7.2." tornaram-se sem efeito (cláusula III, fl. 418); bem como que, os credores com garantia real, não tiveram as "condições originais de pagamento do seu crédito" alteradas (cláusula 6, fl. 465).

Menciona o art. 471 do CPC:

> "Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

> *I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;*
>
> II - nos demais casos prescritos em lei" (grifei).

Segundo entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça, "há certas relações jurídicas sucessivas que nascem de um suporte fático complexo, formado por um fato gerador instantâneo, inserido numa relação jurídica permanente. Ora, nesses casos, pode ocorrer que a controvérsia decidida pela sentença tenha por origem não o fato gerador instantâneo, mas a situação jurídica de caráter permanente na qual ele se encontra inserido, e que também compõe o suporte desencadeador do fenômeno de incidência. Tal situação, por seu caráter duradouro, está apta a perdurar no tempo, podendo persistir quando, no futuro, houver a repetição de outros fatos geradores instantâneos, semelhantes ao examinado na sentença. Nestes casos, admite-se a eficácia vinculante da sentença também em relação aos eventos recorrentes. Isso porque o juízo de certeza desenvolvido pela sentença sobre determinada relação jurídica concreta decorreu, na verdade, de juízo de certeza sobre a situação jurídica mais ampla, de caráter duradouro, componente, ainda que mediata, do fenômeno de incidência. Essas sentenças conservarão sua eficácia vinculante enquanto se mantiverem inalterados o direito e o suporte fático sobre os quais estabeleceu o juízo de certeza" (REsp 686058 / MG, Relator Ministro LUIZ FUX, Relator p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, julgado em 19/10/2006, DJ 16/11/2006 p. 220, RDDP vol. 48 p. 143).

E mais, "(...) também quanto às relações jurídicas sucessivas, a regra é a de que as sentenças só têm força vinculante sobre as relações já efetivamente concretizadas, não atingindo as que poderão decorrer de fatos futuros, ainda que semelhantes".

Como se vê, tendo o Plano de Recuperação Judicial de Buettner S/A alterado as condições de pagamento dos credores com garantia real,

inclusive com provável supressão desta garantia, era cabível à Magistrada *a quo* realizar, naquele momento, uma análise da matéria referente à necessidade ou não da declaração de votos dos credores com garantia real.

E, como o Plano de Recuperação Judicial, após as alterações pela AGC, manteve as "condições originais de pagamento do seu crédito" relativas aos credores com garantia real (cláusula 6, fl. 465), e como pleitearam os credores com garantia real constasse em ata seus inconformismos com a decisão do Administrador Judicial de desconsiderar os votos dessa classe, inclusive suas presenças para efeito de quorum,, ensejado foi, com isso, o exame da questão pela Magistrada de 1º Grau, para decidir se homologava o Plano de Recuperação ou convolava a recuperação judicial em falência. E tanto isso foi, que a Magistrada a quo utilizou-se, como fundamentação para decretação da falência, o não conformismo dos credores com garantia real, que restou registrado em ata sa Assembléia Geral de Credores.

Sob tais circunstâncias, como a Magistrada de Primeiro Grau foi provocada para reexaminar a questão, ante situação fática nova, afasto a alegação de preclusão em relação à questão quanto à contagem dos votos de credores com garantia real na Assembléia Geral de Credores (AGC).

Da convolação da recuperação judicial em falência:

O decreto de falência sustentou-se em dois fundamentos: **a)** dação em pagamento realizada à ZZA Securitizadora entendida como prática de ato de falência (item "e", fl. 96**); b)** validade dos votos dos credores garantidos, computados para rejeição do plano de recuperação judicial (item "a", fl. 96).

Quanto ao primeiro fundamento – a) dação em pagamento realizada à ZZA Securitizadora **–** a Agravante, a seu turno, entende que a decretação de falência seria cabível apenas nas hipóteses elencadas nos incisos I

a IV do art. 73 da Lei n. 11.101/2005, não tendo incorrido a Agravante em nenhuma delas, e que, mesmo tendo a Juíza a quo baseado-se no art. 73, parágrafo único, da referida Lei, a decisão não possui fundamento, pois para que a decretação de falência ocorra aos moldes desse parágrafo, é necessário que algum dos credores ajuíze novo pedido, "não sujeito aos efeitos da recuperação" (fl. 27), conforme menciona o art. 94, III, da Lei n. 11.101/2005.

É cediço que as hipóteses de convolação da recuperação judicial em falência são aquelas taxativamente estabelecidas pelo art. 73 da Lei n. 11.101/2005, vejamos:

> "Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial:
>
> I – por deliberação da assembléia-geral de credores, na forma do art. 42 desta Lei;
>
> II – pela não apresentação, pelo devedor, do plano de recuperação no prazo do art. 53 desta Lei;
>
> III – quando houver sido rejeitado o plano de recuperação, nos termos do § 4º do art. 56 desta Lei;
>
> IV – por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61 desta Lei.
>
> Parágrafo único. O disposto neste artigo não impede a decretação da falência por inadimplemento de obrigação não sujeita à recuperação judicial, nos termos dos incisos I ou II do caput do art. 94 desta Lei, ou por prática de ato previsto no inciso III do caput do art. 94 desta Lei."

Também há possibilidade de ser requerida a decretação da falência nas hipóteses do art. 94, *in verbis*:

> "Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:
>
> I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;

> II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal;
>
> III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:
>
> *a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;*
>
> b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;
>
> c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;
>
> d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;
>
> e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;
>
> f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;
>
> g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial. (...)." (grifei).

De outra parte, não se desconhece que a empresa Recuperanda formalizou, por escritura pública, dação em pagamento em favor da empresa ZZA Securitizadora, tão logo proposta sua recuperação judicial.

Tal ato poderia ser tido, até, em tese, como abuso de direito do devedor, ou mesmo como um possível plano arquitetado para fraudar os credores antes da recuperação judicial, haja vista celebrado pelo expressivo valor de R$ 4.378.915,73 (quatro milhões, trezentos e setenta e oito mil, novecentos e quinze reais e setenta e três centavos).

Porém, como leciona MARIO SERGIO MILANI, o "parágrafo único do art. 73 veicula hipóteses de decretação direta da falência do devedor, e não de convolação da recuperação judicial em falência" (Lei de recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência comentada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 304).

Não diverge desse posicionamento doutrinário ANDRÉ FERNANDES ESTEVEZ, ao destacar que, "se o art. 94 encerra apenas hipóteses em que a falência pode ser pedida em ação própria (denominado pedido de falência), mesmo que se reconheça de forma inequívoca que o devedor planejou atos para fraudar seus credores (antes ou durante a recuperação judicial), descabe a convolação da recuperação judicial em falência, porque a consequência somente poderia ser extraída em razão da incidência de alguma das hipóteses mencionadas no art. 73 da Lei de Falências, todas elas inaplicáveis ao caso em comento" (Revista Síntese. Direito Empresarial. Ano V – n. 26 – maio/jun 2012, p. 13).

O primeiro Doutrinador retro invocado, traz a lume a seguinte observação de ordem prática feita por MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO:

> "Observe-se ainda que, enquanto os autos de requerimento de falência, feito com fundamento no parágrafo único, estiverem em andamento, os autos da recuperação judicial também estarão em adamento normal. Quando – e se – vier a ser decretada a falência nestes autos em apartado, a sentença deverá ser juntada por cópia aos autos da recuperação e por lá prosseguirá no andamento da falência. Os autos originais nos quais foi decretada a falência poderá ser remetidos ao arquivo, pois nada mais haverá a ser feito neles (Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada. Lei n. 11.101, de 9.2.2005, comentário artigo por artigo, cit., 3ª ed., p. 188)" (op. cit., p. 304).

Dessa forma, pedido de falência, baseado no disposto no art. 94, III, da Lei 11.101/2005, deve ser formalizado em processo autônomo e paralelo à recuperação judicial, para que, ao final, observado o procedi-

mento específico, aí sim, possa eventualmente ser decretada a falência, se os elementos de convicção assim determinarem.

A respeito, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

> "FALÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO QUE CONVOLA RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM FALÊNCIA. FRAUDE. NÃO DEMONSTRADA EM PROCESSO LEGAL. APURADOS FATOS QUE POSSAM INCIDIR NO ART. 94, III, DA LEI 11.101/2005, EM PROCESSO AUTÔNOMO E PARALELO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL É QUE DEVERÁ SER PROCEDIDO E, A FINAL, DECRETADA A FALÊNCIA. SOMENTE OS CASOS PREVISTOS NOS INCISOS I A IV DO ART. 73 DA LEI 11.101/2005 É QUE PERMITEM OS CASOS DE CONVOLAÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM FALÊNCIA.
>
> Em princípio, decisão que convola em falência recuperação judicial, sob fundamento de fraude baseada em prova realizada sem o crivo da ampla defesa e do contraditório, inobserva os princípios do devido processo legal, violando o art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição federal de 1988. Tal violação poderá levar a final, à revogação da sentença de falência e ao restabelecimento do processamento da recuperação judicial.
>
> As repercussões da quebra, com a cessação de funcionamento de três (3) supermercados e dois (2) postos de combustíveis, trarão repercussões diversas da finalidade da lei da recuperação, que visa à preservação das empresas e a função social que exercem nas cidades de Carazinho e Palmeira das Missões, bem como o estímulo à atividade econômica (art. 47 da Lei 11.101/2005).
>
> Ademais, conforme a doutrina Manoel Justino Bezerra Filho (Lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101/2005: comentário artigo por artigo - 6ª. Ed. Revista atualizada. São Paulo editora revista dos Tribunais, 2009, pp.. 174/175), os casos de convolação de uma recuperação judicial em falência, são só os casos previstos nos incisos I a IV do art. 73 da Lei 11.101/05. *Apurados fatos que possam fazer incidir o disposto no art. 94, III, da mesma lei, conforme decidiu a magistrada "a quo", em processo autônomo e paralelo à recuperação judicial é que deverá ser procedido e, a final, decretada a falência.*

> DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME."
>
> (Agravo de Instrumento n. 70044829117, Relator Des. Luís Augusto Coelho Braga, Sexta Câmara Cível, julgado em 16.02.2012).

Merece, portanto, sob tais condições, provimento o recurso no ponto.

No tocante ao segundo fundamento – b) validade dos votos dos credores garantidos, computados para rejeição do plano de recuperação judicial –, a Agravante alega que seria "*correta a exclusão do voto dos credores, devendo ser reformada a decisão que entendeu pela supreendente e intempestiva validação dos votos, decretando a falência em razão da (inexistente) rejeição do Plano*" (fl. 24).

Com relação aos votos dos credores com garantia real, menciona o art. 45 da Lei n. 11.101/2005, *in verbis:*

> "Art. 45. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta.
>
> § 1º Em cada uma das classes referidas nos incisos II e III do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada por credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia e, cumulativamente, pela maioria simples dos credores presentes.
>
> § 2º Na classe prevista no inciso I do art. 41 desta Lei, a proposta deverá ser aprovada pela maioria simples dos credores presentes, independentemente do valor de seu crédito.
>
> § 3º O credor não terá direito a voto e não será considerado para fins de verificação de quorum de deliberação se o plano de recuperação judicial não alterar o valor ou as condições originais de pagamento de seu crédito".

Assim como visto acima, apesar do Plano de Recuperação Judicial de Buettner S/A ter alterado as condições de pagamento dos credores com garantia real (fl. 368), após a realização de algumas modificações, a Assembleia Geral de Credores manteve as "*condições originais de pagamento do seu crédito*" relativas aos credores com garantia real (cláusula 6, fl. 465).

Dessa forma, observada a regra apontada no § 3º do art. 45, credores com garantia real não teriam direito a voto e não seriam considerados para fins de quorum de deliberação na AGC.

MOACYR LOBATO adverte que, "Nas deliberações de interesse exclusivo de cada classe, somente os que a integram poderão votar e, naquelas que implicarem restrição ou supressão de direitos, garantias ou vantagens de uma determinada classe, a aprovação exigirá maioria absoluta dos créditos daquela classe" (Falência e Recuperação, Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007, p.122).

Além disso, não comprovaram os credores com garantia real que, mesmo com a manutenção das condições originais de pagamento e do valor dos seus créditos, o Plano de Recuperação Judicial aprovado pelas demais classes de credores lhes acarretaria prejuízos. Ou ainda, que o Plano de Recuperação Judicial não operaria com rentabilidade suficiente a satisfazer os encargos assumidos, colocando em risco também o cumprimento das obrigações com garantia real.

Não se diga, como efetivado em memorial entregue por credores com garantia real, que trata-se de dívida vencida e não paga, o que justificaria a convolação em falência.

Ora, como já foi visto, o não pagamento de dívida líquida e certa no seu termo, sem relevante razão de direito, é hipótese de fundamentação de pedido direto de falência, e não de convolação de recuperação judicial em quebra.

Além do que, a renitente insistência em ver decretada a falência da Agravante repercute como utilização do procedimento de execução coletiva como sucedâneo de cobrança individual, o que deve ser repelido, como já Decidiu Nosso Tribunal de Justiça:

> "A ação de quebra não é substitutiva da ação de cobrança, impondo-se denegado o seu processamento quando a própria credora deixa entrever

> tê-la utilizado para haver o crédito que tem. Essa forma coercitiva de cobrança não é de ser admitida, ainda que detenha a credora título executivo protestado e tenha esgotado todos os meios suasórios para ver implementado seu crédito.'(Ap. Cív. nº 00.023461-3, de Criciúma, Rel. Des. Trindade dos Santos)."
>
> (Apelação Cível n. 2002.008570-2, de São João Batista, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz,j. em 10.02.2005)

Desta Câmara inclusive:

> "APELAÇÃO CÍVEL – PEDIDO DE FALÊNCIA – EXTINÇÃO PELO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU – DESVIO DE FINALIDADE – PRETENSÃO DE COBRANÇA DE DÉBITO – ALEGAÇÕES EM SEDE RECURSAL NÃO DISCUTIDAS DURANTE O FEITO – INOVAÇÃO – NÃO CONHECIMENTO – SENTENÇA MANTIDA – DESPROVIMENTO.
>
> O pedido de decretação de falência, pela gravidade de que se reveste, deve ser cuidadosamente analisado, a fim de impedir que os credores utilizando-se dessa forma extraordinária de execução optem por tal medida apenas para cobrar seus créditos, desvirtuando o instituto."
>
> (Apelação cível n. 2007.010586-8, de Gaspar, Relator Des. Alcides Aguiar, j. em 19.04.2007).

Cabe realçar, por outro lado, com relação ao quorum da AGC para aprovação do Plano de Recuperação, o prescrito pelo art. 58 da Lei n. 11.101/2005:

> "Art. 58. 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.
>
> § 1º O juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em plano que não obteve aprovação na forma do art. 45 desta Lei, desde que, na mesma assembléia, tenha obtido, de forma cumulativa:
>
> I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes;

> II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes com credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;
>
> III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 desta Lei.
>
> § 2º A recuperação judicial somente poderá ser concedida com base no § 1º deste artigo se o plano não implicar tratamento diferenciado entre os credores da classe que o houver rejeitado."

De acordo com o documento de fl. 467, as três classes referidas no art. 58 compõem o quadro geral de credores, sendo que duas delas aprovaram o Plano.

Na classe dos quirografários, 81,06% dos presentes, representando 57,38% dos créditos nessa classe, votaram favoravelmente.

Quanto aos créditos trabalhistas, 100% dos presentes, representando 100% da dívida nessa classe, também aprovaram.

Vê-se, portanto, que nas duas classes votantes atingiu-se o quorum necessário, pelo percentual de 59,43% dos créditos presentes à Assembleia, conforme demonstra o quadro.

Não foram contabilizados os votos dos credores com garantia real, frente ao permissivo do § 3º do art. 45 da Lei n. 11.101/2005, hipótese de incidência já examinada.

De outra parte, ainda que se possa entender incidente o art. 58 da Lei Falimentar, e que uma interpretação mais restritiva do dispositivo levaria à conclusão de que o seu inciso III indicaria a não satisfação dos requisitos para o deferimento da Recuperação Judicial nos ternos do § 1º, mesmo assim a hipótese negativa deve ser afastada.

Isso porque, tal não deve ser impeditivo para a homologação do plano pois, no dizer de LUIZ IGNÁCIO VIGIL, "*Não obstante, o magistrado*

tem o poder de impor o plano, evitando o decreto falencial, se reconhecer o desempenho de função social pela empresa em crise. (...) Logo, a imposição do plano rejeitado pelos credores em assembléia não constitui um ato de vontade absoluta do juiz, mas vinculado a alguns critérios objetivos. (...) Na idéia de função social, adotou-se o princípio de relevância do ente econômico em seu contexto social. Dessa forma, a função social não se mede por atividades sociais ou filantrópicas, mas pela importância da empresa no contexto de sua operação econômica, nacional, estadual regional ou local, na geração de empregos e riqueza. (Teoria falimentar e regimes recuperatórios: estudos sobre a Lei n. 11.101/2005, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 172-173)" (citado por Mario Sergio Milani, op. cit., p. 266).

E aqui fere-se posicionamento, que repercute como desarrazoado, de credores que têm seus créditos protegidos por garantia real, e se posicionam de forma a prejudicar os demais credores que não têm seus créditos sob proteção, como aqueles estão. Com isso, a persistir seus intentos, lançarão a empresa, e seus empregados, às nefastas conseqüências da falência, proceder, portanto, que se afasta totalmente da noção de razoabilidade.

A questão, à partir desse enfoque, não deve ser analisada tão só "*sob o prisma do direito intertemporal mera e simplesmente, mas pela ótica da nova ordem constitucional*", conforme orientação do Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (STJ, REsp 1023172/SP, Quarta Turma, julgado em 19/04/2012, DJe 15/05/2012), que pode ser invocada na situação fática destes autos, tendo-se presente as disposições dos arts. 170, I, e 174, da Constituição da República.

Sob esse aspecto, cabe destacar do voto do Insigne Ministro:

> "Com efeito, a Constituição da República consagra a proteção à preservação da empresa por duas razões basilares: (i) é forma de conservação da propriedade privada; (ii) é meio de preservação da sua função social, ou seja, do papel sócio-econômico que ela desempenha

> junto à sociedade em termos de fonte de riquezas e como ente promovedor de empregos.
>
> Assim, o princípio da preservação da empresa cumpre a norma maior, refletindo, por conseguinte, a vontade do poder constituinte originário.
>
> É nessa linha o magistério de Ricardo Negrão, segundo o qual, 'das normas constitucionais decorre o objetivo da tutela recuperatória em juízo: atender à preservação da empresa, mantendo, sempre que possível, a dinâmica empresarial em três aspectos fundamentais: fonte produtora, emprego dos trabalhadores e interesses dos credores'. (Manual de Direito Comercial e de Empresa. São Paulo: Saraiva, volume 3, 2007, p. 125)".

Dessa forma, há que se afirmar o princípio inscrito no art. 47 da Lei de Quebras, relembrando-se que "*A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica*".

De cabida a observação de FREDERICO AUGUSTO MONTE SIMIONATO, doutrinador citado por Mario Sergio Milani, que "*Os magistrados devem se atentar que reside aqui, no art. 47 da nova lei, a fonte de interpretação e aplicação do novo direito falimentar, como norma definidora de deveres, funções e paradigmas de hermenêutica jurídica, fazendo valer o interesse público sobre o interesse individual dos credores, repercutindo sobre a análise da viabilidade econômica do plano de recuperação judicial*" (*Tratado de direito falimentar, Rio de Janeiro, forense, 2008, p. 122*)" (op. cit., p. 198-199).

Dessa forma, há que prevalecer o interesse público, sobre o particular que revele refugir ao princípio da razoabilidade em seu posicionamento.

Poder-se-ia objetar, ainda, que outros aspectos também levaram a Magistrada de 1º Grau à conclusão de que seria o caso de decretação da falência da empresa Buettner S/A, que transcrevo: "*Para fazer frente*

a tanto esforço por parte dos detentores dos créditos, e da sociedade em geral, uma vez que até o Fisco se submete aos efeitos recuperação judicial, a devedora deve demonstrar, de forma inequívoca, a seriedade com que trata dos problemas enfrentados, devendo apresentar soluções adequadas e atuar com a mais ampla transparência. Resta a convicção deste juízo a empresa devedora busca adiar o pagamento das dívidas e ao final do processo eliminar boa parte das mesmas, se não quitadas, uma vez que os créditos quirografários foram substituídos por bonds *no valor de R$ 1,00, independentemente de seu crédito, cuja remuneração deverá ser realizada com base no lucro líquido da empresa (alterações do plano de recuperação de fls. 2313 a 2315). Conforme a prestação de contas do administrador judicial a empresa apresenta elevados valores em estoque, mas fluxo de caixa negativo, o que por si só já implica em limitações ao pagamento dos credores. Tudo isso, ao mesmo tempo em que a mesma empresa que detém a propriedade da marca e também controla a devedora recebe os pagamentos dos royalties, os quais aparentemente só em data recente começaram a ser pagos. Assim, fica demonstrado que não obstante a pujança da devedora há sérias razões para questionar o pagamento dos credores segundo a fórmula proposta. Ao mesmo tempo em que o juízo não deve interferir diretamente nas negociações entre a recuperanda e os credores, o Judiciário também não pode e nem deve chancelar a realização de uma recuperação judicial apenas formal, cujos requisitos legais foram em tese respeitados*" (fls. 95-96).

Mas não se pode desprezar as apontadas informações e dados numéricos efetivados pela Agravante, quanto à recuperação da empresa, quando destaca que "*A recuperação, no caso concreto, vem atendendo de modo absolutamente satisfatório às suas finalidades de preservação da atividade e respectivos consectários. Não apenas foram mantidos postos de trabalho – novos vem sendo criados. Tudo isso revela que a atividade da recuperanda é viável e merece ser preservada, sendo oportuno registrar, finalmente, que,*

acima das conveniências de alguns poucos credores irresignados, coloca-se o interesse da expressiva maioria e, aqui, de significativa parcela da sociedade, induvidosamente beneficiada pela manutenção da atividade produtiva de uma empresa centenária, nacionalmente reconhecida e que vem dando mostras concretas de sua capacidade de recuperação" (fls. 42-43).

No caso concreto, trata-se de uma empresa centenária no mercado têxtil e que, em razão de diversos problemas financeiros, não consegue, na atualidade, manter uma gestão financeira saudável.

Princípio básico da Lei de Recuperação de Empresas e Falência, e seu escopo, é a preservação da empresa, especialmente diante dos interesses que giram em torno dela, pelo que repiso, se necessário à exaustão, o princípio inscrito pelo art. 47 da Lei n. 11.101/2005, *in verbis*: "*A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica*".

Na lição de RACHEL SZTAJN, "*O artigo fundamenta a opção política legislativa no que se relaciona à recuperação judicial de empresas em crise econômica ou financeira. Em economias de mercado, a redução de custos de transação constitui exigência da sociedade. A atividade econômica gera empregos, renda e riqueza e sua destruição a perda de benefícios que são distribuídos na sociedade na forma de bem-estar. A alocação de recursos escassos na economia, de outro lado, tem no sistema falencial, o instrumento que, ao prever a reorganização das sociedades (empresas em crise), ou a venda de ativos em bloco, por exemplo, estabelecimento, e, como opção derradeira, a liquidação do negócio, hierarquiza, no plano da política legislativa, as alternativa que produzam a maximização na alocação dos recursos existentes ou criados na sociedade*" (Comentários à Lei de

recuperação de empresa e falência: Lei 11.101/2005. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 222-223).

E complementa, "*A função social da empresa presente na redação do artigo, indica, ainda, visão atual referentemente à organização empresarial, cuja existência está estribada na atuação responsável no domínio econômico, não para cumprir as obrigações típicas do Estado nem substituí-lo, mas sim no sentido de que, socialmente, sua existência deve ser balizada pela criação de postos de trabalho, respeito ao meio-ambiente e à coletividade e, nesse sentido é que se busca preservá-la. Ao se referir a estímulo à atividade econômica, está implícito o reconhecimento de que a empresa é uma das fontes geradoras de bem-estar social e que, na cadeia produtiva, o desaparecimento de qualquer dos elos pode afetar a oferta de bens e serviços, assim como a de empregos, por conta do efeito multiplicador da economia*" (op. cit.,p. 223).

Outro não é o alerta de MARIO SERGIO MILANI quando esclarece que "*o juiz, ao examinar quaisquer das hipóteses de convolação supracitadas, deve fazê-lo com temperança, à luz do art. 47, que veicula comando teleológico de vital importância na interpretação e aplicação do instituto da recuperação judicia*l". Pelo que complementa que "*o juiz, ao se debruçar sobre questões derivadas do instituto da recuperação judicial, deverá promover a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica*" (op cit., p. 304).

Sob orientação de tais princípios, e fundamentos acima esposados, tenho como observados os requisitos previstos na Lei de Falência e Recuperação de Empresas, quando da aprovação do Plano de Recuperação em Assembleia Geral de Credores, merecendo provimento, em conseqüência, o recurso, também nesse ponto.

Frente a tais condições, em conclusão, no caso concreto, o procedimento quanto à recuperação judicial deve ter sua fluência normal, com a

homologação, ou não, do pedido em Primeiro Grau de Jurisdição, sendo que o indeferimento só poderá se sustentar em outros fundamentos que não aquele ensejador de pedido de falência, nunca afastados os princípios e objetivos que sustentam a recuperação judicial.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para cassar a decisão agravada, nos pontos em que decretou a falência, e determinar o prosseguimento do feito como postulado.

Prevalente essa posição que esposei, comunique-se ao Eminente Relator do Mandado de Segurança n. 2012.023517-4, do Colendo Grupo de Câmaras de Direito Comercial, a decisão desta Câmara.

Este é o voto.

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2011.035188-4, de Balneário Camboriú

Relator: Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva

Apelação cível. Ação de preceito cominatório c/c indenização. Sentença de procedência em parte. Conflito entre a denominação da requerente e o nome de fantasia da requerida, bem como entre as marcas posteriormente registradas no Instituto Nacional da Pesquisa Industrial – INPI. Colidência que não pode ser dirimida exclusivamente com base no critério da anterioridade e na regra inserta no artigo 129 da Lei de Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/96). Necessidade de comprovação de ofensa ao direito de propriedade e de efetiva confusão no mercado. Documentos encartados nos autos que demonstram que a ré utilizava a expressão fantasia "Sacolão 5ª Avenida" antes mesmo da postulante alterar seu nome empresarial para "O Sacolão da Quinta Avenida Ltda ME. Marca concedida anteriormente à demandante, pela autarquia federal, sem a observância de pressupostos essenciais (novidade relativa, ausência de colisão com sinal notoriamente conhecido e desimpedimento). Desrespeito, ademais, a requisito de não registrabilidade (artigo 124, V, da legislação marcária). Atuação das empresas litigantes no mesmo ramo de atividade (comercialização de frutas, verduras e legumes) e no mesmo âmbito geográfico (5ª Avenida, em Balneário Camboriú/SC). Evidente prejuízo aos consumidores que, no entanto, não foi gerado pela ré/apelante. Sentença reformada, para julgar improcedente o pedido. Derrota plena da autora, que deve arcar com a integralidade das despesas do processo e dos

honorários advocatícios. Recurso provido. Contrarrazões. Alegada litigância de má-fé da recorrente. Pleito prejudicado em razão do resultado do julgamento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.035188-4, da comarca de Balneário Camboriú (1ª Vara Cível), em que é apelante Marcos Orlando Laurentino & Companhia Ltda. ME, e é apelada O Sacolão da Quinta Avenida Ltda. ME:

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, à unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Paulo Roberto Camargo Costa, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Tulio Pinheiro.

Florianópolis, 11 de abril de 2013.

Ronaldo Moritz Martins da Silva

RELATOR

RELATÓRIO

Perante o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Balneário Camboriú, O Sacolão da Quinta Avenida Ltda. - ME propôs "ação cominatória de não fazer" (processo n. 005.09.017600-0) em face de Marcos Orlando Laurentino & Companhia Ltda. - ME, objetivando, em antecipação de tutela, a abstenção por parte da requerida da utilização da expressão "Quinta Avenida" ou "5ª Avenida" em seu estabelecimento comercial, cartões de visita e qualquer outro meio de propaganda e, ao final, a retirada do aludido nome fantasia do contrato social da ré, registrado

perante a Junta Comercial, além do ressarcimento pelos danos que alega ter sofrido oriundos do uso indevido de sua marca (fls. 02/21).

A análise do pleito liminar foi remetida para a fase posterior a apresentação de contestação (fl. 91).

Citada (fls. 95/96), a demandada respondeu (fls. 97/111), opondo resistência à pretensão da demandante. Requereu a suspensão do feito, em razão de pedido administrativo formulado perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial de nulidade de registro de marca.

A MMa. Juíza de Direito Substituta, Dra. Mônica Bonelli Paulo, prolatou a sentença de fls. 207/215, cujo dispositivo foi assim redigido:

> *ANTE O EXPOSTO, julgo procedentes em parte* os pedidos formulados na exordial, com fulcro no art. 269, I, do CPC, para o fim de determinar que a requerida se abstenha de utilizar a expressão *"Quinta Avenida"* ou *"5ª Avenida"* em seu estabelecimento comercial, cartões ou qualquer outro meio de propaganda, e por conseguinte, promova a alteração do nome fantasia levado a registro perante a Junta Comercial (Sacolão 5ª Avenida), para que não coincida com a marca registrada pela autora, no prazo de 30 (trinta) dias. Em caso de atraso no cumprimento da decisão, arbitro multa diária no valor de R$ 300,00 (trezentos reais).
>
> Outrossim, satisfeitos os requisitos do art. 273, do CPC, *concedo a antecipação da tutela* pretendida pela autora, determinando a imediata intimação da ré para que se abstenha de utilizar a expressão *"Quinta Avenida"* ou *"5ª Avenida"* em seu estabelecimento comercial, cartões ou qualquer outro meio de propaganda, sob pena de aplicação de multa diária no valor de R$ 300,00 (trezentos reais), em caso de descumprimento da ordem.
>
> Tendo sido cada parte vencedora e vencida, deverão suportar o pagamento das despesas processuais na proporção de 40% para a autora e 60% para a requerida, além dos honorários advocatícios da parte adversa que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa ao procurador da autora, e na quantia de R$ 2.000,00 (dois mil reais) ao procurador da requerida, ex vi art. 20, §§3º e 4º c/c 21 do CPC.
>
> P. R. I.

Inconformada, a ré apelou (fls. 220/241), sustentando, em síntese, que o *decisum* está em desacordo com o artigo 129, § 1º, da Lei n. 9.279/1996, tendo em vista que, desde a sua constituição e assentamentos fiscais, a requerente/apelada não utilizava, sequer como slogan, a expressão "*'5ª ou Quinta Avenida' ou suas variações [...]*" (fl. 234), não fazendo, assim, *jus* ao seu uso de forma exclusiva.

Postulou, em antecipação dos efeitos da tutela recursal, a suspensão da ordem judicial de abstenção de uso da referida marca, até decisão definitiva a respeito da *quaestio* ou, alternativamente, a cassação do *decisum* com a remessa dos autos ao Juizo singular, para que seja realizada audiência de instrução e julgamento, visando a "*comprovação das provas necessárias a prestação da correta prestação jurisdicional*" (fl. 241).

Intimada (fl. 248), a recorrida ofereceu contrarrazões (fls. 258/276) e requereu a condenação da apelante por litigância de má-fé.

Em petição protocolada nesta Corte, em 04.09.2012, a requerida/recorrente informou que, no dia 14.08.2012, seu pedido de registro da marca "Sacolão da 5ª Avenida" perante o INPI foi deferido (fl. 324).

Às fls. 334/339, a autora/apelada manifestou-se.

Esse é o relatório.

VOTO

O recurso é tempestivo (fls. 219/220v.) e o preparo foi devidamente efetuado (fls. 242/243).

Como relatado, a requerente ajuizou ação de preceito cominatório, objetivando que a empresa ré se abstivesse de utilizar a expressão "Quinta Avenida" ou "5ª Avenida" em seu estabelecimento comercial, cartões de

visita e qualquer outro meio de propaganda, e retirasse o aludido nome de fantasia do seu contrato social.

Extrai-se dos autos que a postulante, inicialmente denominada "Gelásio Schimitt e Cia Ltda.", foi criada em 10.04.2001, com sede na 5ª Avenida, no município de Balneário Camboriú/SC, para explorar o ramo de "*comércio varejista de frutas e verduras, mercearia*", sendo que o seu registro na Junta Comercial ocorreu em 07.05.2001 (fls. 114/116).

Em 14.04.2009, houve a primeira alteração contratual da demandante, ocasião em que seu nome empresarial passou a ser "O Sacolão da Quinta Avenida Ltda. ME", mantendo o seu nome de fantasia "Sacolão de Frutas e Verduras Schmitt", com o devido registro no órgão estadual no dia 25.05.2009 (fls. 24/29).

O documento acostado à fl. 89 certifica, na data de 10.11.2009, o registro à autora da marca nominativa - "O Sacolão da Quinta Avenida" - pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI, sob o n. 900343915, classe *"NCL (9): 35",* sem direito ao uso exclusivo do termo "*O Sacolão da*".

As fotos juntadas com a exordial, datadas de 2008/2009 (fls. 42/45, 47/48 e 52/53), bem como o cartão de visita de fl. 50 e a "ordem de serviço" de fl. 49, demonstram a utilização, por parte da requerida, do nome "Sacolão 5ª Avenida".

A sociedade empresarial ré foi registrada na Junta Comercial, em 12.06.2006, sob o nome empresarial "Marcos Orlando Laurentino & Cia. Ltda", e expressão fantasia "Sacolão 5ª Avenida", também sediada na 5ª Avenida de Balneário Camboriú/SC, possuindo como objeto social, além de outras atividades, como mercearia, o "*comércio varejista de frutas e verduras (sacolão)*" (fls. 137/142).

No dia 14.08.2012, a demandada obteve registro da marca mista – "Sacolão 5ª Avenida" associada ao desenho estilizado de uma fruta - perante o INPI (fls. 325/326), sob o n. 800120141592, na classe *"NCL (9): 35",* sem direitos exclusivos ao uso da expressão "*Sacolão*".

O cerne da discussão encontra-se, portanto, no conflito entre marcas, bem como entre o nome empresarial (denominação) da postulante e o nome de fantasia (insígnia) da demandada.

Como é cediço, o nome empresarial não se confunde com o nome de fantasia nem com a marca, os quais também possuem proteção jurídica.

Enquanto o *nome empresarial* identifica o sujeito que exerce a empresa (empresário) ou os sócios da sociedade empresária, o *nome de fantasia,* também chamado de nome de domínio, é a expressão que identifica o título do estabelecimento. No dizer de André Luiz Santa Cruz Ramos, o nome de fantasia, "*grosso modo, está para o nome empresarial assim como o apelido está para o nome civil*" (*in* Curso de Direito Empresarial – o novo regime jurídico-empresarial brasileiro. 3ª ed. Savador: Editora *JusPodivm*, 2009, p. 90). Já a *marca* é o designativo que distingue produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim.

Apesar de as formas de proteção desses institutos serem diversas, a finalidade dessa tutela é, além de proteger a propriedade contra usurpação, proveito econômico parasitário e desvio desleal de clientela, amparar o consumidor, destinatário final de tudo o que é colocado no mercado, para que não seja enganado.

Sobre o tema, o artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, estabelece:

> XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros

> signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico.

E, a legislação consumerista, em seu artigo 4º, acrescenta:

> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
>
> [...]
>
> VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores.

Nos termos do artigo 6º, da Instrução Normativa n. 116/2011, do Departamento Nacional de Registro do Comércio - DNRC (órgão com funções de orientação, coordenação, supervisão e normatização no âmbito do Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis - SINREM), "*observado o princípio da novidade, não poderão coexistir, na mesma unidade federativa, dois nomes empresariais idênticos ou semelhantes*".

In casu, não há conflito entre os nomes empresariais das partes, porquanto distintos e isentos de causar qualquer confusão (O Sacolão da Quinta Avenida Ltda. ME X Marcos Orlando Laurentino & Cia Ltda.).

No entanto, há similitude entre a denominação da autora (O Sacolão da Quinta Avenida Ltda. ME) e o nome de fantasia da ré (Sacolão 5ª Avenida).

Por mais que os aludidos nomes tenham acarretado os registros no INPI, em 10.11.2009, da marca nominativa da demandante ("*O Sacolão da Quinta Avenida*") e, em 14.08.2012, da marca mista da demandada ("*Sacolão 5ª Avenida*" com o desenho no fundo de uma fruta) (fls. 89 e

325), a análise desse conflito não pode ser ater, exclusivamente, ao critério da anterioridade e à regra inserta no artigo 129 da Lei n. 9.279/1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial ("*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*").

Assim, apesar de nosso ordenamento jurídico adotar o sistema atributivo, em que somente com o registro da marca no Instituto Nacional da Propriedade Nacional é que se garante, em regra, o direito de propriedade e de uso exclusivo ao seu titular (STJ, REsp n. 899839/RJ, rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, j. 17.08.2010), essa proteção não pode ser conferida a quem, com aparente má-fé, utiliza-se de manobra astuciosa para, mediante concorrência desleal, usurpar o nome e a fama conquistados anteriormente por outro empresário.

Para tanto, a concessão da marca é condicionada ao cumprimento de outros três requisitos, quais sejam, 1) a novidade, ainda que relativa; 2) a ausência de colisão com marca notoriamente conhecida; 3) o desimpedimento.

Fábio Ulhoa Coelho afirma:

> A primeira - novidade relativa - é exigida para que a marca cumpra a sua finalidade, de identificar, direta ou indiretamente, produtos e serviços, destacando-os dos seus concorrentes. Se a marca não for nova, ela não atenderá essa finalidade. Note-se que não é exigida a novidade absoluta para a concessão do registro. Não é necessário que o requerente tenha criado o sinal, em sua expressão linguística, mas que lhe dê, ou ao signo não linguístico escolhido, uma nova utilização. [...].
>
> *Em razão do caráter relativo da novidade, a proteção da marca registrada é restrita ao segmento dos produtos ou serviços a que pertence o objeto marcado. A regra do direito marcário, que se conhece por "princípio da especificidade", tem o objetivo de impedir a confusão entre os consumidores acerca dos produtos ou serviços disponíveis no mercado. Se houver possibilidade de os*

consumidores os confundirem, as marcas adotadas para os identificar não podem ser iguais ou semelhantes. [...].

É respeitado o princípio da especificidade, em suma, sempre que o consumidor, diante de certo produto ou serviço, não possa minimamente confundi-lo com outro identificado com marca igual ou semelhante. Afastada essa possibilidade, será indiferente se as marcas em questão estão registradas na mesma classe ou em classes diferentes. [...].

O segundo requisito para o registro de marca é a não colidência com marca notoriamente conhecida. Seu fundamento legal se encontra no art. 126 da LPI, que atribui ao INPI poderes para indeferir de ofício pedido de registro de marca, que reproduza ou imite, ainda que de forma parcial, uma outra marca, que notoriamente não pertence ao solicitante. [...].

O principal objetivo do segundo requisito da registrabilidade é a repressão à contrafação de marcas (a chamada *pirataria*). Essa prática ilícita consiste em requerer o registro de marcas ainda não exploradas pelos seus criadores no Brasil, mas utilizadas noutros países. Quando o empresário, responsável pela criação e consolidação da marca no exterior, resolve expandir seus negócios para o mercado brasileiro, encontra-a registrada em nome de outra pessoa, em princípio o titular do direito de exclusividade. Demonstrada a notoriedade da marca, o empresário poderá requerer ao INPI a nulidade do registro anterior, bem como a concessão de direito industrial em seu nome.

O terceiro requisito é o desimpedimento. O art. 124 da LPI apresenta extensa lista de signos que não são registráveis como marca. Em alguns incisos (IV, XIII, XV, XVI), na verdade, o legislador estabelece condições especiais para alguns registros, e não propriamente impedimento. [...]. Em outros incisos (V, VII, XI, XII, XVII, XIX, XXII, XXIII), o legislador se refere à extensão da proteção de bens imateriais de natureza diversa, o que também não significa impedimento, mas definição dos signos suscetíveis de compor uma marca. Abstraídas estas hipóteses, restam as seguintes: *a)* brasão, armas, medalha, bandeira, emblema, distintivo e monumento oficiais; *b)* letra, algarismo e data, salvo se revestidos de suficiente forma distintiva; *c)* expressão, figura, desenho ou sinal contrário à moral e aos bons costumes ou que ofenda a honra ou imagem de pessoas ou atente contra liberdade de consciência, crença, culto religioso ou ideia e sentimento dignos de respeito e veneração; *d)* sinal de caráter genérico, necessário, comum, vulgar

> ou simplesmente descritivo, quando tiver relação com o produto ou serviço a distinguir, ou suas qualidades, salvo quando revestido de suficiente forma distintiva; *e)* as cores e suas denominações, salvo se dispostas ou combinadas de modo peculiar e distintivo; *f)* indicação geográfica; *g)* falsa indicação de origem; *h)* reprodução ou imitação de título ou apólice públicos, moeda ou célula; *i)* termo técnico usado para distinguir produto ou serviço; *j)* a forma necessária, comum ou vulgar, bem como a que não pode ser tecnicamente dissociada de um produto ou de seu acondicionamento (*in* Curso de Direito Comercial: direito de empresa. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 220/224) (grifou-se).

Na hipótese, no tocante ao pressuposto "novidade relativa" e ao princípio da especificidade, observa-se que a demandada registrou seu nome de fantasia "*Sacolão 5ª Avenida*" na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina em 12.06.2006, sendo que esse título já era utilizado pelo estabelecimento desde 2004, conforme demonstram os recibos de aluguel de "*barracão para ocupação de Sacolão*", colacionados às fls. 117/131, no nome de "*Marquinho - Sacolão 5ª Avenida*".

A matéria jornalística de fl. 132, bem como as fotos, material de propaganda e notas fiscais juntadas (fls. 42/45, 47/48, 133, 143/147 e 150/157) corroboram a assertiva de que a ré já era conhecida por meio da mencionada insígnia e designação no setor mercadológico, antes mesmo da alteração contratual efetuada pela postulante, em 25.05.2009, com mudança do seu nome empresarial de "*Gelásio Schimitt e Cia Ltda.*" para "*O Sacolão da Quinta Avenida Ltda. ME*" (fls. 24/29).

Cumpre, inclusive, ressaltar que o contrato social originário da autora, com sua inicial razão social ("*Gelásio Schimitt e Cia Ltda.*"), só foi trazido pela demandada, com a contestação.

A requerente/apelada limitou-se a juntar a alteração do contrato social ocorrida em 25.05.2009 e comprovante de inscrição e de situação cadastral, cupom fiscal, nota fiscal, formulário de pedido, fotos, entre outros

(fls. 30//31, 278/297), todos com datas posteriores a esse evento, o que não comprova sua primitiva utilização do guerreado nome perante o público.

Ainda assim, a demandante obteve, em 10.11.2009 (fl. 89), o registro da marca nominativa "O Sacolão da Quinta Avenida", junto ao INPI, enquanto que, para a ré, a autarquia federal concedeu o direito do uso exclusivo da marca mista "Sacolão 5ª Avenida" com o desenho ilustrativo de uma fruta no fundo, em 14.08.2012 (fl. 325).

Ambas as marcas foram enquadradas na classe "*NCL (9) 35*" (comercialização de frutas, verduras, legumes, cereais, bebidas, congelados, enlatados) (fls. 89 e 325/326).

Anote-se que as partes atuam no mesmo âmbito geográfico (5ª Avenida, em Balneário Camboriú/SC).

Não há dúvida, nessas condições, que a coexistência das duas no mesmo ramo de atividade comercial e na mesma região causa confusão mercadológica.

No entanto, *data maxima venia*, ao contrário do ressaltado na sentença, foi a requerente/apelada quem não poderia obter a exclusividade do uso da marca "Quinta Avenida" ou "5ª Avenida", porquanto já utilizada pela requerida e conhecida por seus clientes.

Destarte, além do não preenchimento do pressuposto da novidade relativa, para a concessão da marca à autora, presente, também, se afigura requisito de não registrabilidade do sinal, descrito no inciso V da Lei n. 9.279/1996:

> Art. 124. Não são registráveis como marca:
>
> [...]
>
> V - reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciador de título de estabelecimento ou nome de empresa de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos.

O § 1º do artigo 129 da aludida legislação marcária igualmente assegura à demandada, ora insurgente, o direito de precedência ao registro, *in verbis*:

> Art. 129 [...]
>
> § 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.

A propósito:

> 1) STJ, REsp n. 1204488/RS, rel. Min. Nancy Andrigui, Terceira Turma, j. 02.03.2011:
>
> PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE CANCELAMENTO DE DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE ACOLHEU REGISTRO DE MARCA. REPRODUÇÃO DE PARTE DO NOME DE EMPRESA REGISTRADO ANTERIORMENTE. LIMITAÇÃO GEOGRÁFICA À PROTEÇÃO DO NOME EMPRESARIAL. ART. 124, V, DA LEI 9.279/96. VIOLAÇÃO. OCORRÊNCIA. [...].
>
> 1. Apesar de as formas de proteção ao uso das marcas e do nome de empresa serem diversas, a dupla finalidade que está por trás dessa tutela é a mesma: proteger a marca ou o nome da empresa contra usurpação e evitar que o consumidor seja confundido quanto à procedência do produto.
>
> 2. A nova Lei de Propriedade Industrial, ao deixar de lado a linguagem parcimoniosa do art. 65, V, da Lei 5.772/71 - corresponde na lei anterior ao inciso V, do art. 124 da LPI -, marca acentuado avanço, concedendo à colisão entre nome comercial e marca o mesmo tratamento conferido à verificação de colidência entre marcas, em atenção ao princípio constitucional da liberdade concorrencial, que impõe a lealdade nas relações de concorrência.
>
> 3. A proteção de denominações ou de nomes civis encontra-se prevista como tópico da legislação marcária (art. 65, V e XII, da Lei nº 5.772/71), pelo que o exame de eventual colidência não pode ser dirimido exclusivamente com base no critério da anterioridade, subordinando-se, ao revés, em atenção à interpretação sistemática,

aos preceitos legais condizentes à reprodução ou imitação de marcas, é dizer, aos arts. 59 e 65, XVII, da Lei nº 5.772/71, consagradores do princípio da especificidade. Precedentes.

4. Disso decorre que, para a aferição de eventual colidência entre denominação e marca, não se pode restringir-se à análise do critério da anterioridade, mas deve também se levar em consideração os dois princípios básicos do direito marcário nacional: (i) o princípio da territorialidade, ligado ao âmbito geográfico de proteção; e (ii) o princípio da especificidade, segundo o qual a proteção da marca, salvo quando declarada pelo INPI de "alto renome" (ou "notória", segundo o art. 67 da Lei 5.772/71), está diretamente vinculada ao tipo de produto ou serviço, como corolário da necessidade de se evitar erro, dúvida ou confusão entre os usuários.

5. Atualmente a proteção ao nome comercial se circunscreve à unidade federativa de jurisdição da Junta Comercial em que registrados os atos constitutivos da empresa, podendo ser estendida a todo território nacional se for feito pedido complementar de arquivamento nas demais Juntas Comerciais. Precedentes.

6. A interpretação do art. 124, V, da LPI que melhor compatibiliza os institutos da marca e do nome comercial é no sentido de que, para que a reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciado de nome empresarial de terceiros constitua óbice ao registro de marca - que possui proteção nacional -, necessário, nessa ordem: (i) que a proteção ao nome empresarial não goze somente de tutela restrita a alguns Estados, mas detenha a exclusividade sobre o uso do nome em todo o território nacional e (ii) que a reprodução ou imitação seja "suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos". [...].

2) STJ, REsp n. 401105/RJ, rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, Quarta Turma, j. 20.10.2009:

CIVIL. PROPRIEDADE INTELECTUAL. MARCAS "RICAVEL" E "RICAVE". POSSIBILIDADE DE CONFUSÃO. EMPRESAS QUE ATUAM NO MESMO SEGUIMENTO, SOB A MESMA BANDEIRA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 129 E 189, I, DO CÓDIGO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL.

1. Para a tutela da marca basta a possibilidade de confusão, não se exigindo prova de efetiva engano por parte de clientes ou consumidores específicos.

2. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

3) STJ, REsp n. 1082734/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 03.09.2009:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. CONFLITO ENTRE NOME FANTASIA E NOME EMPRESARIAL. REGISTRO DE MARCA SUPERVENIENTE. VOCÁBULO DE USO COMUM.

[...] 4. Em princípio, os elementos que formam o nome da empresa, devidamente arquivado na Junta Comercial, não podem ser registrados à título de marca, salvo pelo titular da denominação ou terceiros autorizados.

[...] 6. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido, para julgar improcedentes os pedidos iniciais, invertendo os ônus sucumbenciais.

4) STJ, REsp n. 30636/SC, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 14.09.1993:

DIREITO COMERCIAL. COLIDÊNCIA DE EXPRESSÃO ("PE QUENTE") UTILIZADA COMO TITULO DE ESTABELECIMENTO POR EMPRESAS DE MESMA AREA DE ATUAÇÃO (REVENDA DE LOTERIAS). *REGISTRO ANTERIOR NA JUNTA COMERCIAL DE SANTA CATARINA. PREVALENCIA SOBRE REGISTRO DE MARCA, POSTERIOR NO INPI. NOVIDADE E ORIGINALIDADE COMO FATORES DETERMINANTES.* ARTS. 59 E 64 DA LEI 5772/71. RECURSO DESACOLHIDO.

I - TANTO O REGISTRO REALIZADO NAS JUNTAS COMERCIAIS (DENOMINAÇÃO SOCIAL OU NOME DE FANTASIA), QUANTO AO LEVADO A EFEITO JUNTO AO INPI (MARCA), CONFEREM A EMPRESA QUE OS TENHA OBTIDO O DIREITO DE UTILIZAR COM EXCLUSIVIDADE, EM TODO O TERRITORIO NACIONAL, A EXPRESSÃO QUE LHES CONSTITUI COMO TITULO DE ESTABELECIMENTO, COMO SINAL EXTERNO CAPAZ DE DISTINGUI-LA, PERANTE A GENERALIDADE DAS PESSOAS, DE OUTRAS QUE OPERAM NO MESMO RAMO DE ATIVIDADE.

II - HAVENDO CONFLITO ENTRE REFERIDOS REGISTROS, PREVALECE O MAIS ANTIGO, EM RESPEITO AOS CRITÉRIOS DA ORIGINALIDADE E NOVIDADE. (grifou-se)

5) TJSC, Apelação Cível n. 2007.055549-6, da Capital, rel. Des. Stanley da Silva Braga, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 22.04.2010:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. PRESCRIÇÃO. AFASTADA. PRETENSÃO FUNDADA NA COLIDÊNCIA DE MARCA COM NOME COMERCIAL. DEPÓSITO DO PEDIDO DE REGISTRO DA MARCA PERANTE O INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL EM 15-9-1998. ARQUIVAMENTO DOS ATOS CONSTITUTIVOS DA EMPRESA, DO NOME COMERCIAL, INCLUSIVE, NA JUNTA COMERCIAL DO ESTADO EM 2-12-1992. CONFLITO QUE SE RESOLVE A PARTIR DA ANTERIORIDADE DO REGISTRO, RESULTANDO NA PRIORIDADE DO NOME COMERCIAL. DEMAIS PEDIDOS PREJUDICADOS. SENTENÇA REFORMADA. SUCUMBÊNCIA INVERTIDA. RECURSO PROVIDO.

Havendo conflito entre referidos registros, prevalece o mais antigo, em respeito aos criterios da originalidade e novidade. (REsp 30.636/SC, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 14/09/1993, DJ 11/10/1993 p. 21323).

6) TJSC, Apelação Cível n. 2004.027330-6, de Blumenau, rel. Des. Gustavo Emelau Marchiori, Câmara Especial Temporária de Direito Civil, j. 09.11.2009:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA CUMULADA COM PERDAS E DANOS QUE FOI PRECEDIDA POR MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO. PRETENSÃO FUNDADA NA COLIDÊNCIA DE MARCA COM NOME COMERCIAL. DEPÓSITO DO PEDIDO DE REGISTRO DA MARCA PERANTE O INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL EM 4.8.1989. ARQUIVAMENTO DOS ATOS CONSTITUTIVOS DA EMPRESA, DO NOME COMERCIAL, INCLUSIVE, NA JUNTA COMERCIAL DO ESTADO EM 25.8.1982. CONFLITO QUE SE RESOLVE A PARTIR DA ANTERIORIDADE DO REGISTRO, RESULTANDO

> NA PRIORIDADE DO NOME COMERCIAL. ADOÇÃO, ADEMAIS, DO PRINCÍPIO DA ESPECIFICIDADE. REJEIÇÃO DO PEDIDO INICIAL QUE SE IMPÕE. [...] RECURSO DESPROVIDO.
>
> 1. A colidência entre nome comercial e marca deve ser resolvida a partir da anterioridade do respectivo registro, seguindo a orientação do Superior Tribunal de Justiça. [...].

Nessas condições, o pedido da autora para que a ré deixe de utilizar a expressão "Quinta Avenida" ou "5ª Avenida" na fachada de seu estabelecimento ou em qualquer meio de propaganda, bem como altere seu nome de fantasia, não merece deferimento, devendo ser reformada a decisão de 1º grau e *revogada a tutela antecipada deferida na sentença.*

Com a reforma do *decisum*, não houve sucumbência recíproca e sim derrota integral da postulante, ora apelada, que deve arcar por inteiro com as despesas do processo e com os honorários advocatícios do procurador da ré/apelante, fixados em R$ 3.000,00, *ex vi* do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil).

Diante do exposto, o recurso deve ser provido, prejudicado o pleito de antecipação dos efeitos da tutela recursal, ante a cassação da tutela antecipada concedida no *decisum* apelado.

Em contrarrazões, pleiteia a recorrida a condenação da demandada/recorrente por litigância de má-fé, "*[...] pelo modo de agir, expondo e argumentando com inverdades de enfoco, distorcendo a verdade dos fatos, ao buscar proveito processual de convencimento [...]"* (fl. 275).

Em razão do resultado do julgamento, tal pleito, à evidência, fica prejudicado.

Esse é o voto.

Apelação Cível n. 2012.001918-5, de São José

Relator: Des. Subst. Gerson Cherem II

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C/C DANOS MORAIS. RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.

PRELIMINAR. AVENTADA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO REPARATÓRIA DA AUTORA. OCORRÊNCIA. LAPSO ENTRE A CIÊNCIA DA LAVRATURA DO PROTESTO E DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA SUPERIOR A TRÊS ANOS. EXEGESE DO ART. 206, § 3º, V, DO ATUAL CÓDIGO CIVIL. REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 2.028 DO *CODEX.* PREFACIAL ACOLHIDA. RECURSO PROVIDO.

"De acordo com o art. 206, § 3º, V, do novo Código Civil, os prazos prescricionais foram reduzidos, prescrevendo em três anos a pretensão de reparação civil. Se, todavia, na data inicial de vigência do novo Código Civil, ainda não havia transcorrido mais da metade do prazo prescricional disposto na lei revogada, aplica-se o art. 2.028 deste Estatuto Civil e o prazo prescricional trienal ao caso, sendo que esses três anos são contados somente a partir da vigência do novo Código Civil." (AgRg no Ag n. 1339984, rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 23.11.2010).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.001918-5, da comarca de São José (1ª Vara Cível), em que é apelante Banco do Brasil S/A, e apelada Claudia Rocha Fernandes Dachi:

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer e dar provimento ao recurso. Custas *pro rata*, suspensa, todavia, a exigibilidade para a apelada, com fulcro no art. 12, da Lei n. 1.060/50.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Tulio Pinheiro.

Florianópolis, 06 de junho de 2013.

Gerson Cherem II

RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por Banco do Brasil S/A, irresignado com a sentença prolatada pelo douto togado monocrático da 1ª Vara Cível da Comarca de São José que, nos autos da ação declaratória de inexistência de débito c/c danos morais ajuizada por Claudia Rocha Fernandes Dachi em face dele e de Startech Equipamentos e Serviços Ltda., julgou procedentes os pedidos iniciais, nos seguintes termos:

> ISTO POSTO, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, para, e já confirmando a tutela antecipada deferida às fls. 87/88:
>
> a)declarar INEXIGÍVEL o título protestado em nome da autora, a saber, Duplicata 0926/062, dm 651/c, com vencimento em 12.11.2001 e protestada em 25.07.2002, apresentante Banco do Brasil S/A e emitente STARTECH EQUIP. SER./ DAMIAN E MARTINS LTDA. E,

> b)CONDENAR ambos os réus, solidariamente, a pagar à autora a quantia de R$. 27.250,00 (vinte e sete mil, duzentos e cinquenta reais), equivalente na data de hoje a cinquenta (50) salários mínimos da data da publicação desta, a título de compensação pelos danos morais suportados, correndo os juros e correção sobre tal quantia a partir desta data, conforme orienta o V. Acórdão antes citado.
>
> Saliento que não incidirá sobre o valor da condenação o Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), de acordo com o entendimento da Corte de Justiça Catarinense, que estabelece que "a indenização obtida em ação judicial em razão do reconhecimento de abalo de crédito, não configura renda ou acréscimo patrimonial de qualquer natureza e, portanto, não é fato imponível à hipótese de incidência de imposto de renda." (TJSC, AC n. 2002.022422-2, de Itajaí, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz).
>
> Também conforme acima considerei, não tendo portanto a autora decaído de qualquer parte do pedido, condeno as rés pro rata nas custas e em honorários advocatícios ao patrono da autora, estes que fixo em 10% do valor da indenização total, atendido o 4 do art. 20 do CPC.
>
> Fixo os honorários do Douto Curador nomeado às fls. 120 em 05 (cinco) URHs, na forma do item 24 do Anexo único da Lei 155/97, devendo ser expedidas as devidas certidões.
>
> Expeçam-se as comunicações necessárias, para exclusão definitiva do protesto. P. R. I. (fls. 143/155)

Alega o banco, em suma: *a)* prescrição da pretensão indenizatória, *b)* sua ilegitimidade passiva *ad causam*; *c)* falta de comprovação do dano sofrido pela autora; *d)* necessidade de minoração da verba indenizatória (fls. 160/176).

Com contrarrazões (fls. 167/178), ascenderam os autos a este Egrégio Tribunal de Justiça.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos legais, conhece-se do recurso.

Sustenta a instituição financeira, em preliminar, que a pretensão indenizatória da recorrente estaria fulminada pela prescrição, vez que o evento danoso – protesto indevido – ocorrera em 25.07.2002, sendo a presente demanda ajuizada tão somente em março de 2007.

Razão assiste à casa bancária.

Afere-se dos autos, notadamente à fl. 28, que a apelada teve contra si protestado um título, o qual foi apresentado pela instituição recorrente em 25.07.2002.

À época do fato, vigorava o Código Civil de 1996, o qual prescrevia em seu art. 177:

> Art. 177. As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em vinte anos, as reais em dez, entre presentes e, entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas.

Referido dispositivo, no entanto, sofreu modificação pelo art. 206, § 3°, inciso V, do novo Código Civil, cujo teor dispõe:

> Art. 206. Prescreve:
>
> [...] § 3° Em 3 (três) anos:
>
> [...] V – a pretensão de reparação civil.

Assim, como houve a redução do prazo prescricional para as ações pessoais pelo CC/2002, há que ser observada a regra de direito temporal prevista no artigo 2.028 da nova lei civil, *in verbis*:

> Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

A teor do que dispõe esse artigo e, considerando que o novo Código Civil entrou em vigor em 12.01.2003, pode-se aferir não ter transcorrido mais da metade do prazo assinalado no art. 177 do antigo diploma, pelo que, *in casu*, deve ser aplicado o prazo trienal previsto no art. 206, § 3º, inciso V, do novo diploma.

Na hipótese, esclareça-se que o termo para a contagem do prazo prescricional deveria ter – em tese – início na data da lavratura do protesto, ocorrido em 25.07.2002 (fl. 28), visto que nessa oportunidade a demandante obteve a ciência inequívoca do ato ilícito.

Vale dizer, naquele momento a autora travou conhecimento da cobrança por ela tida como indevida, pois a lavratura do protesto só ocorrera após a sua notificação acerca do transcurso do prazo previsto no art. 12, da Lei n. 9.492/97.

Sobre o tema:

> INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. PRAZO PRESCRICIONAL. TERMO INICIAL. LAVRATURA DO PROTESTO. ART. 206, § 3º, INC. V, DO CC.
>
> I – Ajuizada a ação de indenização por dano moral após o transcurso do prazo de três anos previsto no art. 206, § 3º, inc. V, do CC, contados da lavratura do protesto do título, está prescrita a pretensão da apelante-autora. Mantida a r. sentença, ante a configuração da prescrição.
>
> II – Apelação improvida. (*in* TJDF, Apelação Cível n. 0065242-19.2009.807.0001, rela. Desa. Vera Andrighi, 6ª Turma Cível, j. 02.03.2011) (AC n. 2009.019242-7, rel. Des. Ronaldo M. M. da Silva, j. em 03.05.2012). (Grifou-se).

Contudo, considerando-se a regra de transição insculpida no art. 2.028 do CC, tem-se que o prazo trienal previsto no art. art. 206, § 3º, inciso V, só deve principiar com a vigência do novo Código Civil.

Sobre o assunto, elucidam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Júnior que:

> Prazo diminuído pela lei nova. Menos da metade. Quando tiver decorrido menos da metade do prazo de prescrição regulado pelo CC/1916 (ou por lei extravagante) e esse mesmo prazo tiver sido diminuído pela lei nova (CC/2002), aplica-se a regra da lei nova, a partir de sua vigência (12.01.2003), desprezando-se o tempo que já tinha fluído sob a égide da lei revogada (Código Civil Comentado. 6ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 1238).

Nesse sentido:

> Em face do advento do Código Civil de 2002, os prazos prescricionais reduzidos pela nova legislação contam-se integralmente a partir da data de vigência da lei nova, desde que não tenha fluído mais da metade dos lapsos prescritivos estabelecidos na lei revogada.
>
> Prescreve em três anos a demanda visando à reparação civil (CC/2002, art. 206, §3º, V). (AC n. 2011.093155-8, rel. Des. Luis Carlos Freyesleben, j. em 15.12.2011).

E do Superior Tribunal de Justiça:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO. FATO OCORRIDO NA VIGÊNCIA DA LEI ANTERIOR. PROPOSITURA APÓS A ENTRADA EM VIGOR NO NOVO CÓDIGO CIVIL. OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 2.028 DO NOVO CÓDIGO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
>
> I - O Tribunal de origem apreciou todas as questões relevantes ao deslinde da controvérsia nos limites do que lhe foi submetido. Não há que se falar, portanto, em violação do artigo 535 do CPC ou negativa de prestação jurisdicional.
>
> II - *De acordo com o art. 206, § 3º, V, do novo Código Civil, os prazos prescricionais foram reduzidos, prescrevendo em três anos a pretensão de reparação civil. Se, todavia, na data inicial de vigência do novo Código Civil, ainda não havia transcorrido mais da metade do prazo prescricional disposto na lei revogada, aplica-se o art. 2.028 deste Estatuto Civil e o prazo prescricional trienal ao caso, sendo que esses três anos são contados somente a partir da vigência do novo Código Civil.* (AgRg no Ag 1339984, rel. Min. Sidnei Beneti, j. em 23.11.2010). (Grifou-se)

Diante disso, *concessa venia*, alternativa não resta senão acolher-se a preliminar aventada pela instituição financeira a fim de reconhecer como prescrito o direito da autora ao ressarcimento pelo dano anímico.

Com efeito, verifica-se que, entre a data de vigência do novo Código Civil até a propositura da presente demanda (26.03.2007), transcorreram-

-se mais de três anos, em decorrência, nos termos do art. 206, § 3°, V, do Código Civil de 2002, encontra-se fulminada a sua pretensão reparatória.

Nesse diapasão:

> Apelação cível. Ação de indenização. Responsabilidade civil. Danos morais. Protesto de título e inscrição do nome da requerente na Serasa. Sentença de procedência. Insurgência da requerida. Alegada prescrição. Fato ocorrido na vigência do Código Civil de 1916. Ajuizamento da demanda na constância da nova lei civil. Inteligência do artigo 2.028 do CC/2002. Prazo prescricional não transcorrido mais da metade. Aplicação do disposto no artigo 206, § 3°, inciso V, do Código Civil. Prazo, no caso, de três anos. Termo inicial. Demanda ajuizada após decorridos mais de três anos da data da entrada em vigor do novo Código Civil. Prejudicial de mérito acolhida. Extinção do processo, com resolução de mérito. Artigos 269, inciso IV, e 329, do Código de Processo Civil. Inversão dos ônus sucumbenciais. Decisão reformada. Recurso provido (AC n. 2008.075917-6, rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, j. 16.02.2012).

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA. PRESCRIÇÃO. REPARAÇÃO CIVIL. PRAZO TRIENAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 206, § 3º, V, DO CÓDIGO CIVIL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.
>
> "Nos termos do art. 206, § 3º, inc. V, do Código Civil, 'prescreve em três anos a pretensão de reparação civil', ao passo que 'o dano reparável tanto é o material como o moral, iniciando-se o prazo prescricional da data do ato ou fato que autorizar a reparação' (Nestor Duarte)" (TJSC, Ap. Cív. n. 2009.072323-9, de Lages, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. em 17-5-2012). (AC n. 2013.010224-9, rel. Des. Fernando Carioni, j. em 12.03.2013).

Assim, reconhecida a prescrição da pretensão da autora, resta prejudicada a análise dos demais tópicos da apelação.

Por derradeiro, em face da alteração da sentença no tocante à indenização por danos morais, há que se reconhecer a sucumbência recíproca das

partes, nos termos do art. 21, *caput,* do CPC, devendo a autora suportar a proporção de 50% das despesas processuais (os outros 50% serão arcados pelos réus), bem como os honorários advocatícios distribuídos nos mesmos percentuais das despesas, observada a compensação dos valores, nos termos da Súmula 306, do STJ .

Convém anotar, no entanto, que os ônus sucumbenciais relativos à autora ficam suspensos, ante o deferimento do benefício da justiça gratuita (fl. 87), nos termos do disposto no art. 12, da Lei n. 1.060/50.

Ante o exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento para decretar a prescrição da pretensão indenizatória da apelada, bem como se redistribuem os ônus sucumbenciais na proporção de 50% à autora e 50% aos réus, ficando suspenso àquela o pagamento, por força do art. 12, da Lei n. 1.060/50.

É como voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2012.091593-5, de Joaçaba

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

APELAÇÃO CÍVEL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA PROLATADA EM AÇÃO COLETIVA. MAGISTRADO QUE ACOLHEU A PRELIMINAR DE INEXEQUIBILIDADE DO TÍTULO JUDICIAL POR OFENSA À COISA JULGADA E EXTINGUIU A EXECUCIONAL. IRRESIGNAÇÃO DA CREDORA.

PROCESSUAL CIVIL. VENTILADA INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA POR AUSÊNCIA DE IDENTIDADE DE PARTES. TESE RECHAÇADA. EM SE TRATANDO DE PROCESSO COLETIVO, SÃO IDÊNTICAS AS AÇÕES EM QUE, APESAR DE DIVERSOS OS LEGITIMADOS EXTRAORDINÁRIOS QUE FIGURAM NO POLO ATIVO DAS DEMANDAS, OS BENEFICIÁRIOS DA TUTELA COLETIVA SEJAM OS MESMOS. HIPÓTESE VERTENTE EM QUE HOUVE O AJUIZAMENTO DE DEMANDAS COLETIVAS IDÊNTICAS POR QUATRO ENTIDADES DISTINTAS, BUSCANDO O RESSARCIMENTO DOS

POUPADORES REFERENTE AOS PLANOS ECONÔMICOS "BRESSER" E "VERÃO".

PROCESSUAL CIVIL. TÍTULO JUDICIAL INEXEQUÍVEL, PORQUANTO FORMADO EM OFENSA À COISA JULGADA ORIUNDA DE DEMANDA COLETIVA. CARACTERIZAÇÃO DO CONFLITO ENTRE QUATRO COISAS JULGADAS. IMPOSSIBILIDADE DE CONVIVÊNCIA DAS QUATRO NORMAS JURÍDICAS CONCRETAS CONTRASTANTES. COERÊNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO. PRIMAZIA DA PRIMEIRA SENTENÇA COLETIVA TRANSITADA EM JULGADO, QUE, NO CASO VERTENTE, RECONHECEU A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO AUTORAL. SOLUÇÃO QUE SE MOSTRA MAIS CONFORMADA À "CARTA DA PRIMAVERA". HOMENAGEM AO PRINCIPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA GARANTIA FUNDAMENTAL À PRESERVAÇÃO DA COISA JULGADA, QUE LIMITAM A ATUAÇÃO DO LEGISLADOR E, *A FORTIORI*, DO JUIZ. INCONSTITUCIONALIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. VÍCIO NÃO SUJEITO À PRECLUSÃO. INEXEQUIBILIDADE DO TÍTULO QUE APARELHA A DEMANDA EXECUTIVA. EXTINÇÃO DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA IMPERATIVA. DECISÓRIO IRRETOCÁVEL.

REBELDIA DESPROVIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.091593-5, da 2ª Vara Cível da Comarca de Joaçaba, em que é apelante Elzira Christovam Maciel, e apelado HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo:

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, negar provimento ao Recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. José Inácio Schaefer e Altamiro de Oliveira.

Florianópolis, 12 de março de 2013.

Carstens Köhler

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Elzira Christovam Maciel interpôs Recurso de Apelação (fls. 333-346) em face da sentença prolatada pelo Magistrado *a quo* (fls. 327-330) que, nos autos da impugnação ao cumprimento de sentença n. 037.10.002795-0/001 aforada pelo Executado HSBC Bank Brasil S.A. – Banco Múltiplo, acolheu a alegação preliminar de inexequibilidade do título por ofensa à coisa julgada suscitada na resistência e, por consectário, extinguiu o cumprimento de sentença nos termos sequentes:

> 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, 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$ 600,00 (seiscentos reais) para ambos os feitos, com base no art. 20, § 3º, 'a', 'b', 'c' e §4º, do CPC.
>
> (fl. 329-330)

Em suas razões recursais, sustentou a Recorrente, em epítome: (a) inexistir coisa julgada obstativa ao presente cumprimento de sentença coletiva, uma vez que as ações coletivas nas quais foi reconhecida a prescrição (autos n. 2006.026587-9 e 2009.074446-0) não são idênticas àquelas nas quais o pleito condenatório foi acolhido (autos n. 2006.011186-8 e 2007.006645-6), por ausência de identidade de partes; (b) a sobrevivência de todos os títulos, de forma independente; (c) que, não tendo o Devedor alegado a preliminar de litispendência por ocasião da fase de conhecimento da demanda coletiva, ônus que lhe incumbia, operou-se a preclusão, além de deixar transcorrer o prazo de 2 (dois) anos para a propositura de ação rescisória com fundamento na ofensa à coisa julgada, de modo que não poderá, agora, valer-se da própria torpeza para desconstituir o título executivo judicial; e, (d) que o próprio Juízo da ação civil pública originária n. 023.03.060382-8 afastou a preliminar de coisa julgada e a prejudicial de prescrição.

Ao final, rogou pela reforma da sentença para que seja rejeitada a impugnação, com a condenação da Casa Bancária ao pagamento das custas e honorários sucumbenciais, e determinada a prossecução do cumprimento de sentença, na forma do art. 475-J do Código de Processo Civil (fl. 346).

Recebido o Inconformismo (fl. 362), empós vertidas as contrarrazões pelo Adverso (fls. 364-415), ascenderam os autos a este grau de jurisdição.

É o necessário escorço.

VOTO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pela Parte exequente em face da sentença que acolheu a preliminar de inexequibilidade do

título judicial por ofensa à coisa julgada formada anteriormente noutra demanda coletiva.

Entrementes, não merece amparo a Rebeldia, sendo imperativa a manutenção do *decisum* profligado.

Na origem, Elzira Christovam Maciel, com esteio no art. 475-N, inciso I, do CPC, pleiteou o cumprimento da sentença exarada na Ação Civil Pública n. 023.03.060382-2 ajuizada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Cidadão – IBDCI em face do HSBC Bank Brasil S.A., o qual, em razão do provimento dos Recursos de Apelação interpostos por IBDCI e Ministério Público por acórdão prolatado por esta Corte de Justiça (autos n. 2006.011186-8), foi condenado ao ressarcimento dos poupadores pelo não creditamento dos valores referentes à correção monetária dos montantes depositados em caderneta de poupança, nos percentuais de 26,06% em julho de 1987 e 42,72% em fevereiro de 1989 (fls. 3-10 dos autos n. 037.10.002795-0).

Intimada, a Casa Bancária realizou o depósito para a garantia do Juízo e apresentou impugnação ao cumprimento de sentença (fls. 2-49), na qual agitou, *inter alia*, a inexequibilidade do título, por reputá-lo inexistente, haja vista ofender a autoridade da coisa julgada em relação ao "Plano Econômico Verão". Argumentou que, por ocasião do julgamento da ação civil pública ajuizada pela Associação das Donas de Casa, dos Consumidores e da Cidadania em sede recursal (autos n. 2006.026587-9), versando sobre o referido plano, esta Corte de Justiça reconheceu a prescrição da pretensão, cuja decisão transitou em julgado em 2/5/07, antes, portanto, do trânsito em julgado da sentença coletiva exequenda (4/6/07).

Conclusos os autos, o Magistrado de origem prolatou sentença (fls. 183-185), posteriormente anulada por este Areópago (fls. 314-324), mediante provocação da Exequente (fls. 216-237), por carecer o decisório do elemento certeza.

Com o retorno dos autos, o Togado *a quo* prolatou nova decisão (fls. 327-330), desta feita livre de qualquer nódoa processual, em que acolheu a preliminar de inexigibilidade do título executivo por ofensa à coisa julgada e extinguiu a demanda executiva.

Irresignada com a nova prestação jurisdicional, a Exequente interpôs a presente Apelação (fls. 217-231), visando ao reconhecimento da higidez do título executivo, fulcrada fundamentalmente em quatro argumentos – ausência de identidade entre as partes, possibilidade de convivência de todas as coisas julgadas, preclusão da matéria e análise da questão pelo Juiz da própria ação civil pública originária – com os quais se passa a ocupar.

Na esteira da fundamentação expendida pelo Magistrado sentenciante, verifica-se que, de fato, quatro ações civis públicas foram deflagradas nesta Unidade Federativa deduzindo pretensão de ressarcimento dos poupadores referente aos planos econômicos "Bresser" e "Verão" em face do Apelado, contando todas com sentença de mérito transitadas em julgado. Todas foram decididas, em primeira instância, pelo Juízo da Unidade da Fazenda Pública da Comarca da Capital e, em grau recursal, por este Tribunal de Justiça.

Na ação civil pública n. 023.03.660151-1 (em grau recursal autuada sob o n. 2006.026587-9) ajuizada pela Associação das Donas de Casa dos Consumidores e da Cidadania de Santa Catarina – Adocon foi reconhecida a prescrição, operando-se o trânsito em julgado da sentença em 2/5/07.

A ação civil pública n. 023.03.060382-2 (correspondente à Apelação Cível n. 2006.011186-8) aforada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Cidadão – IBDCI, que fundamenta o cumprimento de sentença em testilha, culminou na condenação da Casa Bancária ao ressarcimento pleiteado, tendo o *decisum* transitado em julgado em 26/7/07.

Por sua vez, a terceira decisão a transitar em julgado, no dia 28/6/10, foi prolatada na ação civil pública n. 023.04.685291-6 (que nesta Corte

recebeu o n. 2007.0006645-6) proposta pelo Instituto de Defesa do Consumidor, cujo desfecho foi também a condenação da Instituição Financeira.

Por último, na ação civil pública n. 023.07.112482-1 (autuada em segunda instância sob o n. 2009.074446-0) intentada pela Associação Catarinense de Defesa dos Cidadãos, dos Consumidores e dos Contribuintes – ACC/SC, reconheceu-se igualmente fulminada a pretensão da Autora pela prescrição, consumando-se a imutabilidade da decisão somente em 9/12/10.

Pela sumária análise das demandas supradelineadas, desde logo se vislumbra desarrazoada a alegação preambular da Apelante de que não se poderia falar em coisa julgada no caso vertente, à míngua de identidade das partes autoras nas quatro demandas coletivas.

E isso por uma singela razão: em que pese defluir do § 2º do art. 301 do Código Buzaid a exigência de tríplice identidade – mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido – para a caracterização da litispendência e da coisa julgada, no âmbito do processo coletivo, destinado à instrumentalização da tutela de direitos transindividuais, a identidade de partes deve ser averiguada a partir do cotejo entre os sujeitos titulares da relação de direito material.

O que efetivamente desvela-se relevante, nesses casos, é a identidade entre os beneficiários dos efeitos das sentenças coletivas, e não entre os diversos legitimados extraordinários responsáveis pela propositura das ações coletivas, os quais funcionam como meros substitutos processuais de um certo agrupamento humano.

Dessarte, independentemente de as quatro demandas coletivas terem sido ajuizadas por pessoas jurídicas diversas, não há dúvidas de que restou caracterizado o conflito de coisas julgadas no caso *sub judice*, haja vista que, para além da identidade de causa de pedir e pedido, todas as entidades buscaram a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos do

mesmo agrupamento humano de poupadores catarinenses – art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor.

A propósito, colhe-se da ensinança de Fredie Didier Jr.:

> Cumpre lembrar, ainda, que é possível cogitar de litispendência/coisa julgada mesmo sem a existência da chamada tríplice identidade (art. 301, § 2º, do CPC). No âmbito das causas coletivas, a verificação da litispendência e da coisa julgada prescinde da identidade de partes (basta a identidade de pedido e da causa de pedir). Nas causa coletivas, há inúmeros co-legitimados legalmente autorizados a atuar na defesa do mesmo interesse, do mesmo direito, cuja titularidade pertence a um único sujeito de direitos (a coletividade). Logo, o que importa para a configuração da identidade de demandas é a precisa correspondência entre o pedido e a causa de pedir, uma vez que vários são os extraordinariamente legitimados a demandar no interesse do sujeito titular da relação substancial deduzida ("o agrupamento humano").
>
> (*Curso de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11.ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 544).

Na mesma toada, já decidiu o Tribunal da Cidadania:

> PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO COLETIVA - SINDICATO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LITISPENDÊNCIA/COISA JULGADA. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO: SÚMULA 284/STF - INADMISSIBILIDADE.
>
> 1. É deficiente a fundamentação do especial que não demonstra contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal.
>
> 2. 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.Precedentes.
>
> 3. Recurso especial conhecido e não provido.
>
> (REsp 1168391/SC, Rela. Mina. Eliana Calmon, j. 20/5/10, sublinhou-se).

Assentada, assim, a identidade das demandas coletivas e, como corolário, a existência de quatro sentenças de mérito transitadas em julgado

regendo a mesma relação jurídica, torna-se necessário equacionar a peculiar porfia ensejada pela sucessão de coisas julgadas conflitantes.

Deveras, defronta-se com típico caso inserto na categoria dos chamados *hard case*s, nos quais não há uma solução pré-estabelecida no ordenamento jurídico, suscetível de resolução judicial pelo recurso a uma operação de mera subsunção. Por se tratar de situação não abarcada pela esfera de prognose do legislador, a solução acerca do conflito entre coisas julgadas ganha contornos de maior complexidade, devendo ser construída à luz dos princípios que informam a ordem jurídica, mediante argumentação racional.

Em verdade, em casos tais, múltiplas respostas podem se apresentar como plausíveis, do que é prova a infindável divergência doutrinária que estrema dois grupos de juristas de escol: (a) Teresa Arruda Alvim Wambier, Sérgio Rizzi, Cassio Scarpinella Bueno, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, entre outros, advogam a primazia da decisão que transitou em julgado em primeiro lugar, desprezando-se as posteriores; (b) Pontes de Miranda, Luiz Guilherme Marioni, Alexandre Freitas Câmara e Fredie Didier Jr., entre outros, em sentido diametralmente oposto, sustentam a prevalência da sentença que por último transitou em julgado, a qual invalida as anteriores. (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 7.ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 397-398).

Hipótese que se rechaça sumariamente, portanto, é a possibilidade de convivência, no mesmo espaço e tempo, das diversas coisas julgadas, conforme aventado pela Apelante (fl. 338).

Primeiro, porque a exigência de coerência do ordenamento jurídico não admite a existência concomitante de duas ou mais normas jurídicas concretas conflitantes entre si regendo uma mesma situação.

Segundo, por uma questão lógica. Se a coisa julgada, em seu efeito negativo, tem por função justamente impedir a rediscussão de dada matéria (arts. 467 e 471 do Código Buzaid), admitir a convivência de duas ou mais coisas julgadas significaria, em última análise, negar a força de coisa julgada de todas, pois nenhuma cumpriria seu propósito primordial de excluir outra apreciação judicial sobre o tema.

Enfim, dada a função eminentemente excludente do instituto, apenas uma das decisões deve persistir na órbita jurídica. Nessa senda, prestigiar a primeira coisa julgada revela-se como solução constitucionalmente mais adequada.

Com efeito, a garantia constitucional da coisa julgada constitui uma densificação do princípio da segurança jurídica, sendo instituto ínsito à noção de Estado Democrático de Direito. Presta-se a pôr termo aos litígios, evitando que se perpetuem, e a assegurar estabilidade às relações jurídicas no campo judicial, como meio de pacificação social.

Não à toa o instituto foi erigido ao patamar de garantia fundamental pelo art. 5º, inciso XXXVI, da "Carta da Primavera", contando com proteção constitucional de tal envergadura que, inclusive, se impõe como verdadeiro limite intergeracional, porquanto integrante do seleto rol de direitos e valores constitucionais resguardados pelas "cláusulas de eternidade" – art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Cidadã.

Nessa linha de raciocínio, se é certo que esta garantia constitucional sequer pode ser abolida por ação do poder constituinte reformador tampouco aviltada pelo legislador infraconstitucional, os juízes, *a fortiori*, também devem respeitá-la. Em resumo, a coisa julgada está constitucionalmente protegida tanto em face da retroatividade das leis quanto, com maior razão, da ação retroativa de outras decisões judiciais.

À primeira decisão transitada em julgado (e não à última) deve ser dada primazia pelo fato de melhor prestigiar o princípio da segurança

jurídica, seu fundamento último. A primeira coisa julgada é que firmará a norma concreta e, a partir de então, determinará a estabilidade da relação jurídica regida. Quaisquer normas posteriores, abstratas ou concretas, que com ela conflitarem ensejarão nada mais que desestabilização daquela situação consolidada, motivo pelo qual serão inconstitucionais, insuscetíveis de convalidação e de tutela jurisdicional.

Dessarte, embora sufragada majoritariamente pela doutrina e albergada correntemente pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (*e.g.*, REsp n. 643.998/PE e REsp 400.104/CE), a posição que prestigia a última coisa julgada em detrimento das anteriores tem a desvantagem de condescender com a perpetuação do litígio, além de, incoerentemente, reconhecer a proteção da coisa julgada contra a ação do legislador, mas não contra a do juiz.

Enfim, bastaria a superveniência de nova coisa julgada para repelir a anterior, sem limite temporal, esvaziando, a mais não poder, a garantia constitucional obliquamente pela via jurisdicional. Além disso, deixar-se-ia ao talante do jurisdicionado rediscutir matéria submetida ao manto da *res judicata,* bastando que sua confiança na incúria do Judiciário fosse confirmada.

Também é imprópria a invocação, recorrendo à analogia, dos critérios bobbianos de solução de antinomias – notadamente do cronológico: "*lex posterior derogat legi priori*" – para resolver o conflito entre coisas julgadas, conferindo-se indevidamente igual tratamento a situações substancialmente distintas.

A Constituição não impõe a preservação das leis, tal como garante à coisa julgada. E mesmo no caso de sucessão de leis no tempo, as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da lei revogada não são atingidas, enquanto que a "revogação" de uma coisa julgada por outra esvazia por

completo a norma concreta anterior, não subsistindo qualquer resquício de segurança jurídica.

Doutro giro, merece ênfase ser plenamente sustentável, *de lege lata*, a prevalência da primeira coisa julgada em detrimento das posteriores, a despeito do disposto no art. 485, inciso IV, do Código Buzaid, que elenca a "ofensa à coisa julgada" como hipótese de cabimento da ação rescisória.

E para alcançar esta conclusão, basta lembrar que, *ex vi* dos princípios da supremacia e da força normativa da constituição, a disposição infraconstitucional é que deve guardar conformidade constitucional, e não o contrário.

Desse modo, seja reputando o dispositivo em debate, pretérito ao advento da Carta da República de 1988, como não recepcionado pela Constituição Cidadã, seja conferindo-lhe interpretação conforme à Constituição para adstringir o cabimento da ação rescisória aos casos em que a ofensa dirige-se ao efeito positivo da coisa julgada, o fato é que, à luz do princípio da segurança jurídica e da garantia fundamental da coisa julgada previstos nos arts. 1º, *caput*, 5º, *caput* e inciso XXXVI, todos da Carta Fundamental, qualquer decisão judicial que reproduza julgamento daquilo que já fora decidido em demanda anterior com autoridade de coisa julgada é inconstitucional, prescindindo do manejo de ação rescisória.

Portanto, no conflito entre as quatro sentenças coletivas, apenas a que primeiramente transitou em julgado, em 2/5/07, prolatada na ação civil pública n. 023.03.660151-1 (autuada sob o n. 2006.026587-9 em grau recursal) ajuizada pela Associação das Donas de Casa dos Consumidores e da Cidadania de Santa Catarina – Adocon e que reconheceu a prescrição da pretensão de ressarcimento das diferenças referentes aos planos econômicos "Bresser" e "Verão", deve ser reputada válida, cuja ementa reproduz-se:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRETENDIDO PAGAMENTO DAS DIFERENÇAS DECORRENTES DA NÃO-APLICAÇÃO DOS

> PERCENTUAIS PREVISTOS PELO PLANO BRESSER E PELO PLANO VERÃO, EDITADOS, RESPECTIVAMENTE, NOS ANOS DE 1987 E 1989. DEMANDA AJUIZADA, TODAVIA, APENAS NO ANO DE 2004, QUANDO JÁ CONSUMADA A PRESCRIÇÃO QUE, NA HIPÓTESE, É DE CINCO ANOS. PRECEDENTES. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.
>
> "A Ação Civil Pública não veicula o bem jurídico mais relevante para a coletividade do que a Ação Popular. Aliás, a bem da verdade, hodiernamente ambas as ações fazem parte de um microssistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à míngua de previsão de prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da *analogia legis*, recomendando o prazo qüinqüenal para a prescrição das Ações Civis Públicas, tal como ocorre com a ação popular, porquanto ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio" (REsp n. 406.545/SP, rel. Min. Luiz Fux).

Todas as três decisões que lhe são posteriores restam, desta forma, prejudicadas, inclusive a que embasou a demanda executiva deflagrada pela Apelante – ação civil pública n. 023.03.060382-2, que deu origem à Apelação Cível n. 2006.011186-8. E, dada a impossibilidade de produzir efeitos em concorrência com a primeira coisa julgada, padecendo de insanável vício de inconstitucionalidade, não há falar em preclusão da matéria, sendo inexequível o aludido título judicial, razão pela qual é imperiosa a manutenção da sentença vergastada.

Ad argumentandum tantum, no caso concreto, ainda que se entendesse pela primazia da última coisa julgada, o desate da lide seria idêntico. Isso porque, nos limites das informações constantes deste caderno processual, a derradeira sentença coletiva transitada em julgado – ação civil pública n. 023.07.112482-1, que recebeu o n. 2009.074446-0 em segundo grau – igualmente reconheceu a prescrição da pretensão autoral, de modo que, sob qualquer perspectiva, tem-se por inarredável a extinção do cumprimento de sentença.

O eminente Desembargador Substituto Altamiro de Oliveira, empós vista dos autos, ratificou o raciocínio ora expendido, roborando-o com as conclusões do articulista Denis Donoso em trabalho publicado no sítio eletrônico *Jus Navegandi*:

> 1. A coisa julgada, que é uma qualidade especial da sentença, tem raízes constitucionais, e sob este enfoque é que sempre deverá ser analisada.
>
> 2. Os elementos da ação importam não apenas para a caracterização da coisa julgada, como também aos seus limites objetivos e subjetivos.
>
> 3. Dada sua importância para a estabilidade das relações, a coisa julgada só pode ser desconstituída em situações excepcionais, conforme o rol do art. 485 do CPC, que inclui a hipótese, entre outras, da ofensa à coisa julgada anterior (inciso IV).
>
> 4. Havendo ofensa à coisa julgada antes do término do prazo da ação rescisória (dois anos, conforme o art. 495 do CPC), não há dúvidas de que deve prevalecer a primeira coisa julgada.
>
> 5. Diverge-se, porém, quando, havendo ofensa à coisa julgada, ultrapassa-se o prazo da ação rescisória com inação da parte interessada.
>
> 6. Parte da doutrina defende que prevalece a primeira coisa julgada, fundada em razões de ordem constitucional. Outra parcela entende que deve prevalecer a segunda, já que o legislador assinalou prazo para sua desconstituição, sinalizando que prefere sua manutenção depois deste prazo, mormente porque "lei" posterior revoga a anterior.
>
> 7. Para nós deve prevalecer a primeira coisa julgada pois, além de adotar os argumentos da doutrina favorável, entendemos que falta interesse de agir ao autor da segunda demanda, o que vicia todo o processo, inclusive a sentença e seus desdobramentos.
>
> 8. Temos, ainda, que a coisa julgada posterior veio ao mundo por intermédio de um processo ineficaz e inválido, já que não respeitou um pressuposto processual negativo.
>
> (Coisa julgadas antagônicas após o prazo da ação rescisória. *Jus Navegandi*. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/4659/coisas-julgadas-antagonicas-apos-o-prazo-da-acao-rescisoria>. Acesso em 12-3-13).

Por derradeiro, registre-se ser irrelevante o argumento de que o próprio Juízo da ação coletiva originária já houvera afastado a alegação de coisa julgada, tanto porque a mencionada decisão não fora prolatada na fase de conhecimento, e sim de cumprimento de sentença, como também por ser incapaz de afastar o vício de constitucionalidade de que padece o ato normativo.

É o quanto basta.

Ante o exposto, por unanimidade, nega-se provimento ao Recurso.

Apelação Cível n. 2012.062374-0, de Itajaí

Relator: Des. José Inacio Schaefer

> TRANSPORTE MARÍTIMO. Cobrança procedente. Insurgência. Contêiner. Taxa. Sobre-estadia. Termo de compromisso. Apelo desprovido.
>
> O encargo pela demora na devolução de contêineres foi expressamente ajustado e ausente causa de exoneração.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.062374-0, da comarca de Itajaí (3ª Vara Cível), em que é apelante Rapsódia Importação e Exportação Ltda., e apelado CMA-CGM - Societé Anonyme:

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, nesta data, foi presidido pelo Exmo. Des. José Carlos Carstens Köhler, e dele participou o Exmo. Des. Altamiro de Oliveira.

Florianópolis, 4 de junho de 2013.

José Inacio Schaefer

RELATOR

RELATÓRIO

Rapsódia Importação e Exportação Ltda. apelou da sentença proferida pelo juiz José Agenor de Aragão na ação de cobrança movida por CMA-CGM – Societé Anonyme, representada por CMA-CGM do

Brasil Agência Marítima Ltda., alegando que no contrato de transporte marítimo de mercadorias firmado entre as partes não houve previsão de prazos ou valores a título de sobre-estadia, o que inviabilizaria a cobrança (fls. 203/208).

O recurso foi recebido no duplo efeito (fl. 238).

Nas contrarrazões foi pedido o desprovimento do reclamo (fls. 242/256).

VOTO

A sentença dispôs:

> Ante ao exposto, julgo procedente o pedido inicial da ação de cobrança, autuada sob o n. 033.09.001049-6, ajuizada por CMA – CGM Societé Anonyme, neste ato representada por CMA – CGM do Brasil Agência Marítima Ltda., contra Rapsódia Importação e Exportação Ltda., para condenar a parte requerida a pagar à empresa autora a importância correspondente a US$ 6.680,00 (seis mil, seiscentos e oitenta dólares), convertida pela taxa de câmbio comercial divulgada pelo Banco Central aplicável na data do efetivo pagamento, adicionada de juros de mora, em conformidade com o disposto nos artigos 406, do CC, e 161, § 1º, do CTN, de 1% (hum por cento) ao mês, a contar da citação.
>
> Condeno a parte demandada ao pagamento das despesas processuais, bem como ao adimplemento das verbas advocatícias, as quais, com arrimo no artigo 20, § 4º, do CPC, fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor devido (convertido – fl. 189).

A apelante investiu contra esta decisão, sustentando que, ao contratar com a recorrida o transporte marítimo de produtos provenientes do exterior, para desembarque no porto de Itajaí, neste Estado, não teria havido pactuação dos dias livres para uso dos contêineres onde acondicionadas

as mercadorias importadas, tampouco da taxa de sobre-estadia incidente após extrapolado este prazo.

Alegou que estas informações deveriam constar do conhecimento de transporte emitido quando do despacho das mercadorias no exterior, mas foram lançadas apenas no termo de responsabilidade, cuja assinatura foi imposta como condição para liberação das mercadorias no porto de destino. Concluiu sustentando que o débito seria unilateral, motivo pelo qual o pedido de cobrança não mereceria prosperar (fls. 205/208).

Nas contrarrazões foi destacado que

> A praxe marítima prevê, por ocasião do embarque, a emissão do conhecimento de transporte ("bill of landing") contendo as cláusulas que regerão o transporte contratado. Este contrato é emitido em, no mínimo, três vias, umas das quais é entregue ao embarcador, a segunda ao transportador, e a terceira, remetida ao consignatário para que este possa receber sua carga no porto de destino.
>
> Ressalte-se que a atividade precípua da apelante constitui na importação de mercadorias para posterior revenda. Portanto, tem pleno conhecimento das praxes marítimas e alfandegárias, e não só recebeu sua via do contrato, reconhecendo-o como tal, como também tomou todas as providências para a liberação de suas mercadorias, o que efetivamente ocorreu, porém fora do prazo estipulado (itens 10 e 11, fls. 245/246).

E acrescentou:

> Com efeito, ao ter promovido o desembaraço aduaneiro de suas mercadorias, supõe-se que a apelante concorda com a validade dos conhecimentos de transporte para este fim, mas não os admite como válidos quando se trata de assumir sua responsabilidade mediante o pagamento das sobrestadias, as quais ela própria deu causa (item 20, fl. 248).

A sentença assentou a respeito:

> Depreende-se dos Termos de Responsabilidade de Devolução de Container(s) (fls. 107/114), que a demandada tinha plena ciência acerca da responsabilidade em devolver os containers no período livre, sob pena de ser cobrada sobreestadia.

> Verifica-se, ainda, dos termos acima mencionados a existência de uma tabela dando conta que para container do tipo RE 40 High Cube o período livre (*free time*) era de nove (9) dias e o valor devido em caso de sobreestadia era de US$ 40,00 (quarenta dólares) por dia.
>
> Registre-se que nos contratos em questão consta a empresa requerida como importadora, tendo sido subscritos pelo despachante aduaneiro, que na ausência de prova em contrário, representava os interesses da suplicada.
>
> [...]
>
> Com efeito, infundada a alegação da requerida de que a taxa em questão tenha sido estipulada unilateralmente.
>
> Frise-se que a requerida não impugna os dias de sobreestadia dos containers objeto da exordial (fls. 186/188).

Com efeito, os prazos de utilização dos contêineres e taxas de sobre-estadia vieram discriminados em termos de compromisso de devolução, os quais indicaram como "importador/recebedor" a empresa apelante e vieram assinados por despachante aduaneiro (fls. 107/114), cujos poderes de representação, conforme assentado na sentença, não foram questionados.

Dos referidos documentos constou:

> O período livre de utilização do(s) container(s) será contado a partir da data da descarga. Após decorrido este período, incidirá a cobrança de sobreestadia (*demurrage*) até a efetiva devolução do(s) container(s) pelo consignatário/recebedor, obedecendo os prazos e valores constantes na tabela abaixo.

A tabela mencionada discriminou "período de livre utilização do container – free time" equivalente a 9 dias e "taxa de sobreestadia" de "USD40,00" - quarenta dólares norte-americanos.

A alegação de que a assinatura destes documentos foi imposta como condição para liberação das mercadorias não socorre a apelante pois, além de inexistir qualquer elemento de convicção hábil a confortá-la, contraria o argumento de que não tinha conhecimento da incidência da taxa.

Ora, se os termos de compromisso foram assinados com a finalidade de liberar as mercadorias que haviam chegado ao porto, a apelante teve ciência dos dias livres para usar os contêineres sem incidir na taxa de sobre-estadia antes de iniciar sua fluência, permitindo-lhe organizar-se de modo a restituir referidos bens no prazo. No entanto, não logrou tal desiderato, tampouco apresentou qualquer justificativa que pudesse eximi-la do pagamento.

Além disso, a taxa de sobre-estadia é praxe no transporte marítimo e a apelante, como bem observado nas contrarrazões (fls. 244/246), é empresa atuante neste ramo, tendo como um de seus objetivos sociais a "importação e exportação de qualquer mercadoria ou produto, em especial fios e fibras têxteis" (art. 3º, "b", fl. 172), não sendo crível que desconheça esta prática (Apelação Cível n. 2008.074841-0, de Itajaí, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. em 21.6.2011).

Ademais, os valores cobrados encontram respaldo nos demais elementos constantes dos autos, consistentes em faturas e planilhas de cálculo que sequer foram impugnadas pela apelante (fls. 128/138 e 152), de sorte que a sentença não está a merecer reparo. Precedente:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SOBREESTADIA DE CONTÊINERS (DEMURRAGE). PRELIMINARES AFASTADAS. PREVISÃO EXPRESSA NO TERMO DE RESPONSABILIDADE ASSINADO. CIÊNCIA DA ENTREGA DA MERCADORIA. PERMISSÃO DE INCIDÊNCIA DE TARIFA APÓS O FREE TIME. OBRIGAÇÃO ASSUMIDA. RECURSO DESPROVIDO (Apelação Cível 2008.001266-9, de Itajaí, rel. Des. Lédio Rosa de Andrade, j. em 26.10.2010).

Por todo o exposto, voto para negar provimento ao recurso.

Apelação Cível n. 2012.050589-9, de Itajaí

Relator: Des. Subst. Altamiro de Oliveira

APELAÇÃO CIVEL. AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO COM PEDIDOS INIBITÓRIO E DE CONDENAÇÃO À INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. REMISSÃO ILÍCITA DO CONJUNTO-IMAGEM – *TRADE DRESS*. SENTENÇA QUE EXTINGUIU O FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO EM RELAÇÃO A DUAS RÉS E JULGOU IMPROCEDENTES OS PEDIDOS DA PETIÇÃO INICIAL EM RELAÇÃO À OUTRA.

APELO DAS AUTORAS. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DO DIREITO VIOLADO E DO DEVER DE INDENIZAR DEVIDO À CONCORRÊNCIA DESLEAL CARACTERIZADA PELA IMITAÇÃO DO CONJUNTO-IMAGEM E DO CONCEITO IDEOLÓGICO. TESE ACOLHIDA. INDEVIDA REMISSÃO À MARCA REGISTRADA E PROTEGIDA PELAS APELANTES. SIGNOS QUE COMPÕEM A MARCA MISTA FLAGRANTEMENTE UTILIZADOS PELAS RÉS NO INTUITO DE APROVEITAR-SE DO SEU PRESTÍGIO. CONDUTA A CONFIGURAR CONCORRÊNCIA PARASITÁRIA E ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DAS RÉS.

O enriquecimento sem causa ocorre com o deslocamento patrimonial em favor das rés, que se aproveitaram da ideia veiculada pela marca alheia – e do seu prestígio – para propagar seu nome no mercado: ao utilizar semelhantes elementos figurativos e nominativos dos das autoras, para assim auferir vantagens

econômicas, as rés tiraram vantagem da boa fama que as autoras se esforçaram por adquirir, usurparam os seus investimentos intelectuais à criação da marca e enfraqueceram, ademais, o seu signo, pela diluição da sua distintividade (BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 487).

Após anos de maciços investimentos por parte das autoras para a construção de sua marca e reconhecimento da qualidade de seu produto, é inviável permitir-se às rés que se aproveitem desse prestígio, mormente porque não contribuíram para o seu desenvolvimento; não podem, por corolário, utilizar-se de signos que inequivocamente remetem àqueles veiculados pelas autoras, circunstância que representa incontestável situação de concorrência desleal porque, mesmo que não resulte em desvio de clientela, acarretará concorrência parasitária e enriquecimento sem causa das rés.

Na lição da doutrina: "Sob a denominação genérica de concorrência desleal costumam os autores reunir uma grande variedade de atos contrários às boas normas da concorrência comercial, praticados, geralmente, com o intuito de desviar, de modo direto ou indireto, em proveito do agente, a clientela de um ou mais concorrentes, e suscetíveis de causar-lhes prejuízos" (CERQUEIRA, João da Gama, *Tratado de Propriedade Industrial.* 2. ed. São Paulo: RT, 1982, p. 1.266).

DANOS MORAIS DECORRENTES DA CONDUTA PERPETRADA PELAS RÉS. VIOLAÇÃO AO DIREITO RECONHECIDO E OUTORGADO ÀS AUTORAS PELA AUTARQUIA COMPETENTE. CONDUTA QUE

ACARRETOU INEGÁVEL MÁCULA DE ORDEM MORAL À SUA PERSONALIDADE.

A falsificação do produto ou a alienação em autorização do detentor com exclusividade da marca, provoca diluição da marca e danos à imagem da autora, de modo que a qualidade duvidosa fere a reputação que goza junto ao mercado consumidor, sendo devida a compensação moral, que nesse caso, considera-se o dano *in re ipsa*. Assim, em que pese não haja demonstração do prejuízo, a simples violação do direito obriga à satisfação do dano (art. 186 do CC) (TJSP Apelação n. 0323413- 57.2009.8.26.0000, de São José do Rio Preto, rel. Des. Fábio Podestá, j. 20-3-2013).

DANOS MATERIAIS. AUSÊNCIA DE PROVAS DOS PREJUÍZOS ALEGADOS. PLEITO INDEFERIDO.

RECURSO DAS AUTORAS CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

RECURSO ADESIVO DAS RÉS. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS. PERDA PARCIAL DO OBJETO, EM RELAÇÃO À RÉ QUE PASSOU A SUCUMBIR. MANTENÇA DA ESTIPULAÇÃO PARA AS CORRÉS. SENTENÇA QUE, NO PONTO, ATENDEU OS CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DO *QUANTUM*.

RECURSO ADESIVO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.050589-9, da comarca de Itajaí (2ª Vara Cível), em que são apelantes e recorridas adesivas Red Bull GMBH e outra, e apeladas e recorrentes

adesivas Carlos Henrique de Carvalho Representações Comerciais Ltda. e outras:

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso das autoras e dar-lhe parcial provimento; conhecer parcialmente do recurso adesivo das rés e negar-lhe provimento. Vencido o Exmo. Sr. Des. José Inácio Schaefer. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 14 de maio de 2013, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. José Carlos Carstens Köhler, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. José Inácio Schaefer.

Florianópolis, 14 de maio de 2013.

Altamiro de Oliveira

RELATOR

RELATÓRIO

Red Bull Gmbht e sua filiada e subsidiária Red Bull do Brasil Ltda., interpuseram recurso de apelação cível e Distribuidora Muller Comércio e Representações Ltda. interpôs recurso adesivo em face de sentença que julgou ação de rito ordinário n. 033.10.015061-9, na 2ª Vara Cível da Comarca de Itajaí ingressada pela Red Bull Gmbht contra Distribuidora Muller Comércio e Representações Ltda., Carlos Henrique de Carvalho Representações Comércio Ltda. e Global Marcas Comércio & Representações Ltda.

O decisório objetado extinguiu a demanda sem resolver o mérito em relação às rés Carlos Henrique de Carvalho Representações Comércio Ltda. e Global Marcas Comércio & Representações Ltda., diante de sua ilegitimidade passiva *ad causam*, com fulcro nos artigos 130,136, I e 137 da lei 9.279/96 e nos artigos 267, VI e 462, ambos do Código de Processo Civil e julgou improcedentes os pedidos contidos na petição inicial em

relação à Distribuidora Muller Comércio e Representações Ltda., com amparo no art. 170, *caput* e inc. IV, da Constituição Federal, nos arts. 122 e 123 da lei n. 9.279/1996 e nos artigos 131 e 269, I, ambos do Código de Processo Civil. Por corolário, as autoras foram condenadas ao pagamento das despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, esses fixados em R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para cada uma das rés, na forma da artigo 20 §§ 3 º e 4 º, do CPC.

Red Bull Gmbht e Red Bull do Brasil Ltda. recorreram e afirmaram que a bebida "RED DRAGON" foi acondicionada em embalagem que viola os direitos das autoras, porque imita o conceito ideológico e o conjunto-imagem e alegaram que todas as diferenças introduzidas pelas rés teriam como objetivo tão só disfarçar o ilícito praticado. Asseveraram a deslealdade das rés, pois tiveram a nítida intenção de facilitar a promoção de suas vendas e, para tanto, imitaram o seu conjunto-imagem. Suscitaram que o parecer técnico acostado nos autos, à peça exordial, confirmaria tal conduta cuja abstenção visam seja determinada. Disseram que a *quaestio juris* não concerniria tão somente à confusão gerada nos consumidores quanto à procedência das marcas, mas também teria por escopo evitar a associação indevida, a concorrência parasitária e a usurpação de elementos visuais da sua marca. Pugnaram, alfim, pela condenação da apelada Distribuidora Muller Comércio e Representações Ltda. ao pagamento de indenização pelas máculas de ordem material e moral que teriam sofrido. Requereram, subsidiariamente, sejam os honorários advocatícios minorados para que o montante fixado corresponda àquele devido a todos os patronos das rés.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos legais (fl. 1273).

Instadas, as recorridas contra-arrazoaram às folhas 1277 a 1302 e 1304 a 1329.

Distribuidora Müller Comércio e Representações Ltda., Carlos Henrique Carvalho Representações Comerciais Ltda. e Global Marcas Co-

mércio & Representações Ltda. interpuseram recurso adesivo para pugnar pela majoração do *quantum* fixado a título de honorários advocatícios.

As apelantes contra-arrazoaram às folhas 1343 a 1350. Na sequência, os autos ascenderam a este Sodalício.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação cível e recurso adesivo interpostos, respectivamente, por Red Bull Gmbht e sua filiada e subsidiária Red Bull do Brasil Ltda. e Distribuidora Müller Comércio e Representações Ltda. em face de sentença que julgou ação de rito ordinário n. 033.10.015061-9, na 2ª Vara Cível da Comarca de Itajaí ingressada pela Red Bull Gmbht contra Distribuidora Muller Comércio e Representações Ltda., Carlos Henrique de Carvalho Representações Comércio Ltda. e Global Marcas Comércio & Representações Ltda.

O decisório objetado extinguiu a demanda sem resolver o mérito em relação às rés Carlos Henrique de Carvalho Representações Comércio Ltda. e Global Marcas Comércio & Representações Ltda., diante de sua ilegitimidade passiva *ad causam*, com fulcro nos artigos 130,136, I e 137 da lei 9.279/96 e nos artigos 267, VI e 462, ambos do Código de Processo Civil e julgou improcedentes os pedidos contidos na petição inicial em relação à Distribuidora Müller Comércio e Representações Ltda., com amparo no art. 170, *caput* e inc. IV, da Constituição Federal, nos arts. 122 e 123 da lei n. 9.279/1996 e nos artigos 131 e 269, I, ambos do Código de Processo Civil. Por corolário, as autoras foram condenadas ao pagamento das despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, esses fixados em R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para cada uma das rés, na forma da artigo 20 §§ 3 º e 4 º, do CPC.

Sabe-se que a propriedade industrial é a alcunha legal que se dá a certos direitos de natureza imaterial produzidos pelo intelecto, para aplicação na indústria e ao comércio em geral, cuja proteção outorga a seu titular direitos de uso e de exploração exclusivos (DE OLIVEIRA, Celso Marcelo. *Tratado de direito empresarial brasileiro*. Campinas: 2004, p. 567).

São bens passíveis de resguardo pela Lei de Propriedade Industrial tanto a invenção, quanto o modelo de utilidade, o desenho industrial e a marca, para os quais a norma, através do Instituto Nacional de Propriedade Industrial, concede patente de invenção e modelo de utilidade e certificado de registro.

> O efeito da concessão da patente ou registro é garantir ao seu titular, ou criador, o direito de propriedade, do qual decorre o direito de uso e exploração exclusivos, pelo prazo fixado pela lei, de vinte anos para invenção, quinze para modelo de utilidade, dez para desenho industrial e para marcas, nestes dois últimos casos, com a possibilidade de renovação (*opus cit.*, p. 568).

A marca mista, objeto do Certificado de Registro de Marca n. 1726 – consoante se confere no sítio eletrônico do Instituto Nacional de Propriedade Industrial –, caracteriza-se pela forma ou conformação física própria que distinga o produto dos demais, e, por isso, também é passível de proteção como registro de marca. Trata-se, conforme conceito encontrado naquele mesmo sítio, de "sinal que combina elementos nominativos e figurativos".

Já a sobredita Lei de Propriedade Industrial anuncia:

> Art. 122. São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais.
>
> Art. 123. Para os efeitos desta Lei, considera-se:
>
> I - marca de produto ou serviço: aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa;
>
> II - marca de certificação: aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações

> técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada; e
>
> III - marca coletiva: aquela usada para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade.

E ainda, das Diretrizes de Análise de Marcas fornecidas pela Autarquia Federal, retira-se a seguinte conceituação: "marca mista, ou composta, é o sinal constituído pela combinação de elementos nominativos e figurativos ou mesmo apenas por elementos nominativos cuja grafia se apresente sob forma fantasiosa ou estilizada".

No caso dos autos, registrada a marca "Red Bull" (composta tanto por elementos denominativos, quanto figurativos) impõe-se sua proteção sob dois distintos aspectos: um aspecto, que visa evitar o equívoco ou confusão do consumidor e outro, com o qual se busca rechaçar o parasitismo e o enriquecimento sem causa por parte das rés. Segundo posição já firmada no Superior Tribunal de Justiça:

> A proteção legal à marca (Lei n. 5.772/77, art. 59), tem por escopo reprimir a concorrência desleal, evitar a possibilidade de confusão ou dúvida, o locupletamento com esforço e labor alheios. A empresa que insere em sua denominação, ou como nome de fantasia, expressão peculiar, passa, a partir do registro respectivo, a ter legitimidade para adotar referida expressão como sinal externo distintivo e característico e impedir que outra empresa que atue no mesmo ramo comercial como tal a utilize. Precedentes do STJ (REsp. n. 62.770/RJ, rel. Min. Waldemar Zeiter, j. 4-8-1997).

Também é da doutrina a seguinte lição:

> A lei visa a proteção legal à marca, tendo como escopo reprimir a concorrência desleal, evitar a possibilidade de confusão, erro ou dúvida do consumidor que pensa estar adquirindo um determinado produtos ou serviço pensando ser outro, bem como o locupletamento com esforço de labor alheio, tirar proveito, indevidamente, do resultado positivo, dos esforços e das inovações do concorrente, no plano comercial, artístico, industrial e tecnológico. A concorrência desleal, indiscutivelmente, é um abuso de poder econômico. (...). (VIEIRA, Marcos Antonio.

> *Propriedade industrial:* marcas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 2006, p. 195).

Para a presente situação, mesmo que não se cogite de confusão entre os produtos produzidos pelas litigantes – que, aliás, atuam no mesmo segmento mercadológico –, ainda assim, haverá nítido enriquecimento sem causa das rés, caso não lhes seja obstada a utilização de marca que remeta a outra que já goza de prestígio. Explica-se, com olhos à circunstância em liça.

O enriquecimento sem causa ocorre com o deslocamento patrimonial em favor das rés, que se aproveitaram da ideia veiculada pela marca alheia – e do seu prestígio – para propagar seu nome no mercado: ao utilizar semelhantes elementos figurativos e nominativos dos das autoras, para assim auferir vantagens econômicas, as rés tiraram vantagem da boa fama que as autoras se esforçaram por adquirir, usurparam os seus investimentos intelectuais à criação da marca e enfraqueceram, ademais, o seu signo, pela diluição da sua distintividade (BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 487).

Sabe-se que uma das formas mais sutis de imitação é a ideológica, qual seja:

> A que procura criar confusão com a marca legítima por meio da idéia que evoca ou sugere ao consumidor. Há marcas que despertam a idéia do produto a que se aplicam ou de alguma de suas qualidades, ou que sugerem uma idéia qualquer, sem relação direta com o produto assinalado (CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado de Propriedade Industrial.* 2. ed. São Paulo: RT, 1982. p. 919).

In casu, mostra-se inconteste que os dragões alados em posição de combate, a lua cheia no fundo do desenho e parte da expressão designativa da marca ("Red Dragon") são elementos que imitam os conceitos ideológicos da marca Red Bull, que envidou esforços – não só de ordem financeira, mas também intelectual – para imprimir sua marca na mente dos consumidores, a sofrer com a concorrência parasitária das rés. Todos

esse elementos distintivos compõem a própria marca indicativa do produto das autoras. Hoje conhecidos como *trade dress* tais elementos perfazem, pois, os *sinais distintivos visualmente perceptíveis e passíveis de registro como marc*a (art. 122, Lei n. 9.279/1996) e são objeto de remissão feita pelas rés.

Assim, decorridos alguns anos de maciços investimentos por parte das autoras para a construção de sua marca e reconhecimento da qualidade de seu produto, vieram as rés aproveitarem-se desse prestígio, sem que houvessem contribuído para o desenvolvimento da marca, utilizando-se de signos que inequivocamente remetem àqueles veiculados pelas autoras, circunstância que representa incontestável situação de concorrência desleal porque, mesmo que não resulte em desvio de clientela, acarreta concorrência parasitária e enriquecimento sem causa.

Na lição da doutrina:

> Sob a denominação genérica de concorrência desleal costumam os autores reunir uma grande variedade de atos contrários às boas normas da concorrência comercial, praticados, geralmente, com o intuito de desviar, de modo direto ou indireto, em proveito do agente, a clientela de um ou mais concorrentes, e suscetíveis de causar-lhes prejuízos (CERQUEIRA, João da Gama, *opus cit.*, p. 1.266).

A Lei de Propriedade industrial, em seu artigo 209, deixou de discriminar em um rol taxativo as atividades comerciais que agridem a lealdade na concorrência entre as empresas, mormente porque tal listagem seria imperfeita e num contexto de liberdades civis, a prática dessas atividades é algo muito dúctil e mutável, correspondendo a lei às expectativas razoáveis de um comportamento de mercado (BARBOSA, Denis Barbosa, *opus cit.*, p. 297).

Sobre o tema, retira-se do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul o seguinte julgado:

> Apelação cível. Responsabilidade civil. Concorrência desleal. Sócio que abre empresa com a finalidade de prestar os mesmos serviços, além de

> nomeá-la com grafia praticamente idêntica. Transferência de cliente e fundação de sede contígua. Descumprimento da boa-fé objetiva. Fechamento da primeira empresa. Danos morais. Dever de indenizar o abalo moral gerado. À unanimidade, afastada a preliminar, deram provimento ao apelo.
>
> (...).
>
> Conforme já referido, o demandado constituiu empresa concorrente a que continha com seu sócio, com o fito de prestar os mesmos serviços, criou nome extremamente parecido [Presto Monti e Prestil], fundou sede ao lado da primeira empresa e ainda utilizou-se de funcionários da primeira sociedade.
>
> Ora, é inegável que toda essa situação, por si só, abalou o intimo psicológico do autor, que viu sua empresa, responsável pelo seu sustento e de sua família, ser esgotada pela atitude desleal de seu então sócio, sendo crível que este também o compense pecuniariamente pelos danos morais gerados (Apelação Cível n. 70047294491, Luís Augusto Coelho Braga, j. 21-3-2013).

Em reforço a tal conclusão, pontua-se que "as empresas litigantes atuam no mesmo ramo empresarial e disputam a atenção do mesmo público consumidor e neste caso se 'registrada uma marca, não pode outra empresa industrial, comercial ou de serviços utilizá-la na composição de seu nome comercial, em havendo similitude de atividades' (REsp 210.076/RJ, Ministro BARROS MONTEIRO)". (Apelação n. 0103422- 07.2008.8.26.0100, de São Paulo, rel. Des. Neves Amorim, j. 26-3-2013).

Observa-se, ademais, a especialidade ou especificidade, pela qual a proteção da marca tem íntima relação com o produto ou o serviço ofertado pelo registrante; assim, a limitação do uso exclusivo da marca concerne principalmente àquelas pessoas jurídicas que exerçam o mesmo ramo de atividade desenvolvida pelo seu titular e implica na vedação em reproduzi-la, seja parcial, seja totalmente ou ainda com acréscimo de palavras (art. 65, XVII, da Lei n. 5.772/1971).

Logo, por todos esses argumentos, mostra-se imperativa a proteção que as autoras, hoje apelantes, visam seja determinada pelo provimento jurisdicional, frente à inconteste ilegalidade praticada, com a veiculação de marca – tanto a expressão gramatical, quanto os signos que a perfazem – que faz clara remissão à delas.

Determina-se, pois, abstenha-se a ré Distribuidora Müller Comércio e Representações Ltda., a perpetrar o ato cuja ilegalidade esta Câmara reconhece, com a reforma desse excerto da sentença.

Relativamente aos danos morais, pleito que também cingiu o plexo exordial, é inconteste que do enriquecimento indevido das rés e da diluição da distintividade da marca das autoras, ambas circunstâncias a representarem a concorrência parasitária decorreu a desvalorização da marca "Red Bull", a afetar sua honra objetiva e ensejar, por corolário, o dano passível de indenização.

Outro precedente jurisprudencial proferido no Tribunal de Justiça de São Paulo pauta tal posição:

> (...). Logo, a falsificação do produto ou a alienação em autorização do detentor com exclusividade da marca, provoca diluição da marca e danos à imagem da autora, de modo que a qualidade duvidosa fere a reputação que goza junto ao mercado consumidor, sendo devida a compensação moral, que nesse caso, considera-se o dano *in re ipsa*. *Assim, em que pese não haja demonstração do prejuízo, a simples violação do direito obriga à satisfação do dano* (art. 186 do CC).
>
> É fato que a credibilidade empresarial merece proteção, como patrimônio moral da pessoa jurídica, da forma mais abrangente possível, o que vem corroborado tanto pelo art. 521 do Código Civil, quanto pela Súmula 2272 do Superior Tribunal de Justiça.
>
> Assinala Yussef Said Cahali que a pessoa jurídica é passível de sofrer *"ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam seu bom nome no mundo civil ou comercial onde atua"*. (Dano moral, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 395) (Apelação nº 0323413- 57.2009.8.26.0000,

> de São José do Rio Preto, rel. Des. Fábio Podestá, j. 20-3-2013 – grifou-se).

Também nesse e. Tribunal de Justiça já se assentou, para situação que a esta se assemelha:

> No caso vertente, a venda de óculos de sol "similares", que tentam imitar aqueles que foram cuidadosamente planejados pelas autoras, observando técnicas e estudos específicos, ocasiona a vulgarização da marca – muito conhecida nos meios esportivos – desqualificando-a. Assim, tem-se que a simples ofensa ao sistema de proteção à propriedade industrial gera, por si só, dano moral à empresa titular do direito. Neste sentido: TJRS, Ap. Cív. n. 70026152827, de Portão, Rela. Desa. Iris Helena Medeiros Nogueira, DJ de 16-10-2008.
>
> Deste modo, sendo evidente o fato desabonador à boa imagem do nome e da marca "Mormaii", condenam-se as requeridas ao pagamento de verba indenizatória às apelantes, como forma de impedir que práticas como a em estudo continuem a ser indiscriminadamente cometidas nos centros comerciais de nossas cidades (Apelação Cível n. 2009.030232-7, rel. Des. Ricardo Fontes, j. 13-8-2009).

Na sequência, passa-se à análise do *quantum* a ser arbitrado a título de danos morais devidos às autoras, pela ré Distribuidora Müller Comércio e Representações Ltda.

Cristalino é que, em hipótese como a presente, o magistrado deve se pautar por critérios de razoabilidade e proporcionalidade a fim de fixar valor que, a um só tempo, não sirva de lucro à vítima, nem tampouco desfalque o patrimônio do lesante. Daí por que a propriedade em nominá-la como compensação a título de danos morais, pois o valor é aferido de forma a contrabalançar o abalo experimentado pelo autor, além do intuito de alertar o ofensor a não reiterar a conduta lesiva.

Conforme esclarece José Raffaelli Santini:

> [...] inexistindo critérios previstos por lei a indenização deve ser entregue ao livre arbítrio do julgador que, evidentemente, ao apreciar o caso concreto submetido a exame fará a entrega da prestação jurisdicional

> de forma livre e consciente, à luz das provas que forem produzidas. Verificará as condições das partes, o nível social, o grau de escolaridade, o prejuízo sofrido pela vítima, a intensidade da culpa e os demais fatores concorrentes para a fixação do dano, haja vista que costumeiramente a regra do direito pode se revestir de flexibilidade para dar a cada um o que é seu. [...] O que prepondera, tanto na doutrina, como na jurisprudência, é o entendimento de que a fixação do dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do juiz (*Dano moral*: doutrina, jurisprudência e prática. Agá Júris, 2000. p. 45).

Enquanto isso, colhe-se desta Corte que:

> Para a fixação do *quantum* indenizatório, devem ser observados alguns critérios, tais como a situação econômico-financeira e social das partes litigantes, a intensidade do sofrimento impingido ao ofendido, o dolo ou grau da culpa do responsável, tudo para não ensejar um enriquecimento sem causa ou insatisfação de um, como a ruína ou a impunidade do outro (Apelação Cível n. 2005.021986-2, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 31-10-2006).

E, ainda:

> A indenização por danos morais deve ser fixada com ponderação, levando-se em conta o abalo experimentado, o ato que o gerou e a situação econômica do lesado; não podendo ser exorbitante, a ponto de enriquecer o lesado, nem irrisória, dando azo à reincidência (Apelação Cível n. 2006.032310-2, rel. Des. Fernando Carioni, j. 3-10-2006).

Como é sabido, a indenização deve ser arbitrada sempre de modo a não provocar enriquecimento sem causa para a parte que a recebe e o *quantum* deve ser suficiente para que o ofensor não venha a reincidir na prática ilícita.

Ainda, no mesmo sentido decidiu este Sodalício:

> [...] O valor da indenização do dano moral deve ser arbitrado pelo juiz de maneira a servir, por um lado, de lenitivo para o abalo creditício sofrido pela pessoa lesada, sem importar a ela enriquecimento sem causa ou estímulo ao prejuízo suportado; e, por outro, deve desempenhar uma função pedagógica e uma séria reprimenda ao ofensor, a fim de

> evitar a recidiva [...] (Apelação Cível n. 2001.010072-0, de Criciúma, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 14-10-2004).
>
> No que concerne à fixação do *quantum* indenizatório, a paga pecuniária não há que representar um enriquecimento sem causa para quem pleiteia o ressarcimento, mas deve o valor imposto ser suficiente para desestimular o ofensor à reiteração da prática danosa (Apelação Cível n. 2006.017178-5, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. 10-10-2006).

In casu, então, ao levar em conta essas diretrizes e tendo em vista o esforço dispensado pelas autoras na defesa de seu direito num cotejo, principalmente, com a capacidade econômica da parte ré Distribuidora Müller Comércio e Representações Ltda. considera-se razoável arbitrar-se a verba destinada a compensar o dano moral em R$ 100.000,00 (cem mil reais).

Recorde-se, ainda, que:

> O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que a indenização a esse título deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar 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, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve procurar desestimular o ofensor a repetir o ato (STJ. REsp n. 246258/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 7-8-2000).

O mesmo não 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 – até porque se considerou que não houve efetiva confusão no público consumidor entre as marcas ofertadas entre autoras e rés. E é cediço que incumbia às autoras o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito, conforme estabelece o art. 333, I, do Código de Processo Civil.

Retira-se, por derradeiro:

> Critério para fixação dos danos. Doutrina. Dano emergente que se configura pela *diminuição do faturamento do concorrente agredido*. Lucros cessantes que se configuram pelo *aumento do faturamento do agressor desleal*. Prova pericial que apontou valores líquidos. Lucros cessantes que também se comporão das inserções gratuitas cedidas pelo agressor desleal aos clientes da empresa agredida. Apuração em liquidação de sentença (TJSP. Apelação Cível com Revisão n. 359.268-4/0-00, da Comarca de São Paulo, rel. Des. Ariovaldo Santini Teodoro, j. 13-5-2008).

Quanto à fixação dos honorários, matéria devolvida por todos os apelantes, verifica-se que, diante da nova conclusão da controvérsia, a pretensão da ré, agora sucumbente, Distribuidora Müller Comércio e Representações Ltda, esvaziou-se, de modo que mister reconhecer a perda de objeto. Por outro lado, considera-se que a condenação de honorários fixada pela sentença em relação às ilegítimas (R$ 2.500,00 para cada) atendeu aos critérios aplicáveis à espécie (CPC, art. 20, §4º), de modo que não há que se dar guarida às pretensões das autoras/recorrentes e das rés/recorrentes adesivas.

Por fim, em face da reforma parcial da sentença, com alteração da distribuição da sucumbência entre autoras e ré Distribuidora Müller Comércio e Representações Ltda, impõe-se redimensionar a condenação sucumbencial – conforme inteligência do artigo 21 do CPC, em 30% e 70% – de forma que as autoras deverão arcar com R$ 9.000,00 (nove mil reais) de honorários em favor da citada parte, enquanto a ré deverá pagar a quantia de R$ 21.000,00 (vinte e um mil reais) em favor das autoras. As custas serão devidas pelas autoras na proporção de 2/3 (dois terços) relacionados à parte que sucumbiu frente às ilegítimas, acrescido de 30% (trinta porcento) do 1/3 (um terço) restante, relacionado à ré frente a qual sucumbiram parcialmente. Por sua vez, a ré Distribuidora Müller Comércio e Representações Ltda deverá arcar com 70% (setenta porcento) de 1/3 (um terço) das custas totais do processo.

Portanto, conhece-se do recurso das autoras e dá-se-lhe parcial provimento; e conhece-se parcialmente do recurso adesivo das rés e negar-se-lhe provimento.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2010.046111-3, de Lages

Relator: Des. Jânio Machado

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. APLICAÇÃO EM FUNDO DE INVESTIMENTO DE RENDA FIXA. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE DANOS MATERIAIS E MORAIS COMO DECORRÊNCIA DA DESVALORIZAÇÃO DO VALOR ATRIBUÍDO ÀS COTAS. ALEGAÇÃO DE GESTÃO TEMERÁRIA POR PARTE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE NÃO ENCONTRA RESPALDO NA PROVA PRODUZIDA. PROSPECTOS DO FUNDO E SEU REGULAMENTO QUE INDICAM, DE FORMA CLARA AO CONSUMIDOR, TRATAR-SE DE INVESTIMENTO COM RISCOS, SENDO POSSÍVEL O SURGIMENTO DE PERDAS. PEDIDO INDENIZATÓRIO REJEITADO. RECURSO DESPROVIDO.

"Não há qualquer ilicitude por parte da instituição financeira ao reduzir o valor das cotas dos investidores pela perda de capital aplicado quando prevista cláusula expressa nesse sentido. Nos fundos de investimento, existem evidentes oscilações e riscos inerentes ao próprio negócio. Aquele que se submete a esse tipo de operação, logo, está sujeito à diminuição do seu dinheiro

empregado." (apelação cível n. 2010.034375-0, de Tubarão, relator o desembargador Ricardo Fontes).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 2010.046111-3, da comarca de Lages (4ª Vara Cível), em que é apelante Jzago Materiais de Construção Ltda, e apelado Banco do Brasil S/A:

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 21 de março de 2013, foi presidido pelo relator e dele participaram a desembargadora Soraya Nunes Lins e o juiz Guilherme Nunes Born.

Florianópolis, 25 de março de 2013.

Jânio Machado

RELATOR

RELATÓRIO

O pedido indenizatório apresentado por Jzago Materiais de Construção Ltda. contra o Banco do Brasil S/A foi rejeitado (fls. 115/122), impondo o digno magistrado Leandro Passig Mendes o ônus da sucumbência à autora (honorários advocatícios arbitrados em R$1.200,00).

Irresignada, a autora interpôs recurso de apelação cível (fls. 125/136) com as seguintes alegações: a) é participante de Fundo de Investimento de Renda Fixa de crédito privado, celebrado com o então Banco do Estado de Santa Catarina S/A – Besc; b) fora garantido que os riscos eram altamente baixos e, sem qualquer explicação, teve prejuízo de R$10.184,92 (dez mil, cento e oitenta e quatro reais e noventa e dois centavos); c) ainda, em função da incorporação da primitiva instituição financeira que mantinha

a custódia do dinheiro, registrou-se prejuízo de R$7.876,17 (sete mil, oitocentos e setenta e seis reais e dezessete centavos); d) faltou informação e, por consequência, teve prejuízos, que precisam ser indenizados.

Com a resposta da apelada (fls. 142/151), os autos vieram a esta Casa, constando decisão da Sexta Câmara de Direito Civil de redistribuição do feito a uma das Câmaras de Direito Comercial (fls. 160/162).

VOTO

Na petição inicial, informou a apelante a contratação, com o Banco Besc, do Fundo de Investimento de Renda Fixa Crédito Privado Besc Prático, FCP 978, que seria uma aplicação caracterizada "pelo baixo risco (quase inexistente) e tem por público-alvo pequenos investidores, os quais desejam rendimentos um pouco maiores do que aqueles proporcionados pelas cadernetas de poupança" (fl. 2). Em seguida, noticiou o que seria o primeiro dano material, ocorrido em 31.10.2007, quando o saldo aplicado sofreu decréscimo de R$10.184,92 (dez mil, cento e oitenta e quatro reais e noventa e dois centavos). Mencionou, também, o recebimento de uma correspondência emitida pela instituição financeira apelada "informando da depreciação das quotas, comprometendo-se, contudo, à restituição dos valores aos cotistas que se mantivessem investindo no Fundo (Correspondência datada de 30/10/2007 – em anexo)" e, na sequência, referiu o segundo dano material sofrido, fato ocorrido por ocasião da concretização da incorporação do Besc, em data 1º.10.2008, quando o valor aplicado teve decréscimo de R$7.876,17 (sete mil, oitocentos e setenta e seis reais e dezessete centavos). O somatório destas duas "perdas" é que constituiria o dano material, além do dano moral a ser arbitrado, e que seria fruto da "gestão temerária" por parte da instituição financeira apelante (conforme consta do item 3.2.2., de fl. 23).

O exame atento da documentação que acompanhou a petição inicial evidencia a existência, unicamente, dos atos constitutivos da pessoa jurídica apelante (fls. 26/32) e do relatório emitido pela apelada, nominado de "extrato de movimentação", referente a "outubro de 2008", por meio do qual se constata a presença das seguintes aplicações no Fundo nominado "Besc Renda Fixa Prático Crédito Privado" :

a) R$150.000,00 no dia 16.10.2007, correspondendo a 15.819,7660 cotas;

b) R$55.444,02 no dia 13.11.2007, correspondendo a 6.006,8266 cotas;

c) R$1.457,35 no dia 22.12.2007, correspondendo a 156,0154 cotas.

Ali também é informado o valor negativo de R$7.876,17 (sete mil, oitocentos e setenta e seis reais e dezessete centavos) como sendo o "rendimento do mês bruto" (corresponde ao valor indicado na petição inicial como sendo o segundo dano material sofrido).

Afora isso, nada mais veio para o processo, ficando no vazio a afirmação de que teria anexado uma correspondência emitida pela apelada, de promessa de "restituição dos valores aos cotistas que se mantivessem investindo no Fundo".

A instituição financeira, na contestação apresentada, exibiu o "prospecto" do Fundo referido na petição inicial, lendo-se nele que "o investimento do fundo de investimento de que trata este prospecto apresenta riscos para o investidor, ainda que o gestor da carteira mantenha sistema de gerenciamento de riscos, não há garantia de completa eliminação da possibilidade de perdas para o fundo de investimento e para o investidor" (fl. 54). No regulamento daquele fundo, mais precisamente no parágrafo 10º é encontrada a seguinte afirmação:

> "A rentabilidade do FUNDO é estabelecida em função do valor de mercado dos ativos que compõem sua carteira. Esses ativos apresentam alterações de preço, o que configura a possibilidade de ganhos, mas também de perdas. Desta forma, eventualmente, poderá haver perda do capital, não cabendo ao ADMINISTRADOR, nem ao Fundo Garantidor de Crédito, garantir qualquer rentabilidade ou o valor originalmente aplicado. Os ativos que compõem a carteira do FUNDO sujeitam-se, em especial, aos seguintes riscos:
>
> a) Risco de Mercado (...)
>
> b) Risco de Crédito (...)
>
> c) Risco de Taxa de Juros (...)
>
> d) Risco de Liquidez (...)
>
> e) Risco Proveniente do uso de Derivativos (...)
>
> f) Risco Sistêmico (...)."

Diante da prova material produzida e, especialmente, diante dos termos do pacto celebrado, cujas cláusulas acima evidenciam ter sido o consumidor advertido dos riscos do empreendimento, inexiste qualquer possibilidade de acolhimento do pleito inicial, a razão de a Câmara confirmar a sentença pelos seus próprios fundamentos, o que faz, também, a partir de precedente da Primeira Câmara de Direito Comercial:

> "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. FUNDO DE INVESTIMENTO. NEGÓCIO DE RISCO. INFORMAÇÃO ADEQUADA AO INVESTIDOR. PREJUÍZO NO CAPITAL. REPASSE DAS PERDAS. DIMINUIÇÃO DO VALOR DAS COTAS. LEGALIDADE. PEDIDO DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE RESSARCIMENTO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS AFASTADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS NO PATAMAR DETERMINADO EM PRIMEIRO GRAU. RECURSO DESPROVIDO.
>
> Não há qualquer ilicitude por parte da instituição financeira ao reduzir o valor das cotas dos investidores pela perda de capital aplicado quando prevista cláusula expressa nesse sentido. Nos fundos de investimento, existem evidentes oscilações e riscos inerentes ao próprio negócio. Aquele que se submete a esse tipo de operação, logo, está sujeito à diminuição do seu dinheiro empregado." (Apelação cível n. 2010.034375-0, da

> comarca de Tubarão, Primeira Câmara de Direito Comercial, relator o desembargador Des. Ricardo Fontes, j. em 12.4.2012. Disponível em:<http://www.tjsc.jus.br. Acesso em: 18 mar. 2013).

Por ocasião do presente julgamento não se desconhece o que já ficou decidido na Quarta Câmara de Direito Comercial, quando resultado diverso foi encontrado (apelação cível 2011.038483-8, de Canoinhas, relator o desembargador José Inácio Schaefer e apelação cível 2011.093326-0, de Canoinhas, relator o desembargador Altamiro de Oliveira. Disponível em:<http://www.tjsc.jus.br. Acesso em: 18 mar. 2013).

De igual modo, não se desconhece o teor do julgamento realizado na Câmara em 17.11.2011 (apelação cível n. 2010.043908-2, da Capital, relator o desembargador Volnei Celso Tomazini), quando foi acolhido o pleito do investidor. Ressalta-se, contudo, a peremptória afirmação do relator daquele acórdão, da existência, naqueles autos, de "provas documentais contundentes" no sentido de que se tratava de investimento "de boa rentabilidade e improbabilidade de perdas em relação ao montante depositado", a situação que aqui não é reproduzida.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2011.042525-1, de Rio do Sul

Relator: Des. Gaspar Rubick

AGRAVO DE INSTRUMENTO – INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO QUE RECEBE PETIÇÃO INICIAL EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

INOCORRÊNCIA DE NULIDADE DA DECISÃO ATACADA POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO – OBSERVÂNCIA DO ART. 93, IX, DA CF.

"O recebimento da ação de improbidade administrativa não exige decisão timbrada por uma análise aprofundada dos fatos e condutas atribuídas ao réu. Trata-se de juízo de cognição sumária em que a existência de indícios da prática de atos improbos será suficiente legitimar o seguimento da ação." (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2010.074137-2, de Itapema, rel. Des. Newton Janke, j. 03-05-2011)

INVESTIGAÇÃO PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO MOTIVADA POR DENÚNCIA ANÔNIMA – IRRELEVÂNCIA – FATOS DEVIDAMENTE APURADOS EM INQUÉRITO CIVIL INSTAURADO ANTERIORMENTE À

PROPOSITURA DA AÇÃO – SUBSTRATO PROBATÓRIO HÁBIL A EMBASAR O PEDIDO VEICULADO PERANTE O PODER JUDICIÁRIO – LIDE NÃO TEMERÁRIA – PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO.

"(...) a "denúncia" anônima, quando fundada - vale dispor, desde que forneça, por qualquer meio legalmente permitido, informações sobre o fato e seu provável autor, bem como a qualificação mínima que permita sua identificação e localização -, não impede a respectiva investigação sobre a sua veracidade, porquanto o anonimato não pode servir de escudo para eventuais práticas ilícitas e ponto de transformar o Estado em verdadeiro paraíso fiscal" (STJ, RMS 32065 / PR. Rel. Min. Mauro Campbell, Segunda Turma, j. 17-2-2011).

EXISTÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO INSTAURADO PELA EMPRESA PÚBLICA DA QUAL O AGRAVANTE INTEGRA OS QUADROS – INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS EVIDENCIADA NA ESPÉCIE – INEXISTÊNCIA DE VINCULAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.

As conclusões de procedimento administrativo não vinculam o Poder Judiciário, porquanto existe independência entre tais instâncias, que só é ressalvada quando o juízo criminal reconhece a inexistência do fato ou da autoria.

MANIFESTAÇÃO PRELIMINAR APRESENTADA PELO AGENTE PÚBLICO REQUERIDO INCAPAZ DE DEMONSTRAR A OCORRÊNCIA DE QUALQUER DAS CAUSAS DO ART. 17, § 8º, DA LEI N. 8.429/1992 – PRESENÇA DE INDÍCIOS DA CONFIGURAÇÃO

DE ATOS DE IMPROBIDADE – SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA MANTIDA

> "O Superior Tribunal de Justiça tem firme posicionamento no sentido de que, existindo indícios de cometimento de atos enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa, a petição inicial deve ser recebida, ainda que fundamentadamente, pois, na fase inicial prevista no art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei n. 8.429/92, vale o princípio do in dubio pro societate, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público" (AgRg no AREsp n. 3030, Min. Mauro Campbell Marques). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2011.014663-0, da Capital, rel. Des. Luiz Cézar Medeiros, j. 29-11-2011)

RECURSO NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2011.042525-1, da comarca de Rio do Sul (3ª Vara Cível), em que é agravante Valdeci José Brito e agravado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado em 28 de maio de 2013, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Jorge Luiz de Borba.

Florianópolis, 29 de maio de 2013.

Gaspar Rubick

RELATOR

RELATÓRIO

Valdeci José Brito, porque inconformado com a decisão interlocutória que recebeu a petição inicial da ação civil pública por ato de improbidade administrativa que lhe move o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, interpôs o presente agravo de instrumento, a tempo e modo, argumentando, em síntese, que a propositura da demanda foi motivada por denúncia anônima, o que viola o art. 5º, IV, da CF, e que a decisão recorrida carece de fundamentação. Disse, ainda, que, em relação aos fatos descritos como ímprobos na peça vestibular, a Celesc, em decisão administrativa, decidiu pela inexistência de ato de improbidade, condenando-o tão somente ao pagamento de R$ 150.428,40, a título de ressarcimento pela doação de postes e cruzetas e que tais valores são descontados mensalmente em sua folha de pagamento.

Deferido o efeito suspensivo pleiteado, sustando o curso da ação no primeiro grau de jurisdição até a apreciação do mérito do agravo pela Câmara competente, o agravado apresentou contra-minuta.

Após, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, com vista dos autos, manifestou-se, por intermédio do Dr. André Carvalho, pelo desprovimento do recurso.

Este é o relatório.

VOTO

O recurso é desprovido, porquanto, a teor do art. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/1992, uma vez ajuizada a ação em razão da prática de ato de im-

probidade administrativa, o juiz concederá prazo para que o requerido se manifeste, podendo, após, rejeitar liminarmente a ação, caso se convença da inexistência de ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, o que não se verifica na hipótese vertente, daí porque acertado o *decisum* que determinou o recebimento da petição inicial.

De fato, pois segundo se apanha das peças que formam o presente agravo de instrumento, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ajuizou ação civil pública contra o agravante, em razão da prática, em tese, de diversos atos de improbidade administrativa, que importariam prejuízo ao erário e violação aos princípios regentes da administração pública, a teor dos arts. 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992.

No entender do agravante, a petição inicial deveria ter sido indeferida, nos moldes do art. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/1992, porque se calca em fatos narrados em denúncia anônima.

Todavia, extrai-se dos autos que, em que pesem os fatos terem chegado ao conhecimento do Ministério Público de forma anônima, o ajuizamento da inicial foi precedido de extensa investigação, na qual foram colhidos depoimentos, bem como coletados documentos, que apontam, em tese, a existência dos seguintes atos de improbidade administrativa: utilização indevida de veículo da empresa Celesc; exploração comercial e empréstimo para terceiros de áreas da empresa; uso particular e indevido do convênio firmado entre a Celesc e os Correios; utilização de empregados para desempenho de tarefas particulares; desconto de percentual do salário dos empregados; doação e venda irregular de postes e cruzetas da Celesc; destinação e instalação irregular de equipamentos da Celesc; e extravio de processos administrativos, que, por sua vez, foram minuciosamente descritos na peça vestibular.

É inegável que todos esses atos são aptos a configurar, ao menos em tese, improbidade administrativa, e a forma como teriam sido praticados

encontra-se documentada no inquérito civil que precedeu o ajuizamento da ação civil pública, no qual foram colhidos depoimentos e documentos que dão conta da existência da situação ensejadora do ajuizamento da peça exordial, o que atende ao disposto no art. 17, § 6º, da Lei n. 8.429/1992. Por essa razão, vê-se que o autor logrou êxito em confirmar o que lhe fora relatado em denúncia anônima e não está se valendo do Poder Judiciário para apurar fatos infundados ou não circundados por quaisquer outras evidências. Não se trata, aqui, de uma lide temerária.

O fato de a investigação do Ministério Público ter sido motivada por uma denúncia anônima não macula as provas colhidas dali em diante. Pelo contrário, o fato de deixar de investigar denúncia, ainda que apócrifa, na qual foram relatados tantos atos capazes de configurar improbidade administrativa, é que deveria ser rechaçado, pois o *Parquet* estaria a se afastar de seus deveres constitucionais.

Em situações semelhantes, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. APURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. POSSIBILIDADE. DENÚNCIA ANÔNIMA. INVESTIGAÇÃO SOBRE SUA VERACIDADE. POSSIBILIDADE.
>
> 1. No que tange à apontada negativa de vigência aos arts. arts. 5º, X e XII, e 93, IX, da Constituição da República, bem como ao art. 458, inc. II, do Código de Processo Civil, nota-se o ato impugnado trouxe as razões de sua conclusão sobre a possibilidade do quebra de sigilo bancário do recorrente.
>
> 2. O art. 1º, § 3º, inc. IV, da Lei Complementar n. 105/01 descaracteriza a violação ao dever de sigilo "a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa".

3. A seu turno, o art. 8º, § 2º, da Lei Complementar n. 75/93, em leitura conjugada com o art. 80 da Lei n. 8.625/93, é claro ao dispor que "nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido".

4. Por sua vez, o § 4º do mesmo dispositivo permite a quebra de sigilo quando necessária para a apuração de ocorrência de qualquer ilícito, especialmente nos crimes contra a Administração Pública, como é o caso dos autos, em que há suspeita de prática de corrupção. De fato, não poderia a privacidade constituir direito absoluto a ponto de sobrepor-se à moralidade pública.

5. Nesse sentido, a proporcionalidade da medida excepcional justifica-se sobretudo diante (i) da evolução patrimonial do recorrente, incompatível com sua renda como agente fiscal da Receita Estadual, (ii) da necessidade de examinar se efetivamente houve enriquecimento ilícito (elemento da improbidade administrativa do art. 9º da Lei n. 8.429/1992) e se existem outros agentes envolvidos, e (iii) da impossibilidade de se comprovar essa evolução senão por meio das declarações de patrimônio e renda prestadas à Receita Federal para fins de fiscalização do Imposto de Renda e da movimentação da CPMF que indicará a consistência ou a inconsistência das informações prestadas ao Fisco.

6. E mais: o objeto encontra-se devidamente especificado, consoante se observa do trecho da petição em que se complementou o pedido de quebra.

7. Impõe-se destacar também que a "denúncia" anônima, quando fundada - vale dispor, desde que forneça, por qualquer meio legalmente permitido, informações sobre o fato e seu provável autor, bem como a qualificação mínima que permita sua identificação e localização -, não impede a respectiva investigação sobre a sua veracidade, porquanto o anonimato não pode servir de escudo para eventuais práticas ilícitas e ponto de transformar o Estado em verdadeiro paraíso fiscal.

8. Aliás, o art. 2º, § 3º, da Resolução n. 23/07, do Conselho Nacional do Ministério Público, é expresso ao prever a necessidade de tomada de providências, ainda que o conhecimento pelo Parquet de fatos

constituidores, em tese, de lesão aos interesses e direitos cuja proteção está a seu cargo se dê por manifestação anônima. Precedentes.

9. Recurso ordinário não provido. (STJ, RMS 32065 / PR. Rel. Min. Mauro Campbell, Segunda Turma, j. 17-2-2011).

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - TRANCAMENTO DE INQUÉRITO CIVIL PARA APURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVO - ENRIQUECIMENTO ILÍCITO - JUSTA CAUSA - PRESCRIÇÃO.

1. Somente em situações excepcionais, quando comprovada, de plano, atipicidade de conduta, causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios de autoria, é possível o trancamento de inquérito civil.

2. Apuração de fatos típicos (artigo 9º da Lei nº 8.429/92), com indícios suficientes de autoria desmentem a alegação de inviabilidade da ação de improbidade.

3. Denúncia anônima pode ser investigada, para comprovarem-se fatos ilícitos, na defesa do interesse público.

4. A ação civil de ressarcimento por ato de improbidade é imprescritível, inexistindo ainda ação contra o impetrante.

5. Recurso ordinário desprovido. (STJ, RMS 30510 / RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, j. 17-12-2009)

Da mesma forma, o ataque recursal não procede na porção em que pugna pelo reconhecimento da nulidade da decisão interlocutória agravada porque esta careceria de fundamentação. Ora, é de se ver que a decisão recorrida encontra-se devidamente fundamentada, atendendo ao disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal, uma vez que *"O recebimento da ação de improbidade administrativa não exige decisão timbrada por uma análise aprofundada dos fatos e condutas atribuídas ao réu. Trata-se de juízo de cognição sumária em que a existência de indícios da prática de atos improbos será suficiente legitimar o seguimento da ação. A análise pormenorizada dos*

fatos e de sua atipicidade deve ter lugar no caso de rejeição da petição inicial, pois que, então, estará o magistrado exercendo um juízo antecipado de cognição exauriente." (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2010.074137-2, de Itapema, rel. Des. Newton Janke, j. 03-05-2011)

Na espécie, vê-se que o juiz *a quo* bem consignou as razões pelas quais não estava a acolher a manifestação preliminar dos réus e porque permitiria o prosseguimento da ação, não existindo razões, portanto, para se cogitar a ausência de fundamentação.

Com relação ao argumento, apresentado pelo agravante, no sentido de que a Celesc, em decisão administrativa, teria decidido pela inexistência de ato de improbidade, condenando-o tão somente ao pagamento de R$ 150.428,40, a título de ressarcimento pela doação de postes e cruzetas, é de ser ressaltado que a existência de procedimento administrativo não é capaz de impedir a apuração dos fatos perante o Poder Judiciário. De igual modo, as conclusões adotadas em procedimento administrativo não vinculam o Poder Judiciário, porquanto existe independência entre tais instâncias, que só é ressalvada quando o juízo criminal (e não a instância administrativa) reconhece a inexistência do fato ou da autoria. (STJ, EDcl no AgRg no REsp 1288970 / MT, Rel. Min. Humberto Martins, j. 29-5-2012).

Também neste aspecto não se dá guarida ao ataque recursal.

Diante dessas razões, não se vislumbra, ao menos neste momento processual, motivos para modificar a decisão que recebeu a petição inicial, pois a manifestação preliminar apresentada pelo agravante não é capaz de demonstrar a presença de qualquer das causas contempladas no art. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/1992. Acerca do tema, sabe-se que "*a constatação da existência de indícios da prática de atos de improbidade legitima o recebimento da petição inicial*" (STJ, AgRg no AREsp 138380/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 20-09-2012). Por isso, considerando-se que os atos descritos como ímprobo são, ao menos em tese, capazes de

ensejar a condenação da agravante nas sanções previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992, e sendo certo que não se está diante de uma ação flagrantemente improcedente, pois as condutas, de fato, podem ser enquadradas nas previsões dos arts. 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992, irretocável é a decisão atacada.

Neste norte, é de se ressaltar, por fim, que, uma vez existentes indícios da prática de ato de improbidade administrativa, deve vigorar o princípio do *in dubio pro societate*, devendo o magistrado admitir a petição inicial e dar início ao processo, atentando-se à supremacia do interesse público, o que não impede, é bem verdade, eventual improcedência dos pedidos de condenação, ao final, quando superada a fase probatória.

Ao apreciar casos semelhantes, esta Corte assim se manifestou:

> Agravo de instrumento. Improbidade administrativa. Omissão quanto ao exercício do dever de polícia estatal. Transporte escolar exercido com irregularidades. Informações supostamente inverídicas prestadas pelo agente público. Alegada inépcia da exordial, em vista da ausência de descrição do dolo da requerida. Inocorrência. Litisconsórcio necessário. Exercício de mister legal que não poderia ter sido delegado a outras pessoas. Pedido indeferido. Recebimento da exordial. Acerto. Agravo desprovido.
>
> Para viabilizar o recebimento da inicial, não carece o autor da ação de improbidade de descer a minúcias. De fato, como regra, o juiz deve receber a inicial, bastando, para tanto, que o fato se enquadre, em tese, num dos tipos da Lei 8.429/92 e que haja indícios que fundamentem a prática do ato de improbidade; presentes tais pressupostos, deve o juiz proceder à fase instrutória. A decisão que recebe a petição inicial é passível de agravo de instrumento (art. 17, § 10), no qual o Tribunal apreciará as questões do contraditório inicial: a existência ou não de ato de

improbidade, a improcedência da ação e a adequação ou não da via eleita (José dos Santos Carvalho Filho). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2011.071622-4, de Coronel Freitas, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 02-10-2012)

Ação civil pública. Preliminares. Recebimento da inicial.

O agravo de instrumento não se presta ao enfrentamento de questões que envolvem o mérito da causa, bastando concluir pelo acerto ou desacerto do decisum nos aspectos que lhe são pertinentes. Realça-se, ademais, que em sede de recebimento da inicial, o exame de admissibilidade tem contornos próprios, cuja rejeição deve respeito ao direito constitucional da ação, sob pena de absolvição liminar sem processo (Emerson Garcia et al, in Improbidade Administrativa. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004. p.785/786). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2011.015619-8, de Coronel Freitas, rel. Des. Sônia Maria Schmitz, j. 17-05-2012)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL - PRESENÇA DE INDÍCIOS DA OCORRÊNCIA DE ATO DE IMPROBIDADE PRATICADO POR AGENTE POLÍTICO - NECESSIDADE DE APURAÇÃO DAS SUPOSTAS IRREGULARIDADES NO CURSO DO FEITO - RECURSO NÃO PROVIDO.

"Se o autor da Ação trouxe elementos suficientes para embasar o seu pedido de apuração de ações supostamente caracterizadoras

de ato de improbidade administrativa, [...] e a defesa nada alega que possa afastar, de plano, aquelas provas iniciais, não é o caso de se obstar, de pronto, a instauração da demanda. (EDc no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.117.325 - DF (2009/0009051-7), rel. Des. Napoleão Nunes Maia)." (TJSC, AI n. 2011.053674-3, Rel. Des. Vanderlei Romer). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2010.054311-6, de São José, rel. Des. Jaime Ramos, j. 22-03-2012)

ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - INDÍCIOS SUFICIENTES A JUSTIFICAR O RECEBIMENTO DA PETIÇÃO DA INICIAL - SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.

"O Superior Tribunal de Justiça tem firme posicionamento no sentido de que, existindo indícios de cometimento de atos enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa, a petição inicial deve ser recebida, ainda que fundamentadamente, pois, na fase inicial prevista no art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei n. 8.429/92, vale o princípio do in dubio pro societate, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público" (AgRg no AREsp n. 3030, Min. Mauro Campbell Marques). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2011.014663-0, da Capital, rel. Des. Luiz Cézar Medeiros, j. 29-11-2011)

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso, permitindo o prosseguimento da ação perante o primeiro grau de jurisdição.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2007.058863-9, de Videira

Relator Designado: Des. João Henrique Blasi

APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VEREADOR. EXERCÍCIO DE FUNÇÃO GRATIFICADA EM EMPRESA ESTADUAL. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO. PRECEDENTES DA CORTE. ATO ÍMPROBO NÃO POSITIVADO. APELAÇÃO PROVIDA E RECURSO ADESIVO PREJUDICADO.

O impedimento imposto ao Edil de ocupar cargo comissionado ou função gratificada concomitantemente com o exercício da vereança só vigora no Município em que se elegeu, "*nada obstando a que aceite cargo, em comissão ou efetivo, função ou emprego de outro Município, do Estado ou da União e que o exerça, se os horários forem compatíveis*" (*Meirelles, Hely Lopes, in* Direito Municipal Brasileiro. 16ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 108/109), razão pela qual, nem de longe, há de conjecturar-se improbidade em tal forma de acumulação funcional.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.058863-9, da comarca de Videira (1ª Vara Cível), em que é apte/rdoad Pedro José Machienavie e apdo/rtead Representante do Ministério Público:

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por maioria de votos, dar provimento ao recurso do apelante e negar provimento ao recurso do Ministério Público. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 18 de dezembro de 2012, os Exmos. Srs. Desembargadores Nelson Schaefer Martins, com voto vencedor, e Cid Goulart, com voto vencido pelo parcial provimento de ambos os recursos.

Florianópolis, 7 de janeiro de 2013

João Henrique Blasi

RELADOR DESIGNADO E PRESIDENTE

RELATÓRIO

Cuida-se de ação por improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público Estadual, por intermédio do Promotor de Justiça Alexandre Carrinho Muniz, em face de Pedro José Machienavie, representado pelo Advogado Noel Antônio Tavares de Jesus, pelo fato de o réu, investido no mandato eletivo de Vereador, ter, simultaneamente, ocupado função gratificada na Celesc - Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A, sociedade de economia mista estadual, como chefe da Agência Regional de Videira.

Por força de decisão em sede de agravo de instrumento, interposto pelo *Parquet* autor, o Edil réu restou afastado da aludida função gratificada

(fls. 304 a 309). Posteriormente sobreveio sentença de procedência do pleito exordial, para:

> [...] a) *reconhecer e imputar* ao réu a responsabilidade por improbidade administrativa - Lei nº 8.429/92, por vulneração dos princípios da legalidade, moralidade e da impessoalidade – art. 11, inc. I; b) *suspender* os direitos políticos do réu por 03 (três) anos - Lei nº 8.429/92, art. 12, inc. III; c) *condenar* o réu a pagar multa civil de dez vezes o valor da remuneração percebida no cargo de Chefe da Agência Regional da CELESC de Videira (10 X R$ 1.920,43), equivalente, pois a R$ 19.204,30 (dezenove mil, duzentos e quatro reais e trinta centavos) - Lei nº 8.429/92, art. 12, inc. III; d) *proibir* o réu de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por meio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos - Lei nº 8.429/92, art. 12, inc. III.
>
> Condeno o vencido ao pagamento das custas processuais.
>
> Sem honorários (REsp n. 493.823/DF, Min. Eliana Calmon; REsp 363.949/ SP, Min. Franciulli Netto; REsp n. 406.767/SP, Min. Carlos Alberto Menezes Direito; REsp n. 153.829/SP, Min. Milton Luiz Pereira; REsp n. 422.801/SP, Min. Garcia Vieira). (fls. 322 e 323)

Irresignado, o réu aparelhou o recurso apelatório sob exame, obtemperando, em suma: (i) falta da notificação prévia a que se reporta o art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/92; (ii) constitucionalidade do comando normativo da Lei Orgânica local que veda o exercício cumulativo de cargo ou função exonerável *ad nutum* apenas em entes da esfera municipal; (iii) ter obrado em completa boa-fé; e (iv) inexistência de lesão ao erário (fls. 328 a 352).

Houve recurso adesivo do *Parquet* insurgindo-se contra a juntada de documentos novos nas razões recursais, e invocando a necessidade de aplicar-se correção monetária e juros de mora sobre a multa sentencialmente imposta, assim como pleiteando a condenação em honorários advocatícios (fls. 367 a 401).

Ambas as partes contra-arrazoaram (fls. 377 a 401 e 404 a 407).

O Procurador de Justiça Paulo Cezar Ramos de Oliveira opinou pela manutenção da sentença (fls. 414 a 420).

É o relatório.

VOTO

Adentro diretamente na apreciação do *meritum causae*, e, de pronto, antecipo convicção em prol do provimento do recurso apelatório manejado pelo réu, circunstância que me dispensa do exame da prejudicial de cerceio de defesa por ele mesmo deduzida.

A questão de fundo radica em aferir a legalidade --- ou não --- de o demandado ter ocupado função gratificada na Celesc - Centrais Elétricas Santa Catarina, concomitantemente com o exercício do mandato eletivo de Vereador (no Município de Videira).

Sobre a matéria, a Lei Orgânica local assim dispõe:

> Art. 14. O Vereador não poderá:
> I - desde a expedição do diploma:
> a) firmar ou manter contrato com o Município, com suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;
> b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que seja demissível "ad nutum", nas entidades constantes da alínea anterior, salvo mediante aprovação em concurso público;
> II - desde a posse:
> a) ser proprietário, controlador ou diretor de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público do Município, ou nela exercer função remunerada;
> b) ocupar cargo ou função de que seja demissí-

> vel "ad nutum", nas entidades referidas no inciso I, "a"; [...]

E, da sentença apelada, colhe-se:

> Assim, com base no controle difuso de constitucionalidade, declaro, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "*com o Município*" do artigo 14, inciso I, alínea "a", da Lei Orgânica do Município de Videira, com a suspensão dos seus efeitos e afastamento da sua incidência no caso concreto. (fl. 316)

Com a devida vênia, tenho que a imposição, *in casu*, de sancionamento por improbidade administrativa afronta, desde logo, os princípios da segurança jurídica e da razoabilidade, na medida em que o ato apontado como ímprobo encontra expresso endosso na Lei Orgânica Municipal, logo, reverenciou o primado hierático da legalidade.

O agente público réu agiu nos precisos termos da lei de regência (LOM) que, consabidamente, é a "Constituição do Município", não se podendo, em função disso, tachar de ímproba a questionada cumulação de mandato edílico com a função de gerente regional da Celesc.

Ainda que se admita a possibilidade da declaração incidental de inconstitucionalidade do comando legal focado, não pode tal circunstância servir de lastro para, uma vez modificado o alcance do seu conteúdo, convolar a reportada cumulação funcional em ato de improbidade.

Toda lei, como advém de trivial sabença, é presumivelmente constitucional e, bem por isso, deve ser cumprida enquanto não declarado o contrário por quem de direito, contudo penso que não faz sentido, uma vez alterado o seu texto, considerar como ato ímprobo algo que fora praticado com estrita observância ao que nela se continha.

Confira-se, a propósito, o seguinte aporte doutrinário:

> A presunção de constitucionalidade das leis encerra, naturalmente, uma presunção *iuris tantum,* que pode ser infirmada pela declaração

> em sentido contrário do órgão jurisdicional competente. O princípio desempenha uma função pragmática indispensável na manutenção da imperatividade das normas jurídicas e, por via de conseqüência, na harmonia do sistema. [...] (Barroso, Luiz Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 178).

Segue-se que o ato de declarar inconstitucional o indigitado dispositivo da LOM e condenar o réu, por improbidade, com base nessa declaração, soa inaceitável, porque subverte a lógica do razoável e fere de morte o princípio da segurança jurídica.

Pois bem. Dos autos dimana que, a teor da alínea 'b' do inc. II do art. 14 da LOM (dispositivo retro reproduzido), o Vereador não poderá, desde a expedição do diploma, aceitar ou exercer cargo, função ou emprego nas entidades descritas na alínea 'a' do inc. I do mesmo preceptivo, nomeadamente as autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista ou empresas concessionárias de serviço público da esfera do Município de Videira.

Logo, o exercício da função gratificada em entidade de ambiência estadual, como o é a Celesc, alheia, portanto, ao âmbito municipal, não encontra(va) interdição na LOM.

Essa regra destina-se a preservar a independência e a harmonia entre os Poderes locais, que poderia remanescer comprometida se o Edil, ao mesmo tempo, exercesse mister em outro ente municipal.

Sobre o assunto da doutrina, novamente, colaciono:

> Impedimentos constitucionais do vereador são, também, ocupar cargo em comissão e aceitar emprego ou função no âmbito da Administração direta ou indireta de qualquer entidade (art. 29. IX, c/c o art. 54). Quanto à possibilidade do exercício de cargo de secretário municipal a Constituição da República não proíbe, admitindo-a por similaridade com os cargos que enumera para os membros do Congresso Nacional (art. 29, X), embora no âmbito municipal seja altamente inconveniente

> que o vereador se torne um subordinado do prefeito sem perda de seu mandato.
>
> Essas vedações, cujo escopo é o resguardo da independência e harmonia dos Poderes (CF, art. 2º), no governo municipal impedem que o vereador exerça cargo de confiança, emprego ou função do Município em que se elegeu, tanto da Administração direta quanto da indireta, sem renunciar à vereança. A infringência a essas proibições importará extinção do mandato eletivo, nos termos do art. 29, IX, c/c o art. 55, I, da CF.
>
> O preceito constitucional veda ocupar cargo em comissão ou função de que seja demissível *ad nutum*. Daí resulta que o vereador não pode ser investido em cargo dessa natureza, nem exercer funções em Comissões do Executivo, com exceção, como se disse, do cargo de secretário municipal. [...]
>
> Assim, o vereador não poderá aceitar, isto é, tomar posse em função ou emprego do Município ou de suas entidades descentralizadas sem renunciar ao mandato, salvo se a admissão ou contratação foi precedida do concurso público.
>
> Nesse caso, bem como no de nomeação para cargo efetivo, sempre sujeita a concurso prévio, poderá até exercê-los, se houver compatibilidade de horários.
>
> *Esses impedimentos, entretanto, só vigoram no Município em que o vereador se elegeu, nada obstando a que aceite cargo, em comissão ou efetivo, função ou emprego de outro Município, do Estado ou da União e que o exerça, se os horários forem compatíveis* (*Meirelles, Hely Lopes, in* Direito Municipal Brasileiro. 16ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 108/109 - sem o grifo no original).

Em situação sobremodo assemelhada à sob análise, porque incidente também sobre o exercício de função/cargo na Celesc, por Vereador, desta feita do Município de Tubarão, este Tribunal posicionou-se em favor do Edil, consolidando entendimento quanto à inexistência de inconstitucionalidade e de improbidade. Veja-se:

> É que a Lei Orgânica do município de Tubarão, na redação de então e cuja simetria é questionada, assevera:

'Art. 14. O vereador não poderá:

I. desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando obedecer cláusulas uniformes;

[...]

II. desde a posse:

[...].

b) ocupar cargo ou função que seja demissível ad nutum, nas entidades referidas no inciso I, a.

[...].

Art. 15. Perderá o mandato o Vereador:

I. que infringir qualquer das disposições estabelecidas no artigo anterior [...]'

A razão é óbvia: se o objetivo da lei é assegurar a independência e autonomia do poder legislativo, sem interferência de outro poder, evitando que o parlamentar, ou se torne um agente passível de ser corrompido, ou em um possível corruptor, é dessa vida pública cuja moralização se tutela é que deve ser afastado. Caso contrário, a garantia não serviria de nada.

Logo, fosse o caso, a perda do mandato eletivo dar-se-ia em processo legislativo ou, excepcionalmente, pelo processo judicial.

Também é razoável o entendimento de que a vedação se aplica para as relações jurídico-administrativas municipais. A independência e a harmonia entre os poderes dos entes federativos há que ser analisada nas respectivas esferas da injunção. Ao Poder Executivo Estadual (leia-se Celesc) corresponde a Assembléia Legislativa Estadual, e não às Câmaras Municipais de Vereadores, sendo muito remoto o entrelaçamento de seus interesses (AC n. 2005.032242-0, rel. Des. Vanderlei Romer, j. 6.7.2006).

Há, ainda, na mesma senda, outros precedentes desta Corte, a exemplo dos seguintes:

> CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - ACUMULAÇÃO DO CARGO DE VEREADOR COM O DE DIRETOR DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – RECURSO PROVIDO
>
> "Toda e qualquer interpretação consubstancia ato de vontade, devendo o intérprete considerar o objetivo da norma. Descabe a fixação de alcance de modo a prejudicar aquele que a norma almeja proteger" (AgRgAI nº 218.668, Min. Marco Aurélio).
>
> [...] é lícita a sua acumulação [do mandato de Vereador] com cargo ou função, demissível *ad nutum*, na administração direta ou indireta estadual ou federal. (AC n. 2009.034948-0, rel. Des. Newton Trisotto, j. 2.3.2010)
>
> AÇÃO POPULAR. INDICAÇÃO DE VEREADOR PARA O EXERCÍCIO DE CARGO DE DIRETORIA DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA ESTADUAL (CIASC). EXERCÍCIO CONCOMITANTE DAS DUAS FUNÇÕES. EXEGESE DO ART. 43 DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO. IMPEDIMENTO DO EXERCÍCIO DE CARGO COMISSIONADO PERANTE O MUNICÍPIO. VEDAÇÃO NÃO EXTENSÍVEL À PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO DE ÂMBITO ESTADUAL OU FEDERAL. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. SENTENÇA REFORMADA. (AC n. 2010.017486-3, rel. Des. Newton Janke, j. 8.11.2011)

De mais a mais, milita solidamente em favor do réu o regrado pelo art. 38, inc. III, da Constituição Federal. *Verbis*:

> Art. 38. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições:
>
> [...]
>
> III - investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo

> compatibilidade, será aplicada a norma do inciso anterior [afastamento do cargo com opção remuneratória].

Dessume-se do dispositivo supra transcrito que, havendo compatibilidade de horário, é de todo plausível a acumulação do mandato de Vereador com cargo, emprego ou função pública. E, de resto, não ficou patenteada nos autos que não tenha havido essa exigida compatibilidade.

Ao que se observa, há comando especial, da Constituição da República, autorizativo dessa forma de acumulação, circunstância que até poderia colocar em xeque, a disposição antes abordada da LOM que impede tal acumulação na esfera municipal ... Mas não é o caso de adentrar-se nesta seara.

Por outro ângulo, o art. 29, inc. IX, da Constituição da República, ao reportar-se às proibições e incompatibilidades aplicáveis aos Vereadores, diz serem cabíveis, "no que couber", aquelas nela previstas para os membros do Congresso Nacional, e na Constituição do respectivo Estado para os membros da Assembleia Legislativa, que efetivamente, não podem acumular o mandato de Senador ou de Deputado com qualquer cargo executivo (art. 54/CF e art. 43/CE), tendo que se licenciar ou, dependendo do caso, renunciar.

A locução "no que couber" está a indicar, porém, que a regra da não-acumulação de mandato com cargo, emprego ou função pública por parte de Senadores e Deputados não se aplica à situação especial dos Vereadores, a quem se permite que o faça, desde que haja compatibilidade de horário.

Remarque-se, outrotanto, em prol da situação do Edil demandado, que ele era (talvez ainda seja) empregado/servidor de carreira da Celesc, não se tratando, pois, de um estranho no ninho à cata de prebenda que lhe rendesse dividendos políticos. Não! Cuidou-se da concessão de função gratificada a servidor da própria empresa estatal.

E mais: houve manifestações favoráveis à increpada acumulação, tanto por parte da Edilidade, quanto da Celesc, por seus respectivos setores jurídicos.

Logo, por qualquer ângulo de análise, não diviso como se possa cogitar da existência de ato de improbidade administrativa, até porque, para tanto:

> [...] é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10 (REsp n. 1.261.994/PE, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 13.4.2012).

Por tudo isso, o recurso do demandado deve ser provido.

De outro vértice, provido o apelo do réu, resta prejudicado o recurso adesivo aparelhado pelo Ministério Público, pois versante substancialmente sobre cominações adicionais que aluíram em razão do entendimento firmado neste voto em prol da inexistência de improbidade e, de conseguinte, do correspondente sancionamento, além de concernir ao desentranhamento de documentos juntados às razões do recurso principal, documentos estes que, todavia, sequer foram levados em conta nesta instância recursal.

Eis o voto.

Declaração de voto vencido do Excelentíssimo Senhor Desembargador Cid Goulart

Dissenti da douta maioria por entender que, da leitura do art. 29, IX, da Constituição Federal, denota-se que a dicção do texto constitucional é clara ao estabelecer que a lei orgânica municipal deve observar, no que couber, as mesmas proibições e incompatibilidades que dizem respeito aos Deputados e Senadores.

A disciplina dessas proibições e incompatibilidades encontra-se prevista no art. 54 da Constituição Federal, nos seguintes termos:

> Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão:
>
> I - desde a expedição do diploma:
>
> a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;
>
> b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades constantes da alínea anterior;
>
> II - desde a posse:
>
> a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;
>
> b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades referidas no inciso I, "a";
>
> c) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I, "a";
>
> d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo.

Observa-se, pois, que a Carta Magna proíbe expressamente que os membros do Congresso Nacional, desde a posse, ocupem cargo ou função demissível *ad nutum* em pessoa jurídica de direito público.

Já a Constituição Estadual, em seu art. 111, IX, com a alteração realizada pela Emenda Constitucional n. 38, informa que se aplicam *"as proibições e incompatibilidades no exercício da vereança similares, no que couber, ao disposto na Constituição Federal para os membros do Congresso Nacional e, nesta Constituição, para os membros da Assembléia Legislativa"*.

Por sua vez, aos Deputados Estaduais também é vedada tal cumulação de cargos:

> Art. 43. Os Deputados não poderão:
>
> I - desde a expedição do diploma:
>
> a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;
>
> b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades constantes da alínea anterior;
>
> II- desde a posse:
>
> a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;
>
> b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis "ad nutum" nas entidades referidas no inciso 1, "a";
>
> c) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso 1, "a";
>
> d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo.

Também neste sentido, dispôs o art. 14, I e II, alíneas *a* e *b,* da Lei Orgânica do Município de Videira:

> Art. 14. O Vereador não poderá:
>
> I - desde a expedição do diploma:
>
> a) firmar ou manter contrato com o Município, com suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes;
>
> b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que seja demissível "ad nutum", nas entidades constantes da alínea anterior, salvo mediante aprovação em concurso público;
>
> II - desde a posse:
>
> a) ser proprietário, controlador ou diretor de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público do Município, ou nela exercer função remunerada;
>
> b) ocupar cargo ou função de que seja demissível "ad nutum", nas entidades referidas no inciso I, "a";
>
> c) patrocinar causa junto ao Município em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere a alínea "a" do inciso I;
>
> d) ser titular de mais um cargo ou mandato público eletivo.

Saliente-se que a incompatibilidade não há de ser interpretada tão somente em relação a cargos da administração pública municipal, mas também aos cargos com exoneração *ad nutum* dos demais entes federados, porquanto a Lei Orgânica, neste quesito, deve guardar simetria com o texto constitucional.

Com efeito, embora a Constituição Federal não estabeleça em seu art. 38, III, a vedação de cumulação dos cargos públicos de Vereador e de outro cargo demissível *ad nutum* da Administração Pública, preocupando-se apenas com a compatibilidade de horários das duas funções públicas exercidas, o fato de serem demissíveis *ad nutum* lhe retira qualquer permissibilidade, permanecendo vedada tal cumulação.

Em verdade, a função de Vereador tem similitude com as de Deputado e Senador, concluindo-se que se a acumulação dos cargos eletivos com outros em comissão prejudica a fiscalização dos atos do Legislativo Federal e Estadual, da mesma forma interfere de modo prejudicial no âmbito do Legislativo Municipal.

A propósito do tema, leciona o mestre Hely Lopes Meirelles:

> "o exercício de mandatos eletivos por servidor público não é vedado na Constituição Federal, cujo art. 38, regula a situação dos servidores da Administração direta, autárquica e fundacional investidos em mandatos eletivos. Por outro lado, é expressamente vedado ao Vereador o exercício de cargo em comissão ou exonerável ad nutum nos casos já previstos na Constituição da República para os Deputados Federais e Senadores (art. 54, I, b, e II, b), conforme o disposto no art. 29, IX, da mesma CF" (Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 25ª ed., p. 421 e 422).

Ora, o exercício de cargo em comissão e função de confiança exige dedicação integral do servidor nomeado para tal, de sorte que não é possível conciliar, em razão da incompatibilidade, o horário de trabalho do cargo em comissão com o mandato de Vereador, ainda que este tenha compromisso somente com uma sessão semanal. Além disso, sabe-se que o Vereador precisa de mais tempo para exercer plenamente o mandato eletivo, inclusive para o contato com seus eleitores, visita às localidades do Município, análise de documentação, formulação de projetos de lei e outros atos de sua atuação, inclusive no exercício da fiscalização financeira, patrimonial e orçamentária do Município (art. 31 da Constituição Federal), análise de projetos de lei para aprovação, etc.

Preleciona Raul de Mello Franco Junior, promotor de justiça do Estado de São Paulo, sobre a compatibilidade de horários como condição para acumular:

> "O direito de o servidor público acumular cargo, emprego ou função e o mandato eletivo está subordinado a uma condição: haver compatibilidade de horários.
>
> Compatibilidade implica coexistência. As jornadas de trabalho da ocupação administrativa e do exercício do mandato não podem se sobrepor, total ou parcialmente. Devem ser completamente distintas, de modo que o tempo de dedicação a uma atividade não seja obstáculo para o livre e proveitoso desempenho da outra.
>
> [...]
>
> A mesma óptica da eficiência pode afastar outros equívocos. A rigor, o exercício do mandato é ininterrupto. Não se pode dizer que o eleito empossado é vereador apenas durante as sessões da Casa Legislativa. Além disso, a vereança exige, amiúde, reuniões, compromissos, atendimento aos munícipes, atividades que extrapolam os dias e horários das sessões ordinárias da Câmara. A existência potencial de reuniões extraordinárias, de participação em comissões permanentes ou temporárias, de solenidades são, entre outros, exemplos de que as atividades referentes ao mandato vão além dos expedientes regimentais das sessões" (Interesse Público n. 22, novembro/dezembro de 2003, Porto Alegre: Notadez, 2003, p. 183 – original sem destaque).

O exercício da vereança, como se viu, envolve diversas atividades que, evidentemente, não se limitam às sessões ordinárias da Câmara, circunstância que afasta a aventada compatibilidade de horários entre o exercício do mandato e o do cargo comissionado ou de função de confiança ou emprego público de que seja demissível *ad nutum* que, como cediço, exigem dedicação em tempo integral ao trabalho.

Além do mais, o fato de o vereador poder ser exonerado, dispensado ou demitido em qualquer tempo do cargo comissionado pode tolher ou limitar o exercício da vereança em face da possibilidade de conflito, geralmente político, entre as atividades legislativas e as do cargo ou emprego cumulado, com evidente prejuízo ao exercício do mandato eletivo. A cumulação pode gerar paradoxos e inibições que poderiam coagir o vere-

ador, de alguma forma, a optar, para manter-se no cargo ou emprego, por limitar sua atuação legislativa, o que traria prejuízo ao interesse público.

Nesta esteira, denota-se que o requerido, ao exercer, cumulativamente, ambas as funções, incorreu na vedação contida nos arts. 14, II, alínea *b*, da Lei Orgânica do Município de Videira, cuja constitucionalidade assenta-se no arts. 29, IX, e 54, II, *b*, da Constituição Federal, configurando-se, assim, ilícita a percepção de ambas as remunerações no período.

Neste mesmo norte, em caso análogo, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

> "RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. VEREADOR. SECRETÁRIO MUNICIPAL. ACUMULAÇÃO DE CARGOS E VENCIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DOS RECURSOS.
>
> I - Em virtude do disposto no art. 29, IX, da Constituição, a lei orgânica municipal deve guardar, no que couber, correspondência com o modelo federal acerca das proibições e incompatibilidades dos vereadores.
>
> II - Impossibilidade de acumulação dos cargos e da remuneração de vereador e de secretário municipal.
>
> III - Interpretação sistemática dos arts. 36, 54 e 56 da Constituição Federal.
>
> IV - Aplicação, ademais, do princípio da separação dos poderes. V - Recursos extraordinários conhecidos e providos." (RE n. 497.554/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27.4.2010)

O entendimento do Grupo de Câmaras de Direito Público não destoa, conforme se depreende do seguinte aresto:

> "AÇÃO RESCISÓRIA - VIOLAÇÃO LITERAL DE DISPOSIÇÃO DE LEI (ART. 485, INCISO V, DO CPC) - INEXISTÊNCIA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - MANDATO DE VEREADOR E CARGO EM COMISSÃO - EXERCÍCIO SIMULTÂNEO - CUMULAÇÃO INDEVIDA - VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL E INCOMPATIBILIDADE DE

HORÁRIOS - SANÇÕES APLICADAS - PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE OBSERVADOS - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO RESCISÓRIO - AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

A Constituição Federal de 1988 (art. 38, III) autoriza o vereador a ocupar cargos ou empregos públicos efetivos, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo e em cumulação com o exercício deste, quando houver compatibilidade de horários, mas ao edil é vedado o exercício cumulado de cargos de provimento em comissão e funções gratificadas ou empregos públicos de que seja demissível "ad nutum", da mesma forma que os deputados federais e estaduais e os senadores (art. 29, IX), até porque em relação a tais atividades é necessária a dedicação integral. Reconhecida a improbidade administrativa pela cumulação indevida do cargo eletivo de vereador com o comissionado, é razoável e proporcional a aplicação da suspensão de direitos políticos e outras sanções (art. 12, III, da Lei n. 8.429/92)" (Ação Rescisória n. 2010.032652-7, e Agravo Regimental em Ação Rescisória n. 2010.032652-7/0002.00, de Tubarão, rel. Des. Jaime Ramos, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 13.4.2011).

Por fim, colhem-se os seguintes precedentes desta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CIVIL - CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CERCEAMENTO DE DEFESA EM FACE DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - INOCORRÊNCIA - INQUÉRITO CIVIL ANTERIOR AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO - DESNECESSIDADE - CUMULAÇÃO REMUNERADA DE MANDATO ELETIVO DE VEREADOR COM CARGO DE SECRETÁRIO DE ESTADO - ILEGALIDADE - ARTS. 29, IX E 54, II, b, DA CF - VEDAÇÃO EXPRESSA NA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO - LESÃO AO ERÁRIO - DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE DOLO DO AGENTE - ATO ÍMPROBO CONFIGURADO - SANÇÕES APLICADAS CONSENTÂNEAS COM O GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO

1. "Compete ao Ministério Público facultativamente promover, ou não, o inquérito civil (§ 1º, art. 8º, Lei 7.347/85), procedimento administrativo e de caráter pré-processual, com atos e procedimentos extrajudiciais. Não é, pois, cogente ou impositivo, dependendo a sua necessidade, ou não, das provas ou quaisquer elementos informativos precedentemente coligidos. Existindo prévia demonstração hábil para o exercício responsável da Ação Civil Pública, o alvitre do seu ajuizamento, ou não, é do Ministério Público, uma vez que o inquérito não é imprescindível, nem condição de procedibilidade. A decisão sobre a dispensa, ou não, está reservada ao Ministério Público, por óbvio, interditada a possibilidade de lide temerária ou com o sinete da má-fé" (REsp n. 152.447/MG, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 28.8.2001).

2. "Não há dúvida, é verdade, que o parlamentar, seja ele federal, estadual, ou municipal, somente pode assumir cargo ou função demissível ad nutum em pessoa jurídica de direito público nas hipóteses previstas no citado inciso I do art. 56, que se apresenta como exceção à regra de proibição disposta no art. 54, II, b. Contudo, o que a Carta Política veda é a acumulação desses cargos, como se infere do disposto no § 1º do mesmo art. 56, que determina a convocação do suplente no caso de investidura do titular nos cargos previstos nesse dispositivo" (RE n. 497.554/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27.4.2010) (Apelação Cível n. 2011.065575-1, de Canoinhas, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 10.08.2012).

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. CUMULAÇÃO INDEVIDA DE CARGOS PÚBLICOS DE VEREADOR E DE DIRETOR DE ESCOLA. VEDAÇÃO EXPRESSA NO ART. 37, XVI E XVII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NORMA DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA A TODAS AS ESFERAS DA FEDERAÇÃO. REPRIMENDAS DE MULTA CIVIL E RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS PELO RÉU, EMBORA ILEGALMENTE. AFASTAMENTO DA PENA DE RESSARCIMENTO AOS COFRES PÚBLICOS. CAPITULAÇÃO LEGAL INADEQUADA. ADEQUAÇÃO.

PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS PARA ESSE FIM.

A aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa "pressupõe a observância do princípio da proporcionalidade, exigindo-se correlação entre a natureza da conduta de improbidade administrativa e a penalidade a ser imposta ao autor. A aplicação do princípio é relevantíssima no caso de improbidade em virtude de a lei apresentar tipos abertos, dando margem a interpretações abusivas. Desse modo, condutas de menor gravidade não são suscetíveis de sanções mais severas do que exige a natureza da conduta (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 882) (Apelação Cível n. 2008.057353-8, de Videira, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 05.11.2009).

Não se pode ter por cabível o argumento lançado no apelo do requerido, de que a legislação municipal autorizaria a acumulação dos cargos, porque toda ela está jungida aos ditames da Constituição Federal, que no art. 37, XVI e XVII, emana norma de repetição e observância obrigatória em todas as esferas da Federação.

Por tais razões, votei no sentido de dar provimento parcial ao recurso do réu, para: (a) afastar as penas de suspensão dos direitos políticos e de proibição de contratar com o Poder Público; (b) reduzir a multa civil para duas vezes o valor da remuneração percebida no cargo de Chefe da Agência Regional da CELESC da Videira (2 X R$ 1.920,43), avaliado na época dos fatos.

Florianópolis, 10 de janeiro de 2013.

Cid Goulart

DESEMBARGADOR

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2012.028671-7, de Criciúma

Relator: Des. Luiz Cézar Medeiros

RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ESTADO – TESTE ANTI-HIV – RESULTADOS FALSO-POSITIVOS – GESTANTE E PUÉRPERA – DEVER DE CAUTELA – RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO

1 Conforme previsto pelo art. 37, § 6º, da Carta Magna, a responsabilidade do Estado é objetiva, dela exonerando-se apenas se comprovar que o evento lesivo foi provocado pela própria vítima, por terceiro, caso fortuito ou força maior.

2 Não se tem dúvida da falibilidade dos testes de HIV; no entretanto, se as gestantes e as puérperas são mais suscetíveis de apresentarem resultados falso-positivos e atentando-se ao fato de que as consequências advindas de uma falha nessas circunstâncias pode ocasionar efeitos nocivos tanto à mãe quanto ao feto, é indubitável que devem ser redobradas as cautelas na averiguação do diagnóstico, em especial no exame de confirmação do teste cujo resultado foi positivo.

Dessarte, verificado que o laboratório não tomou todas providências necessárias a fim de se precaver da ocorrência de resultados incorretos, deve responder pelos prejuízos suportados pela paciente que acreditou na falsa informação.

JUROS DE MORA – ADEQUAÇÃO DE OFÍCIO – POSSIBILIDADE – TERMO INICIAL – EVENTO DANOSO – SUMULA N. 54 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – CONSECTÁRIOS LEGAIS – LEI N. 11.960/09 – APLICAÇÃO IMEDIATA

1 *"A alteração do temo inicial dos juros moratórios pelo Tribunal estadual, ainda que inexistente impugnação da outra parte, não caracteriza julgamento* extra petita *ou* reformatio in pejus*"* (AgRg no Ag n. 1114664/RJ, Min. Aldir Passarinho Junior).

2 *"É assente o entendimento no Superior Tribunal de Justiça, recentemente reafirmado por sua Segunda Seção (REsp n. 1.132.886/SP, julgado em 23.11.2011; Rcl n. 6.111/GO, julgada em 29.2.2012), de que o termo inicial dos juros de mora incidentes sobre a indenização por danos morais de correntes de ato ilícito corresponde à data do evento danoso (Súmula 54 STJ)"* (AC n. 2012.007033-4, Des. Rodrigo Collaço).

3 As alterações trazidas na Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997, com a redação dada pela Lei n. 11.960, de 29 de junho de 2009 – que uniformizou a atualização monetária e os juros incidentes sobre todas as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública –, possui aplicabilidade imediata, inclusive em relação àquelas demandas ajuizadas anteriormente à edição da novel legislação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.028671-7, da Comarca de Criciúma (2ª Vara da Fazenda), em que é apelante o Estado de Santa Catarina, e apelada Ana Maria Reginaldo:

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso e, de ofício, alterar o termo inicial dos juros de mora. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargador Luiz Cézar Medeiros, Desembargador Pedro Manoel Abreu e Desembargador Cesar Abreu.

Florianópolis, 30 de abril de 2013.

Luiz Cézar Medeiros

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Ana Maria Reginaldo ajuizou ação de indenização por danos morais em face do Estado de Santa Catarina, afirmando que foi vítima de abalo psíquico em função de exames laboratoriais cujos primeiros resultados foram positivos para o vírus HIV, os quais, posteriormente, se mostraram equivocados.

Narrou a autora que em 16 de setembro de 2004 foi solicitado pelo médico que acompanhava o seu pré-natal junto ao Posto de Saúde do Município de Criciúma, a realização do Exame de Virologia – HIV no Laboratório Central de Saúde Pública. Efetuado o exame, alegou que a conclusão lhe foi entregue apenas no mês de fevereiro de 2005, quando constatou que o teste tinha como resultado a amostra positiva para HIV (AIDS). Em decorrência da desconfiança formada na relação com o seu

marido, este realizou o exame na data de 23 de fevereiro de 2005, obtendo o resultado negativo para HIV. No dia 3 de março daquele ano nasceu o seu filho; entretanto, na maternidade não permitiram que a demandante amamentasse a criança e requereram que fossem feitos novos testes. O companheiro da postulante recebeu a confirmação do resultado negativo no dia 10 de março de 2005 e a autora, novamente, obteve a conclusão positiva para HIV em 29 de março desse mesmo ano. Após esse exame, afirmou que entrou em depressão e precisou fazer uso de medicamentos para o controle da DST-AIDS. Em 10 de maio daquele ano fez coleta para a contagem de linfócitos junto à Secretaria de Vigilância Sanitária em Saúde (Programa Nacional de DST-AIDS), tendo como conclusão a de que não necessitava de modificação do esquema terapêutico. Não conformada, realizou novo exame em 27 de junho de 2005 junto ao laboratório antes mencionado (LACEN), ocasião em que, no dia 25 de julho, o resultado deu negativo para HIV. Para certificar-se, refez o exame em laboratório privado no dia 1º de novembro seguinte, quando foi confirmada aquela conclusão negativa. Novamente submeteu-se ao teste junto ao LACEN, quando, no mês de fevereiro de 2006, obteve o resultado como amostra negativa para HIV.

Em função desses fatos, sustentou que possui direito à indenização pelo abalo psicológico que lhe foi imposto, mormente por não ter amamentado o seu filho e ter entrado em estado depressivo.

O Estado de Santa Catarina apresentou contestação, alegando, em suma: (a) a sua ilegitimidade passiva, visto que *"não concorreu para a existência dos danos supostamente sofridos pela autora"* (fl. 52); (b) não há nexo causal na hipótese, haja vista que *"é consabido que os testes laboratoriais para detecção de anticorpos contra o vírus HIV – exames ELISA, WB e IFI – são realizados através de kits adquiridos diretamente das industrias farmacêuticas, e que esses kits apresentam limitações técnicas importantes, sendo bastante frequente a ocorrência dos resultados chamados falto-positivos ou falso-*

-negativos" (fl. 54); (c) os resultados errôneos *"são decorrentes da limitação técnico-científica existente, bem assim de uma multiplicidade de fatores externos (tais como troca de amostras, gravidez, tempo de infecção, etc)"* (fl. 54); e (d) *"a obtenção de resultados falso-positivos é frequente e inevitável, tanto que o Ministério da Saúde editou a Portaria 059/03, que prescreve que o diagnóstico sorológico da infecção pelo HIV somente será confirmado após a análise de, no mínimo, 2 amostras de sangue coletadas em momentos diferentes"* (fl. 56).

Apresentada réplica às fls. 82-89.

Realizada a prova técnica, o primeiro perito respondeu aos quesitos às fls. 99-101, 109 e 120; e o segundo apresentou o laudo às fls. 146-149.

Em instrução, foram ouvidas duas testemunhas (fls. 164-168).

Ao sentenciar o feito, o Magistrado *a quo* julgou procedentes os pedidos formulados na peça inicial, consignando no dispositivo da decisão:

> "Ante o exposto, julgo PROCEDENTES os pedidos formulados na inicial para condenar o Estado de Santa Catarina ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais) em favor da autora, a título de compensação por danos morais, devendo incidir sobre tal valor correção monetária e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, ambos a contar da data do arbitramento.
>
> "Condeno o Estado de Santa Catarina, outrossim, ao pagamento dos honorários advocatícios da parte adversa, estes que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, observando-se, quanto às custas processuais, a isenção de que trata o artigo 33 da Lei Complementar n. 156/97, com a redação que lhe foi dada pela Lei Complementar n. 161/97.
>
> "Dispensado o reexame necessário (art. 475, 2 do CPC).
>
> "Publique-se. Registre-se. Intimem-se" (fls. 180-181).

Irresignado, o requerido interpôs apelação, alegando: (a) se a razão pela qual houve a condenação do réu foi a falta de informação adequa-

da, deve a sentença ser reformada por dois motivos: *"porque a autora em momento algum insurgiu-se contra a suposta falta de informações acerca da falibilidade da metodologia empregada, mas sim contra o resultado"* e *"porque não é atribuição do laboratório prestar este tipo de informação, mas sim do médico assistente da autora que acompanhou seu pré-natal"* (fl. 187); (b) *"o laboratório, da forma que lhe era possível, fez constar expressamente no laudo que o diagnóstico pendia de confirmação"* (fl. 188); (c) *"não houve, absolutamente, falha na prestação do serviço, já que o resultado falso-positivo não resultou de erro de análise por parte do LACEN, nem mesmo de equívoco no emprego da metodologia disponível em referida instituição, o que afasta o nexo causal'* (fl. 189); (d) *"durante a gravidez a possibilidade de obtenção de resultados falso-positivos em exames de HIV cresce consideravelmente [...]"* (fl. 190); (e) *"apenas o médico assistente do paciente, correlacionando o resultado do exame e (inclusive o nível de positividade) com os dados clínicos do indivíduo pode estabelecer algum nível de suspeição clínica, seja de portador de vírus HIV, seja da doença AIDS/SIDA"* (fl. 192); (f) *"há que se atentar ao fato de que não partiu do Laboratório Central de Saúde Pública (LACEN) qualquer laudo afirmando, em caráter definitivo, que a apelante é portadora do vírus HIV"* (fl. 192); (g) a necessidade de redução do *quantum* arbitrado para a indenização por danos morais; e (h) a aplicação dos índices de correção monetária e juros moratórios consoante a previsão da Lei n. 11.960/09.

Ofertadas contrarrazões (fls. 199-206), ascenderam os autos a esta Corte de Justiça para julgamento.

VOTO

1 Trata-se de recurso de apelação por intermédio do qual se discute o acerto da sentença que julgou procedente o pedido de indenização por danos morais, formulado por Ana Maria Reginaldo contra o Estado de

Santa Catarina, decorrentes de resultados de exames falso-positivos para o vírus HIV.

2 A toda evidência, considerando que os testes com resultado falso-positivo foram efetuados pelo Laboratório Central de Saúde Pública (LACEN/SC), evidencia-se que a responsabilidade do réu deve ser examinada sob o âmbito da teoria objetiva, que dispensa à vítima a prova da culpa do causador do dano. No entanto, esse se isenta do dever reparatório se demonstrar que o evento ocorreu por culpa do lesado ou de terceiro, caso fortuito ou força maior.

Em relação à aventada conduta comissiva do agente, mormente no que concerne à falha na realização dos testes, a citada conclusão deflui do disposto no § 6º do art. 37 da Carta Magna, que 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"*.

Acerca da matéria, propugna o doutrinador Rui Stoco:

> *"Não se pode deslembrar que a responsabilidade do Estado se assenta no risco administrativo e independe de prova da culpa, bastando que se demonstre o nexo causal entre o acidente e o dano.*
>
> "Aliás, sequer se exige a prova de culpa do servidor causador do dano.
>
> "Em casos que tais o ônus da prova é invertido: *ao Estado é que compete provar a existência de uma das causas de exclusão da responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior"* (Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 282). [grifou-se]

E, nesse âmbito, oportuna é a lição de Sérgio Cavalieri Filho:

> "Em apertada síntese, *a teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa.* Esta teoria, como se vê, surge como expressão concreta

> da princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. *É a forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiários pela atividade da Administração Pública. Toda lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independentemente de culpa do agente público que a causou.* O que se tem que verificar é, apenas, a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado.
>
> "[...]
>
> "Duas outras conclusões podem ser extraídas do texto constitucional em exame. O Estado só responde pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. A expressão grifada – seus agentes, nessa qualidade – está a evidenciar que o constituinte adotou expressamente a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade da Administração Pública, e não a teoria do risco integral, porquanto condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente da sua atividade administrativa, isto é, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atividade do agente público e o dano. Sem essa relação de causalidade, como já ficou assentado, não há como e nem por que responsabilizá-lo. Importa dizer que o Estado não responderá pelos danos causados a outrem pelos seus servidores quando não estiverem no exercício da função, nem agindo em razão dela. Não responderá, igualmente, quando o dano decorrer de fato exclusivo da vítima, caso fortuito ou força maior e fato de terceiro, pos isso que tais fatores, por não serem agentes do Estado, excluem o nexo causal" (Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Altas, 2008, p. 232 e 237). [grifou-se]

A propósito, ainda que seja factível retirar do contexto fático descrito a negligência do ente público, a averiguação da responsabilidade no evento narrado não se distancia do contorno objetivo.

Malgrado as discussões que envolvem o tema, tem-se reconhecido que o Poder Público responde objetivamente pelos prejuízos originados por uma omissão a um dever legal de agir concreta e individualizadamente de modo a impedir o resultado lesivo. Noutras palavras, em se tratando de omissão específica, o *'não agir'* equivale a *'agir'* de maneira a propiciar as condições determinantes para o desfecho que se deveria evitar.

Nesse sentido, Guilherme Couto de Castro conclui que *"sendo caso de conduta administrativa específica, omissiva ou comissiva, basta aferir o nexo de causalidade e o dano e, inexistindo fortuito ou culpa exclusiva da vítima, a indenização será devida"* (A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro: o papel de culpa em seu contexto. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 57).

De toda forma, embora se mostre prescindível a demonstração do elemento subjetivo na conduta do agente, imperiosa é a prova dos fatos ventilados na peça inicial como motivadores do infausto, além do próprio dano e do nexo de causalidade entre este e a atividade administrativa desenvolvida. Não existindo quaisquer desses elementos – conduta, vínculo etiológico e dano – inapropriado se falar na responsabilidade civil do ente público pelo resultado adverso.

3 A partir do exame dos documentos coligidos aos autos, bem como dos testemunhos colhidos em audiência, a conclusão de que a responsabilidade pelos danos sofridos pela autora deve ser atribuída ao Estado de Santa Catarina é a que melhor se coaduna aos preceitos legais e à teoria aplicável à espécie.

Ao que se extrai do acervo processual, os dois primeiros exames a que foi submetida a postulante junto ao Laboratório Central de Saúde Pública tiveram como resultado 'amostra positiva para HIV' (fls. 21 e 24). O primeiro foi realizado no dia 16 de dezembro de 2004, utilizando os testes Elisa e IFI, quando a autora estava grávida; e o segundo foi efetuado após o parto, em 14 de março de 2005, usando, novamente, os testes Elisa e Imunofluorescência indireta (IFI).

De fato, em ambos os laudos consta a advertência ao final:

> "O diagnóstico sorológico da infecção pelo HIV, *somente poderá ser confirmado após a análise de no mínimo 02 (duas) amostras de sangue*

> coletadas em *momentos diferentes*. Segundo a portaria no. 488 de 17/06/98, do Ministério da Saúde" (fls. 21 e 24). [grifou-se]

Posteriormente, não conformada com o resultado, a autora refez as análises e, então, obteve o resultado negativo, invalidando o diagnóstico anterior (fls. 28 e 29). Em 27 de junho de 2005 realizou o exame no laboratório do Estado (LACEN) e foram utilizados os testes Elisa, IFI e WB. Na data de 1º de novembro do citado ano, repetiu o exame junto a um laboratório privado, sendo confirmada aquela conclusão: *"ANTICORPOS ANTI-H1V1/H2V2...: Negativo"* (fl. 29).

É de sabença que a detecção de anticorpos anti-HIV é passível de registrar resultados incorretos, denominados de falso-positivos; por esse motivo é indispensável, no mínimo, dois testes para a confirmação do diagnóstico.

Ocorre que, *in casu*, os dois primeiros testes apontaram o resultado 'amostra positiva para HIV', o que levou a autora a concluir que estava infectada. Este grave diagnóstico impossibilitou a postulante de amamentar o seu filho, bem como causou uma desconfiança na relação conjugal, conduzindo-a a um estado depressivo, conforme se infere dos atestados (fls. 39-46) e testemunhos (fl. 168).

Ora, não se tem dúvida da falibilidade dos testes de HIV, mormente durante na gestação e no período puerperal, consoante confirma o *expert* nomeado (fl. 147, quesitos 3 e 7). Entretanto, essa circunstância não conduz à acepção de que o ente público não seria responsável pelo danos enunciados na hipótese *sub judice*. Ao revés, se, por certo, as gestantes e as mulheres no pós-parto são mais suscetíveis de apresentarem resultados falso-positivos e atentando-se ao fato de que as consequências advindas de um resultado equivocado nestas circunstâncias pode ocasionar efeitos nocivos tanto à mãe, quanto ao feto, é indubitável que devem ser redobradas as cautelas na averiguação do diagnóstico, em especial no exame de confirmação do teste anterior, cujo resultado foi 'amostra positiva para HIV'.

Não obstante, ao que se verifica no caso, os dois primeiros exames foram realizados com os mesmos testes, Elisa (1 e 2) e IFI. Em outros termos, o segundo exame, que deveria ser confirmatório de diagnóstico, foi efetuado com o mesmo método de análise do anterior, o que fomenta a hipótese de duplo erro.

Nesse norte, ao esclarecer a situação da paciente, o perito refere a existência de outros dois testes mais precisos e eficazes, que, pois, poderiam ter sido adotados como contraprova na situação sobredita. A propósito, respondeu o *expert*:

> "4. Quais os exames realizados que comprovam o diagnóstico?
>
> "R.: Os exames que comprovam o resultado negativo são *Western Blot (WB)* de 27/06/2005, as *contagens de carga viral e células CD4 e CD8* de 10/05/2001, que *prevalecem sobre os resultados dos exames ELISA* positivos por terem *menos margem de erro e maior especificidade*. [grifou-se]
>
> "5. É possível dizer que os exames apresentados nos autos, com data de coleta 27/06/2005 e 20/01/2006, junto ao LACEN estão diagnosticando o correto?
>
> "R.: O diagnóstico dado pelos exames é correto e indica negativo para o vírus HIV visto que os exames de IFI e WB prevalecem sobre o ELISA.
>
> [...]
>
> "16. Em razão das respostas aos quesitos, indique o *expert* judicial outras considerações que entender necessárias e complementares ao caso em foco.
>
> "R.: Entenda-se que *o teste ELISA é um teste de triagem populacional e o diagnóstico definitivo de HIV positivo é dado por um teste de Western Blot (WB) positivo.* Em caso de ELISA positivo e WB negativo o resultado final é negativo para WB. *Restando duvida pode-se realizar a pesquisa de carga viral que detecta o próprio vírus no sangue.* Este foi realizado e mostrou ausência de vírus. [...]" (fls. 147-148). [grifou-se]

Em atenção às particularidades da gestação e do puerpério, denota-se manifesto que competia ao laboratório tomar todas as providências

necessárias a fim de se precaver da ocorrência de resultados imprecisos. Essa conduta diligente, entretanto, não se subsume da narrativa deduzida dos autos em apreço.

Por primeiro, a desídia do laboratório é extraída a partir das próprias informações prestadas pelo diretor do LACEN, na qual consta: *"o exame que foi entregue à requerente no mês de fevereiro de 2005, com resultado positivo, não constam dos registros do Setor de Virologia do LACEN"* (fls. 62-63).

Malgrado o laboratório desconheça a realização do primeiro exame, ele foi, de fato, realizado, conforme se observa do documento de fl. 21.

Aliás, não merece acolhida eventual alegação de que a gravidez da autora era desconhecida do laboratório. Tendo em vista que essa situação exige cuidados específicos no procedimento do teste (Portaria n. 151/09, do Ministério da Saúde), é certo que deveria constar no cadastro da paciente.

De outro viés, consoante explica o perito, existem pelo menos dois outros testes com maior especificidade e menor margem de erro, o Western Blot (WB) e a contagem de carga viral e células CD4 e CD8, que prevalecem sobre o teste de triagem populacional Elisa. Nesse pensar, considerando que no primeiro exame foram realizados os testes Elisa e IFI, certo é que o confirmatório deveria ter sido realizado com outra metodologia, mais precisa, como as acima aduzidas.

A propósito, releva observar que o primeiro resultado negativo para HIV foi obtido a partir do exame de contagem de linfócitos T CDA+/ CD8+ (fls. 25-26) e o seguinte alcançado quando também se realizou o teste WB (fl. 28).

Ora, muito provavelmente se estes dois ultimos testes tivessem sido utilizados na segunda oportunidade em que a postulante se submeteu ao exame, como contraprova dos testes Elisa e IFI, não se verificaria o resultado falso-positivo e, consequentemente, os problemas experimentados pela gestante.

É de salientar que não se desconhece que a Portaria n. 59/2003 do Ministério da Saúde coloca o teste WB na terceira etapa no procedimento para a detecção de anticorpos HIV. No entanto, percebe que esse teste é utilizado para a confirmação de diagnóstico acaso o IFI der positivo ou indeterminado. No caso, como o teste IFI já havia sido efetuado na primeira oportunidade, razoável que a contraprova do resultado positivo tivesse sido feita pelo teste WB e não somente repetido o exame anterior. Aliás, a sobredita Portaria permite que, nas amostras reagentes da triagem sorológica, seja realizado diretamente o WB.

Demais disso, a despeito da afirmação do réu de que a contraprova deveria ter sido realizada em 30 dias, contados do resultado anterior, percebe-se que essa informação não consta nas observações dos primeiros testes (fls. 21 e 24) cujas conclusões foram 'amostra positiva para HIV-1'. Assim, se esse lapso temporal era indispensável, deveria estar registrado no laudo, respondendo o réu pela sua negligência quanto ao seu dever de informação ao paciente.

Dessa maneira, restando demonstrada a negligência do laboratório na realização dos testes e na informação prestada à autora, e, ausente qualquer hipótese excludente do vinculo causal, deve o Estado ser responsabilizado pelos prejuízos suportados pela paciente em razão de sua desídia.

Portanto, em que pese por fundamentos diversos, a confirmação da sentença é medida imperativa.

4 Relativo aos danos morais, releva afirmar que eles estão incutidos na esfera subjetiva da pessoa, cujo acontecimento tido como violador atinge o plano de seus valores mais íntimos, repercutindo em aspectos referentes tanto à reputação perante os demais membros da sociedade ou mesmo no pertinente à mera dor interior.

Sobre o tema, leciona Yussef Said Cahali:

> *"Dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física — dor-sensação, como a denomina Carpenter — nascida de uma lesão material; seja a dor moral — dor-sentimento, de causa material"* (Dano e Indenização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 7).

Acerca da temática, bem leciona Carlos Alberto Bittar, em sua obra "Reparação civil por danos morais":

> *"[...] na prática, cumpre demonstrar-se que, pelo estado da pessoa, ou por desequilíbrio e, sua situação jurídica, moral econômica, emocional ou outras, suportou ela conseqüências negativas advindas do ato lesivo. A experiência tem mostrado, na realidade fática, que certos fenômenos atingem a personalidade humana, lesando os aspectos referidos, de sorte que a questão se reduz, no fundo, a simples prova do fato lesivo. Realmente, não se cogita, em verdade, pela melhor técnica, em prova de dor, ou de aflição, ou de constrangimento, porque são fenômenos ínsitos na alma humana como reações naturais a agressões do meio social. Dispensam, pois, comprovação, bastando, no caso concreto, a demonstração do resultado lesivo e a conexão com o fato causador, para responsabilização do agente"* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 129/130).

In casu, resta evidente que a demandante foi vítima de danos dessa natureza, os quais merecem a devida reparação. Notório o sofrimento e a aflição vivenciadas pela autora que, após ter a notícia de dois resultados falso-positivos, acreditou que estava infectada pelo vírus HIV e, além de ter sido impossibilitada de amamentar o seu filho recém nascido, entrou em estado de depressão, posto as desconfianças geradas na relação com o seu companheiro.

Sobre a fixação do valor dos danos morais, vale transcrever a lição de Humberto Theodoro Júnior, que assinala que *"resta, para a Justiça, a penosa tarefa de dosar a indenização, porquanto haverá de ser feita em dinheiro, para compensar uma lesão que, por sua própria natureza, não se mede pelos padrões monetários"* (Alguns aspectos da nova ordem constitucional sobre o direito civil. Revista dos Tribunais, 662/7-17).

Acerca do tema, com primazia estabelece Sérgio Cavalieri Filho:

> "Creio que na fixação do quantum debeatur da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.
>
> "Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússula norteadora do julgador. 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 consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nella 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 causar do dano, as condições sociais do ofendido,* e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes" (Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed. São Paulo: Altas, 2008, p. 93).

É, pois, de se ter sempre em mente que a indenização deve compensar a sensação de dor da vítima e representar *"uma satisfação, igualmente moral, ou, que seja, psicológica, capaz de neutralizar ou anestesiar em alguma parte o sofrimento impingido"* (RT 650/66), levando-se em conta a reprovabilidade do ilícito, a gravidade do dano, a personalidade da vítima, a personalidade do autor do ilícito e o patrimônio dos envolvidos (vítima e autor do evento danoso).

É óbvio que a quantia não pode ser tão grande que se converta em fonte de enriquecimento pelas lesões sofridas. Também não deve ser pequena a se tornar insignificante.

No caso em testilha, o Magistrado *a quo* entendeu que, por medida de justiça, o montante reparatório deveria ser fixado em R$ 10.000,00.

Com efeito, é claro o abalo anímico sentido pela vítima ao acreditar que o seu diagnóstico para HIV/AIDS era positivo. Ademais, em função dos erros nos resultados, a postulante teve problemas na amamentação de seu filho, além de entrar em estado depressivo, segundo se extrai dos atestados médicos de fls. 39-46 e testemunhos prestados em audiência de instrução de fl. 168.

Nesse contexto, diante do quadro fático delineado nos autos, consideradas as peculiaridades do caso, os parâmetros usualmente praticados por este Órgão Fracionário para situações similares e a ausência de recurso da demandante, o montante da verba indenizatória deve ser mantido em R$ 10.000,00.

5 De ofício, impende o exame acerca do termo inicial fixado para o cálculo dos juros de mora.

Cumpre ressaltar que não se desconhece o posicionamento acolhido pela Ministra Nancy Andrighi no Recurso Especial n. 1.053.885/SC. Entretanto, esta Câmara de Direito Público pacificou o entendimento no sentido da possibilidade de alteração dos parâmetros fixados na sentença a título de juros de mora e correção monetária, independentemente de insurgência da parte, visto tratar-se de matéria sob o regime jurídico público (AC n. 2011.038380-5, Des. Pedro Manoel Abreu e AC n. 2011.071745-3, Des. Carlos Adilson Silva).

Essa acepção se coaduna com os julgados daquela mesma Corte Superior, dentre os quais o emitido pelo Ministro Aldir Passarinho Junior nos seguintes termos:

> "CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 460, 515, 535, I e II, DO CPC.NÃO-CARACTERIZAÇÃO. PRODUTO PARA TINGIR CABELO QUE VEM

> OCASIONAR DANOS À AGRAVADA. RESPONSABILIDADE DA AGRAVANTE RECONHECIDA PELO ARESTO ESTADUAL. APRECIAÇÃO DA MATÉRIA POR PARTE DESTA CORTE. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. JUROS MORATÓRIOS. ALTERAÇÃO DO TERMO INICIAL PELO TRIBUNAL. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA PETITA E REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. IMPROVIMENTO.
>
> "[...]
>
> "III. A alteração do temo inicial dos juros moratórios pelo Tribunal estadual, ainda que inexistente impugnação da outra parte, não caracteriza julgamento extra petita ou reformatio in pejus.
>
> "IV. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no Ag n. 1114664/RJ, Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 2.12.2010, DJe 15.12.2010).

Assim, por força da segurança e estabilidade jurídicas, perfilho-me à concepção exarada por este Órgão Fracionário, assentando a possibilidade de correção do dispositivo da decisão singular, de ofício, em específico no relativo aos consectários legais.

5.1 Nesse ponto, acompanhando a orientação emanada da Segunda Câmara de Direito Público, este Órgão Fracionário havia firmado o posicionamento no sentido da inaplicabiliade do prelecionado na Súmula n. 54 do Superior do Tribunal de Justiça nos casos de indenização por danos morais, conforme se infere do seguinte julgado:

> "RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. QUANTUM INDENIZATÓRIO. ELEVAÇÃO. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA. EXEGESE DO ART. 407, DO ATUAL CÓDIGO CIVIL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> "[...]
>
> "2. Em tema de indenização por danos morais, tanto a correção monetária quanto os juros de mora devem incidir a partir da data

> da decisão judicial que fixa o valor da reparação, pois que somente nesse momento temporal a obrigação tornou-se líquida e certa, não se podendo cogitar da existência de mora do réu-devedor antes de verificadas estas duas condições, sendo inadequado aplicar-se à espécie a Súmula 54, do Superior Tribunal de Justiça.
>
> "Ademais: a) a fixação dos juros desde a data do ilícito premiaria o autor que, pelo mesmo motivo, demorou para ajuizar a ação; b) o réu seria punido por eventual morosidade e retardamento do julgamento da causa, quer em primeiro, quer em segundo grau; c) o juiz ou Tribunal, ao arbitrar o valor, já leva em conta o tempo transcorrido desde a lesão extrapatrimonial" (AC n. 2009.018696-7, Des. Newton Janke).

Não obstante, tendo em vista o corrente entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça em sentido oposto ao consolidado por este Sodalício, predominante em relação à decisão singular da Ministra Maria Isabel Gallotti – REsp 903.258-RS –, o Grupo de Câmara de Direito Público, em julgamento realizado na data de 9 de maio de 2012, compôs a divergência, proferindo decisão no seguinte sentido:

> "COMPOSIÇÃO DE DIVERGÊNCIA - ART. 555, § 1º, DO CPC - RESPONSABILIDADE CIVIL - JUROS DE MORA SOBRE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - TERMO A QUO - APLICABILIDADE DA SÚMULA 54 DO STJ - DATA DO EVENTO - ART. 398 DO CÓDIGO CIVIL - MATÉRIA RECENTEMENTE REAFIRMADA PELA SEGUNDA SEÇÃO DAQUELA CORTE SUPERIOR - RECURSO DESPROVIDO
>
> "É assente o entendimento no Superior Tribunal de Justiça, recentemente reafirmado por sua Segunda Seção (Resp n. 1.132.886/SP, julgado em 23.11.2011; Rcl n. 6.111/GO, julgada em 29.2.2012), de que o termo inicial dos juros de mora incidentes sobre a indenização por danos morais decorrentes de ato ilícito corresponde à data do evento danoso" (Súmula 54 STJ) (AC n. 2012.007033-4, Des. Rodrigo Colaço).

Forçoso concluir, portanto, que o *dies a quo* para a incidência dos juros de mora na condenação a título de danos morais deve ser fixado na data do evento danoso, conforme a Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça.

6 Relativo aos parâmetros fixados para o cálculo dos juros moratórios e da correção monetária, impende esclarecer que, quando da entrada em vigor da Medida Provisória n. 2.180-35, que incluiu o art. 1º-F na Lei n. 9.494/97, este Tribunal orientava-se pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que *"as normas instrumentais materiais, enquanto integram o estatuto legal do processo, são as vigentes ao tempo do ato processual, no caso dos juros moratórios, a data do ajuizamento da ação, não alcançando a lei nova subsequente"* (REsp AgRg no Ag 680.324, Min. Hamilton Carvalhido).

No entanto, o Supremo Tribunal Federal em recente decisão proferida pelo eminente Ministro Cezar Peluzo em 17.06.2011, no julgamento do Agravo de Instrumento 842063 RE/RS, firmou entendimento diverso no sentido de que as alterações trazidas na Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997, com a redação dada pela Lei n. 11.960, de 29 de junho de 2009 – que uniformizou a atualização monetária e os juros incidentes sobre todas as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública –, possui aplicabilidade imediata, inclusive em relação àquelas demandas ajuizadas anteriormente à edição da novel legislação.

Este julgado veio a referendar o entendimento já consolidado pela Corte Suprema, conforme os precedentes a seguir reproduzidos:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. JUROS MORATÓRIOS. *CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/1997. APLICAÇÃO IMEDIATA.* PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO" (AI 828778 AgR/RS, Min. Cármen Lúcia, j. 15.02.2011). [grifou-se]

> "CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA

> PÚBLICA. *JUROS DE MORA. ART. 1º-F DA LEI 9.494/97 COM REDAÇÃO DA MP 2.180-35. CONSTITUCIONALIDADE. EFICÁCIA IMEDIATA.* AGRAVO IMPROVIDO I – A não interposição de agravo de instrumento contra a decisão que inadmitiu o recurso especial da agravada não gerou preclusão lógica, porquanto os recursos especial e extraordinário possuem campos de atuação diversos. Precedente. **II -** *O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que a norma do art. 1º-F, da Lei 9.494/97, modificada pela Medida Provisória 2.180-35/2001, tem aplicação imediata. Precedentes.* III – Agravo regimental improvido" (AI 771555 AgR/RS, Min. Ricardo Lewandowski, j. 19.10.2010). [grifou-se]

O próprio Superior Tribunal de Justiça reviu seu anterior entendimento, como pode ser conferido no julgado emitido pela Corte Especial:

> "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. JUROS MORATÓRIOS. DIREITO INTERTEMPORAL. *PRINCÍPIO DO TEMPUS REGIT ACTUM. ARTIGO 1º-F, DA LEI Nº 9.494/97. MP 2.180-35/2001. LEI n. 11.960/09. APLICAÇÃO AOS PROCESSOS EM CURSO.*
>
> "1. A maioria da Corte conheceu dos embargos, ao fundamento de que divergência situa-se na aplicação da lei nova que modifica a taxa de juros de mora, aos processos em curso. Vencido o Relator.
>
> "2. As normas que dispõem sobre os juros moratórios possuem natureza eminentemente processual, aplicando-se aos processos em andamento, à luz do princípio *tempus regit actum. Precedentes.*
>
> "3. O art. 1º-F, da Lei 9.494/97, modificada pela Medida Provisória 2.180-35/2001 e, posteriormente pelo artigo 5º da Lei nº 11.960/09, tem natureza instrumental, devendo ser aplicado aos processos em tramitação. Precedentes.
>
> "4. Embargos de divergência providos" (EREsp 1207197, Min. Castro Meira, j. 18.05.2011). [grifou-se]

Dessarte, determino que sobre o importe da condenação por danos morais incidirão os juros moratórios de 1% ao mês, a partir do evento lesivo (data do segundo teste – 14.03.2005 – até a publicação da Lei n. 11.960/09 (30.6.2009), quando deve ser substituído pelo índice da ca-

derneta de poupança. A partir da sentença deverá ser acrescida a correção monetária, também balizada conforme os índices fixados na citada aplicação financeira, na forma da novel legislação.

7 Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso somente para determinar, em relação aos juros moratórios e à correção monetária, a aplicação dos índices previstos na Lei n. 11.960/09 e, de ofício, altero o termo inicial para o cômputo dos juros de mora para a data do evento lesivo (14.3.2005), de modo que sobre o valor da condenação incidam os juros moratórios de 1% ao mês até a data da publicação Lei n. 11.960/09 (30.6.2009), quando deve ser substituído pelo índice aplicável à caderneta de poupança; a partir da sentença deverá ser acrescida a correção monetária, também balizada conforme os índices fixados na citada aplicação financeira, na forma da novel legislação.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2011.068277-2, da Capital

Relator: Des. José Volpato de Souza

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. IMÓVEIS LOCALIZADOS DENTRO DO PARQUE MUNICIPAL DA LAGOA DO PERI. AUSÊNCIA DE PROVA DO APOSSAMENTO PELO PODER PÚBLICO MUNICIPAL. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPLICOU IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO AUTORAL PELO JUÍZO *A QUO*. RECURSO INTERPOSTO PELOS AUTORES. DEMANDA PREVIAMENTE APRECIADA POR ESTE RELATOR EM 6-3-2008, OCASIÃO EM QUE SE CONSIDEROU QUE SOMENTE COM A CONSULTA DA VIABILIDADE FICOU ESCLARECIDO AOS AUTORES AS RESTRIÇÕES IMPOSTAS SOBRE OS BENS OBJETOS DO LITÍGIO, DADA A REDAÇÃO OMISSA DA LEI MUNICIPAL N. 1.828/1981. NECESSIDADE, PORTANTO, DE ALTERAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO SINGULAR, MANTIDA A IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA. EXEGESE DO ENTENDIMENTO ATUAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, SEGUNDO O QUAL A FALTA DE PROVA DA POSSE DO BEM PELO ENTE PÚBLICO ACIONADO DESCARACTERIZA

A DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. CRIAÇÃO DE PARQUE AMBIENTAL QUE REPRESENTA MERA LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. INDENIZAÇÃO CONDICIONADA, NESTES CASOS, À COMPROVAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO. TERRENOS INTEGRALMENTE LOCALIZADOS EM ÁREA DE RESTINGA. VEGETAÇÃO ENQUADRADA COMO DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE PELO CÓDIGO FLORESTAL DE 1965. OCUPAÇÃO, DESDE ESTA DATA, CONDICIONADA À AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO. POSSE ADQUIRIDA PELOS AUTORES APENAS EM 1979. DIREITO DE EDIFICAÇÃO RESTRITO NA OPORTUNIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO ECONÔMICO DECORRENTE DA CRIAÇÃO DO PARQUE MUNICIPAL. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. RECURSO DESPROVIDO.

> "Não há desapropriação indireta sem que haja o efetivo apossamento da propriedade pelo Poder Público. Desse modo, as restrições ao direito de propriedade, impostas por normas ambientais, ainda que esvaziem o conteúdo econômico, não se constituem desapropriação indireta.
>
> "O que ocorre com a edição de leis ambientais que restringem o uso da propriedade é limitação administrativa, cujos prejuízos causados devem ser indenizados por meio de uma ação de direito pessoal e não de direito real como é o caso da ação em face de desapropriação indireta." (STJ, REsp n. 1192971/SP, rel. Min. Humberto Martins)
>
> Como desde a aquisição da posse os imóveis estavam sujeitos às restrições impostas pelo Código Florestal de 1965, não há que se falar em esvaziamento econômico decorrente da criação do Parque Municipal da Lagoa do Peri, que ocorreu em 1981, uma vez que nesta ocasião já não existia mais a possibilidade de edificação sem autorização prévia do Poder Público, dada a proteção da vegetação lá existente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.068277-2, da comarca da Capital (2ª Vara da Fazenda Pública), em

que são apelantes Marco Antonio Carneiro Bressane e outro, e apelado Município de Florianópolis:

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso para negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Jaime Ramos e a Excelentíssima Senhora Desembargadora Sônia Maria Schmitz.

Florianópolis, 4 de abril de 2013.

José Volpato de Souza

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Marco Antônio Carneiro Bressane e Magali Maria Spinato Bressane, casados pelo regime da comunhão universal de bens, aforaram ação de indenização por desapropriação indireta contra o Município de Florianópolis, alegando, em síntese, que: são os legítimos proprietários e possuidores de dois imóveis situados na Armação do Pântano do Sul, que totalizam 958,95 m²; no mês de março de 2004, com o objetivo de promover uma construção sobre seus imóveis, foram consultar a viabilidade junto ao setor municipal responsável, ao que foram informados que os terrenos se encontravam dentro dos limites do Parque Municipal da Lagoa do Peri, criado pela Lei municipal n. 1.828/1981; a constrição impossibilita qualquer destinação econômica que se pretenda dar aos referidos bens, devendo o município indenizá-los pelos prejuízos causados. Nestes termos, requereram a procedência da demanda para o fim de condenar o ente público requerido ao pagamento de indenização por desapropriação indireta, em valor a ser

apurado em perícia judicial e devidamente acrescido de juros de mora e de correção monetária (fls. 2-13). Documentos às fls. 15-37.

Citado, o município apresentou contestação às fls. 42-82, na qual aduziu, prefacialmente, a necessidade de deslocamento do feito à Justiça Federal, frente ao interesse da União, bem como deve ser chamado o Estado de Santa Catarina e a Fundação Municipal do Meio Ambiente para integrarem a lide. Antes de adentrar no mérito da causa, afirmou que o direito de ação dos autores está prescrito. No mais, asseverou, em suma, que a ausência de desapossamento concreto dos imóveis inviabiliza o pleito autoral, razão pela qual deve ser julgado improcedente. Trouxe documentos às fls. 83-160.

Réplica às fls. 162-168.

O Ministério Público, representado pela Promotora Heloísa Crescenti Abdalla Freire, deixou de apresentar parecer de mérito sobre o feito (fls. 169-171).

Sentenciando a lide, o MM. Juiz singular julgou-a extinta, reconhecendo a prescrição, nos termos do art. 267, V, do CPC, e, ato contínuo, condenou os autores ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

Inconformados, os autores apresentaram recurso de apelação (fls. 179-192), no qual afirmam que o argumento utilizado pelo julgador é falho, porque nunca perderam a posse da sua área para o município, acrescentando, ademais, que nunca foram informados ou notificados expressamente pela municipalidade de que a área foi incorporada pelo Parque da Lagoa do Peri, motivos pelos quais a sentença deve ser reformada, já que inexiste prescrição no caso presente.

Contrarrazões às fls. 198-227.

Ascenderam os autos a esta egrégia Corte, que após ser distribuído à Quarta Câmara de Direito Público, aos meus cuidados, foi incluído em pauta para julgamento, tendo sido o apelo julgado procedente para anular a sentença e determinar fossem os autos devolvidos à primeira instância para o prosseguimento da instrução (fls. 245-256), o que foi devidamente cumprido à fl. 258.

Recebido o feito no primeiro grau, mais uma vez este foi julgado antecipadamente, mas desta vez para desprover o pedido autoral sob o argumento de que a consulta de viabilidade não caracteriza ato administrativo apto a ensejar indenização por desapropriação indireta. Na ocasião, foram os autores condenados ao pagamentos das custas judiciais e de honorários advocatícios, no importe de R$ 800,00 (oitocentos reais) (fls. 264-268).

Os autores recorreram da decisão (fls. 271-284) para afirmar que deve o *decisum* ser reformado, sob o argumento de que o "fato gerador do direito dos apelantes nasceu com a edição da lei municipal que criou o Parque da Lagoa do Peri" e "nada tem a ver com a questão de "viabilidade"" (fl. 277).

Contrarrazões às fls. 287-314.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. André Carvalho, que deixou de opinar sobre o mérito da causa (fls. 319-321).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta por Marco Antonio Carneiro Bressane e sua esposa Magali Spinato Bressane contra a sentença singular que rejeitou o pedido de indenização por desapropriação indireta por eles

formulado em desfavor do Município de Florianópolis, sob o argumento de que não ficou provado o apossamento administrativo.

Inconformados, os apelantes afirmam que a consulta de viabilidade efetuada em meados de 2004, parâmetro do fundamento do magistrado singular, não constituiu a causa de pedir do pleito exordial, mas sim a própria criação do Parque Municipal da Lagoa do Peri, que se deu por meio da Lei municipal n. 1.828/1981.

Acrescentam, ainda, que norma em questão somente permite a construção de equipamentos públicos necessários à consecução dos objetivos do parque, em atenção ao art. 10, "o que bem demonstra a total impossibilidade de fazerem qualquer uso econômico exclusivo do imóvel que lhes pertence!" (fl. 276)

Pois bem.

Primeiramente, é preciso destacar que os autos em comento já foram analisados por este Relator quando do julgamento da Apelação Cível n. 2005.034747-7, realizado em 6 de março de 2008, recurso este interposto contra a sentença de fls. 172-175, que reconheceu o transcurso da prescrição vintenária invocada pelo ente público demandado, porquanto o ajuizamento da ação ocorreu a destempo, ao considerar que a "perda da posse foi gerada pela constituição do Parque Municipal da Lagoa do Peri, criado pela Lei Municipal n. 1.828, de 15/12/1981".

No julgado anterior, que acolheu o apelo dos posseiros, ora apelantes, manifestei-me no seguinte sentido quanto à caracterização do apossamento administrativo:

"Na hipótese aqui tratada, há que se identificar em que momento teria efetivamente ocorrido o desapossamento indevido, porquanto não se tem notícia da edição de qualquer ato administrativo tendente à imposição de limitação administrativa sobre o imóvel dos autores. O fato é que, no ano de 1.981, na

esteira das disposições do Código Florestal, foi publicada a Lei Municipal n. 1.828 que criou o Parque da Lagoa do Peri, englobando a área definida pelo Decreto Municipal n. 1.408/76, a qual passou a ser classificada como área de preservação permanente (art. 4º da Lei). Após a publicação da lei, relativamente aos imóveis que se encontram na posse dos autores, nenhum ato administrativo foi publicado, nenhum processo instaurado, nenhuma imposição de restrição da propriedade ocorreu de modo efetivo, até que estes consultaram a viabilidade da construção de uma residência unifamiliar, no ano de 2004, tendo-lhes sido informada a definição da área como non aedificandi.

"Há quem diga, em arraigada e abalizada jurisprudência, com precedentes de nosso Tribunal, que essa consulta de viabilidade de edificação constitui peça meramente informativa, insuscetível à caracterização de desapossamento da área. O próprio Município, ao responder os termos da demanda, afirma que esta não pode ser "confundida com o ato administrativo que nega a licença para construir" (fl. 61), não possuindo caráter conclusivo, porquanto consiste em informação ao proprietário "sobre o zoneamento e os indicadores urbanísticos incidentes sobre a área onde se localiza o imóvel" (fl. 60).

"[...]

"Na esteira de tal entendimento, não estaria caracterizada, portanto, a resposta à consulta como o marco do desapossamento indevido, não figurando este, em tese, como o termo inicial da prescrição.

[...]

"A sentença, relembre-se, perfilhou a tese de que a perda da posse se deu pela simples publicação da lei, no longínquo ano de 1981.

"O Direito Municipal, nesse particular, acentuou acerca da criação do Parque da Lagoa do Peri:

> "Art. 12. No Parque só serão permitidos usos e/ou edificação adequados aos seus objetivos, mediante expressa autorização do

> Executivo Municipal, ouvidos a Administração do Parque e o Órgão de Planejamento Municipal.
>
> Art. 13. Fica expressamente proibida em toda a área do Parque do Peri qualquer forma de parcelamento do solo, assim com as alterações de uso, destruição e/ou remoção do todo ou parte das edificações de engenho, alambiques e similares, e respectivos equipamentos, ressalvadas as obras de restauração, mediante projeto e prévia aprovação do Executivo Municipal, ouvidos o Órgão Administrativo do Parque e o de Planejamento Municipal.
>
> Parágrafo único. O parcelamento será permitido para atender os casos previstos no parágrafo 2º do art. 8º, e após aprovação do Conselho de Moradores do Parque.

"E o dito § 2º:

> *"Além das atividades estabelecidas no parágrafo anterior, será permissível o uso residencial unifamiliar quando a edificação for destinada aqueles que já venham exercendo pessoalmente as referidas atividades na área, pescadores artesanais ali residentes, bem como assim aos seus descendentes"*.

"Veja-se que a lei instituidora do Parque da Lagoa do Peri proibiu o parcelamento de solo e as edificações de um modo amplo, mas excepcionou, de forma expressa, a possibilidade de construção de residências unifamiliares para os nativos da localidade, remetendo esta e as demais questões de utilização das terras abrangidas pelo Parque ao crivo do Poder Público Municipal, donde exsurge, de modo evidente, que o regramento editado em 1.981 não impôs, de forma clara e especificada, quais seriam as áreas objeto de restrição e qual o efetivo alcance da pretendida limitação administrativa. Pondere-se, sob esse aspecto, que a lei de criação do Parque omite-se quanto a especificidades dos direitos (e da restrição destes) daqueles que lá possuíam seus imóveis, resguardando, entretanto, a viabilidade, mediante prévia autorização, da construção de residência unifamiliar, justamente o intento dos autores quando da consulta formulada no ano de 2004.

"Não subsiste, nessa seara, o entendimento de que a limitação administrativa decorre do advento da Lei Municipal n. 1.828/81, porquanto patente

a sua omissão em delinear as nuances das restrições ao direito de propriedade. Fundada era a dúvida dos autores quanto à viabilidade da edificação residencial pretendida, máxime pela expressa previsão na lei de regência, e esta a peculiaridade do caso em apreço." (fls. 251-254) (grifei)

Em pequena síntese, naquela oportunidade compreendi que o apossamento administrativo, dada as peculiaridades da Lei n. 1.828, de 4 de dezembro de 1981, que criou o Parque Municipal da Lagoa do Peri, ocorreu apenas com a resposta da prefeitura à consulta de viabilidade efetuada pelos apelantes em 2004, porque somente neste momento lhes foi dado ciência das restrições legais a que estavam sujeitos.

Esse entendimento, é preciso esclarecer, deu-se em razão de que este magistrado se filiava à corrente jurisprudencial que reconhecia, nos casos de limitação ao direito de construir derivado da criação de parques municipais de proteção ambiental, que devido ao esvaziamento econômico do bem, caracterizava-se a desapropriação indireta, competindo, portanto, ao ente público responsável efetuar a correspondente indenização dos proprietários afetados.

Nesse sentido, veja-se os seguintes acórdãos do STJ: REsp n. 94152/SP, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 25-8-1998; REsp n. 443852/SP, rel. Min. José Delgado, j. 5-8-2003; e REsp n. 408172/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 24-5-2004.

Amparado nesta linha de pensamento, é que afastei a prescrição declarada na inferior instância, por entender, repito, que o apossamento administrativo deu-se com a resposta da prefeitura à consulta de viabilidade efetuada pelos apelantes e não com a publicação da lei municipal, tudo sob a ótica da desapropriação indireta.

Anote-se que a Segunda Câmara de Direito Público desta Corte, em caso análogo, porque referente ao Parque Municipal da Lagoa do Peri, também acompanhou a tese aviltada, veja-se:

> ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PARQUE MUNICIPAL DA LAGOA DO PERI. ÁREA INABITADA ADQUIRIDA ANTES DA INSTITUIÇÃO LEGAL DO PARQUE. LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS SEVERAS. ESVAZIAMENTO DO POTENCIAL ECONOMICO DO IMÓVEL. INDENIZAÇÃO DEVIDA. EXCLUSÃO DA ÁREA JÁ CONSIDERADA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE PELO CÓDIGO FLORESTAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> A Lei Municipal n. 1.828/81, que criou, na Capital do Estado, o Parque da Lagoa do Peri, instituiu, para os proprietários e possuidores de áreas até então não ocupadas por edificações, severas restrições administrativas que, esvaziando, quase por completo, o conteúdo ou o potencial econômico desses imóveis, importaram em atípica hipótese de desapropriação indireta.
>
> Trata-se de situação indenizável, como resulta do § 3º do art. 15-A, contempla a incidência de juros compensatórios nas "ações que visem a indenização por restrições decorrentes do Poder Público, em especial aqueles destinados à proteção ambiental". No entanto, não se inclui no dever do Município indenizar as limitações que, anteriormente, já derivavam do Código Florestal. (Apelação Cível n. 1998.001023-3, da Capital, rel. Des. Newton Janke, j. 27-10-2009)

Todavia, após longos debates sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça atualmente contempla a opinião – majoritária – de que a ausência de apossamento administrativo ou de incorporação do bem ao patrimônio público afastam a caracterização da desapropriação indireta, configurando, assim, mera limitação administrativa:

> *Não há desapropriação indireta sem que haja o efetivo apossamento da propriedade pelo Poder Público. Desse modo, as restrições ao direito de propriedade, impostas por normas ambientais, ainda que esvaziem o conteúdo econômico, não se constituem desapropriação indireta.*
>
> O que ocorre com a edição de leis ambientais que restringem o uso da propriedade é limitação administrativa, cujos prejuízos causados devem ser indenizados por meio de uma ação de direito pessoal e não de direito real como é o caso da ação em face de desapropriação indireta.

Por esse motivo, nesses casos, o prazo para buscar a indenização pelos prejuízos causados prescreve em cinco anos. Esta Corte já firmou entendimento de que, para que seja reconhecida a desapropriação indireta de um bem, é preciso que haja a ocorrência de dois requisitos:

a) que o bem tenha sido incorporado ao patrimônio do Poder Público, ou seja, que tenha ocorrido o apossamento; e

b) que a situação fática seja irreversível.

(REsp n. 1192971/SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 8-6-2010) (grifou-se)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DECRETO ESTADUAL 10.251/77. CRIAÇÃO DO "PARQUE ESTADUAL DA SERRA DO MAR". LIMITAÇÕES PREEXISTENTES EM DECORRÊNCIA DE OUTRAS NORMAS. INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

1. Para que fique caracterizada a desapropriação indireta, exige-se que o Estado assuma a posse efetiva de determinando bem, destinando-o à utilização pública, o que não ocorreu na hipótese dos autos, visto que a posse dos autores permaneceu íntegra, mesmo após a edição do Decreto Estadual 10.251/77, que criou o Parque Estadual da Serra do Mar.

2. A criação do Parque Estadual da Serra do Mar, por intermédio do Decreto Estadual 10.251/77, do Estado de São Paulo, não acrescentou nenhuma limitação às previamente estabelecidas em outros atos normativos (Código Florestal, Lei do Parcelamento do Solo Urbano etc), os quais, à época da edição do referido decreto, já vedavam a utilização indiscriminada da propriedade. Precedentes.

3. Daí se conclui que é indevida qualquer indenização em favor dos proprietários dos terrenos atingidos pelo ato administrativo em questão, salvo se comprovada limitação administrativa mais extensa que as já existentes.

4. Ademais, a Primeira Seção desta Corte, no julgamento dos EREsp 254.246/SP (Rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, DJ de 12.3.2007), firmou o entendimento de que: (a) "se, quando da realização do negócio jurídico relativo a compra e venda de imóvel,

já incidiam restrições administrativas decorrentes dos Decretos ns. 10.251/77 e 19.448/82, editados pelo Estado de São Paulo, subentende-se que, na fixação do respectivo preço, foi considerada a incidência do referido gravame"; (b) "não há de se permitir a utilização do remédio jurídico da ação desapropriatória como forma de ressarcir prejuízo que a parte, conquanto alegue, à toda evidência, não sofreu, visto ter adquirido imóvel que sabidamente deveria ser utilizado com respeito às restrições anteriormente impostas pela legislação estadual".

5. Na hipótese, conforme consta da petição inicial, os autores adquiriram a propriedade do imóvel no ano de 1986.

6. Embargos de divergência providos.

(EAg 407817/SP, rel. Ministra Denise Arruda, j. 22-4-2009)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. NÃO CONFIGURAÇÃO. NECESSIDADE DO EFETIVO APOSSAMENTO E DA IRREVERSIBILIDADE DA SITUAÇÃO. NORMAS AMBIENTAIS. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. ESVAZIAMENTO ECONÔMICO DA PROPRIEDADE. AÇÃO DE DIREITO PESSOAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

1. *A criação de áreas especiais de proteção ambiental - salvo quando tratar-se de algumas unidades de conservação de proteção integral e de uso sustentável em que a lei impõe que o domínio seja público - configura limitação administrativa, que se distingue da desapropriação. Nesta, há transferência da propriedade individual para o domínio do expropriante com integral indenização; naquela, há apenas restrição ao uso da propriedade imposta genericamente a todos os proprietários, sem qualquer indenização.*

2. Se a restrição ao uso da propriedade esvaziar o seu valor econômico, deixará de ser limitação para ser interdição de uso da propriedade, e, neste caso, o Poder Público ficará obrigado a indenizar a restrição que aniquilou o direito dominial e suprimiu o valor econômico do bem. (Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2009. 35ª ed., págs. 645/646.)

3. Esta indenização, todavia, não se fundará na existência de desapropriação indireta, pois, para que esta ocorra é necessário que haja o efetivo apossamento da propriedade pelo Poder Público. Desse

> modo, as restrições ao direito de propriedade, impostas por normas ambientais, ainda que esvaziem o conteúdo econômico, não se constituem desapropriação indireta.
>
> [...]
>
> Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 155302/RJ, rel. Ministro Humberto Martins, j. 13-11-2012) (grifou-se)

Diante do exposto, não só por razões de segurança jurídica, mas porque me filio à opinião adotada pelo Tribunal Superior, entendo que a situação em análise deve ser reavaliada sob esta ótica.

O Parque Municipal da Lagoa do Peri foi criado pela Lei n. 1.828, de 4 de dezembro de 1981, baseada no antigo Código Florestal (Lei n. 4.771/1965, art. 5º, "a"). A área abrangida, segundo a própria lei, não passou a ser de domínio público, tanto é que a posse dos apelantes sobre o bem permanece plenamente hígida até os dias atuais, circunstância essa reconhecida nos autos e mencionada por este Relator no acórdão anterior.

Apesar de a área ter sido classificada como de preservação permanente, este fato, por si só, não revela hipótese de desapropriação indireta, dado que o Poder Público não se apossou da propriedade dos autores. Ainda que possa haver esvaziamento econômico, as restrições implementadas não constituíram desapropriação indireta.

Deste modo, deve-se afastar o entendimento manifestado pelo Juiz singular, no sentido de que a consulta de viabilidade, por se tratar de mero ato enunciativo, não tem o "*[...] condão de caracterizar o ato administrativo como sendo concreto e definitivo passível de ensejar indenização por desapropriação*" (fl. 268).

A limitação administrativa, é importante salientar, não obsta o pedido de indenização formulado pelos apelantes, mas altera a sua ótica de avaliação, ao passo que a caracterização do apossamento administrativo é totalmente desnecessária. Deve-se avaliar, tão somente, se as restrições

impostas pelo município importaram ou não o escoamento do valor econômico dos imóveis descritos na inicial para, em caso positivo, quantificá-los.

Colhe-se dos autos que se tratam de dois terrenos contíguos. O primeiro, com 598,95 m² (quinhentos e noventa e oito vírgula noventa e cinco metros quadrados), e o segundo com 360,00 m² (trezentos e sessenta metros quadrados), localizados na Armação do Pântano do Sul, entre a Rodovia SC 406 e a praia da Armação, o que pode ser obervado nas plantas de fls. 17 e 28-29. Ambos, registre-se, tiveram os seus direitos de posse cedidos aos autores mediante escrituras públicas lavradas junto ao 4º Ofício de Notas e 4º Ofício de Protesto de Títulos de Florianópolis, em 28 de dezembro de 1979 e 28 de novembro de 1979, respectivamente (fls. 22-26v).

Os aludidos terrenos, consoante parecer da Floram acostado às fls. 154-157, encontram-se localizados na "Área de Lazer" do parque, cujos usos e atividades *permitidos* pela norma citada contemplam: "I – Estudos científicos, mantendo-se intactos todos os elementos naturais; II – Atividade de lazer e recreação, lanchonete ou restaurante de pequeno porte, sendo vedada qualquer forma de hospedagem; III – Pesca de subsistência para a população residente, e pesca de recreação de superfície, respeitadas as normas e restrições específicas dos setores de fiscalização pesqueira e da administração do Parque; IV – Esporte aquático não motorizado; V – Centro de Piscicultura; e VI – Administração do Parque." (art. 11)

A restrição de uso, portanto, não é integral, como asseveram os apelantes. A possibilidade de construir está restrita às hipóteses supra elencadas, as quais são condicionadas à autorização prévia do Poder Público.

Não obstante, no mesmo documento, ainda, o órgão ambiental, após visita *in loco* aos imóveis, constatou que nele apenas existem "[...] vegetação de restinga arbustiva, com diversos exemplares da Mata Atlântica em regeneração, onde são encontrados: Guapira opposita (maria-mole), Eugenia

catharine (guaramirim), Eugenia uniflora (pitangueira), Ocotea puchella (canela-da-praia), Rapanea ferruginea (capororoca), entre outras espécies de porte herbáceo e arbustivo típicas de dunas fixas e semifixas." (fl. 156)

Levando em conta estas informações, aliado ao levantamento planialtimétrico apresentado às fls. 28-29, conclui-se que os terrenos encontram-se integralmente localizados em área de restinga, típica de dunas fixas e semifixas, sobre a qual pesa, desde a edição do Código Florestal (Lei n. 4.771), em 15 de setembro de 1965, proteção específica, dado o enquadramento da área como sendo de preservação permanente, nos termos do art. 2º, alínea "f".

Assim, como os apelantes desde a aquisição da posse dos imóveis estavam sujeitos às restrições impostas pelo Código Florestal de 1965, não há que se falar em esvaziamento econômico decorrente da criação do Parque Municipal da Lagoa do Peri em 1981, uma vez que nesta ocasião já não existia mais a possibilidade de edificação sem autorização prévia do Poder Público, dada a proteção da vegetação lá existente.

Como não se tem notícia de que a área tenha sido ocupada pelos possuidores anteriores antes da edição do Código Florestal de 1965, pois, ao que tudo indica, encontra-se intacta até hoje, não se vislumbra causa apta a dar ensejo ao presente pedido indenizatório, devendo, pois, ser mantida a sentença de improcedência singular nos moldes do art. 269, I, do Código de Processo Civil, ainda que sobre fundamento diverso.

Ante o exposto, o recurso merece ser conhecido e desprovido.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 2012.057325-6, de Capivari de Baixo

Relator: Des. Subst. Júlio César Knoll

CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. COISA JULGADA DEVIDO À DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS. PRELIMINARES AFASTADAS. IMPRESSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE CARTÕES DE FELICITAÇÕES CUSTEADOS PELO ERÁRIO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE. PRESCINDIBILIDADE DE DOLO ESPECÍFICO PARA CONFIGURAR ATO ÍMPROBO. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

"É o entendimento dominante que a ação civil pública é a via constitucional adequada para se apurar eventual lesão ao erário público, bem como pleitear o ressarcimento dos danos causados, tendo o Ministério Público legitimidade total para propô-la." (Apelação Cível n. 2003.009176-9, de Urubici, rela.Desa. Sônia Maria Schmitz, j. em 29.08.2003).

"O Controle exercido pelo Tribunal de Contas, não é jurisdicional, por isso que não há qualquer vinculação da decisão proferida pelo órgão de controle e a possibilidade de ser o ato impugnado em sede de ação de improbidade administrativa, sujeita ao controle do Poder Judiciário, consoante expressa previsão do art. 21, inc. II, da Lei n.º 8.429/92." (REsp n.º 1.032.732/CE, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 03.12.2009).

> "Conquanto fluido o conceito, é inequívoco que para caracterização da improbidade administrativa não é exigível conduta revestida de dolo específico; 'o dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade.'" (REsp n. 765.212, Min. Herman Benjamin). (Apelação Cível n. 2009.076404-6, de Ituporanga, rel. Des. Newton Trisotto, j. em 16.11.2010).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.057325-6, da comarca de Capivari de Baixo (Vara Única), em que é apelante Luiz Carlos Brunel Alves, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso de apelação e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 04 de abril de 2013, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. José Volpato de Souza (com voto) e dele participou o Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos.

Funcionou como Representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Francisco José Fabiano.

Florianópolis, 09 de abril de 2013.

Júlio César Knoll

RELATOR

RELATÓRIO

Perante a Vara Única da comarca de Capivari de Baixo, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, no gozo de suas atribuições constitucionais, promoveu Ação Civil Pública, por ato de improbidade administrativa, em desfavor de Luiz Carlos Brunel Alves, ex-prefeito municipal.

Alegou, em apertada síntese, que no lapso temporal compreendido entre 1999 a 2003, o requerido, durante o exercício de seu mandato, determinou a confecção de cartões de felicitação de Natal, Ano Novo e datas natalícias, contendo símbolos da municipalidade, seu nome e assinatura, além de fotografias das obras de sua gestão.

Narrou que os referidos cartões foram distribuídos entre os munícipes, fazendo, assim, propaganda pessoal e política de seu governo.

Consoante Procedimento Administrativo Preliminar (PAP) n. 01/2002 (fls. 10/97), os cartões custaram aos cofres públicos a quantia de R$ 8.528,00 (oito mil quinhentos e vinte e oito reais).

Aduziu que, a norma constitucional veda a publicidade com fins de promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos (art. 37, § 1º, da CF), e que os atos manejados ceifam os princípios da moralidade e impessoalidade.

Postulou: a) reconhecimento dos atos de improbidade administrativa; b) condenação ao ressarcimento integral do dano; c) perda do cargo que porventura esteja ocupando; d) pagamento de multa civil; e) suspensão dos direitos políticos; f) proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelos prazos e na forma da lei.

Devidamente notificado, Luiz Carlos Brunel Alves apresentou manifestação às fls. 103/135, onde, preliminarmente, requereu: a) ilegitimidade

ativa do Ministério Público; b) carência de ação, uma vez que o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina aprovou as contas de sua administração; c) suspensão processual, em virtude do questionamento quanto à constitucionalidade do art. 84, do Código de Processo Penal.

No mérito, defendeu que não praticou nenhum ato de improbidade administrativa que tenha importado enriquecimento ilícito, decorrente de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo ou mandato, ou causado lesão ao erário.

Afirmou que os cartões não faziam alusão a sua administração e não visava promoção pessoal, pois jamais utilizaria dinheiro público para fins de propaganda eleitoral ou promoção partidária.

Às fls. 142/145, foi recebida a inicial e, ato contínuo, citou-se o requerido, que, em contestação, repetiu os mesmos argumentos e preliminares alegados na notificação prévia (fls. 155/177).

Interposto agravo retido (fls. 180/184). Contrarrazões às fls. 186/189, sendo a decisão agravada mantida (fl. 190).

Após instrução probatória, que tomou o depoimento de 03 (três) testemunhas do polo passivo, e a apresentação de alegações finais, sobreveio sentença do MM. Juiz de Direito, Dr. Antônio Carlos Ângelo, que julgou:

> ANTE O EXPOSTO, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, para RECONHECER a prática de ato de improbilidade administrativa pelo requerido LUIZ CARLOS BRUNEL ALVES e, consequentemente:
>
> a) CONDENÁ-LO ao ressarcimento dos valores que foram satisfeitos pelos cofrespúbicos com a confecções de cartões de natal, de felicitações de ano novo e aniversário, no montante total de R$ 8.528,00 (oito mil, quinhentos e vinte e oito reais) (notas fiscais de 22, 26, 30, 38, 59, 69, 76, 79 e 94/95), os quais que deverão ser atualizados monetariamente pelos índices divulgados pela Corregedoria-Geral da Justiça, desde a

> data do pagamento, e acrescidos de juros da mora, à taxa de 1% (um por cento) ao mês;
>
> b) CONDENÁ-LO pagamento de multa civil equivalente equivalente a 02 (dois) vezes o valor do dano, ou seja, R$ 17.056,00 (dezessete mil e cinquenta e seis reais), devidamente atualizada até o efetivo pagamento, a ser revertida em favor do Município de Capivari de Baixo.

Irresignado, Luiz Carlos Brunel Alves apelou às fls. 546/561, oportunidade em que foi requerido a apreciação do agravo retido e a improcedência do pleito autoral.

Houve contrarrazões às fls. 563/569.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Paulo Cezar Ramos de Oliveira, que opinou pelo conhecimento e pelo desprovimento do agravo retido e recurso de apelação.

VOTO

Trata-se de apelação cível e agravo retido, lançados por Luiz Carlos Brunel Alves, contra sentença que o condenou por ato de improbidade administrativa.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal, a tempo e a modo, conheço dos recursos.

Inicialmente, cabe um esclarecimento, a fim de impedir qualquer alegação de nulidade.

Em razão de ter atuado por anos perante a Vara da Fazenda Pública da comarca de Tubarão, município vizinho a Capivari de Baixo, por meio de carta precatória n. 075.07.010253-2, tomei o depoimento da testemunha André Bernardino Leandro Júnior (fl . 291)

Ressalto que os despachos que proferi (fls. 269, 277 e 282) foram, única e exclusivamente, para determinar a audiência, sem qualquer cunho decisório.

Dessa forma, não sendo caso de aplicar o art. 134, inciso III, do Código de Processo Civil, continuo o voto.

Tendo em vista a interposição de agravo retido (fls. 180/184), é mister sua análise antes de adentrar ao mérito da apelação.

I) Da ilegitimidade ativa do Ministério Público

A alegação de que o *Parquet* não possui legitimidade ativa para ingressar com a presente ação civil pública não merece prosperar.

O constituinte originário de 1988 incumbiu ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, da Constituição Federal).

Entre suas funções constitucionais, encontra-se:

> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
>
> [...]
>
> III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

No mesmo norte, explica a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93):

> Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:
>
> [...]
>
> IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:
>
> [...]
>
> b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de

> Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem.

No caso em tela, a impressão e distribuição de cartões de Natal, Ano Novo e Aniversário, custeados pelo erário, configuram ato lesivo à moralidade pública, autorizando a legitimidade ativa do Ministério Público.

Além do mais, a via eleita – Ação Civil Pública – autoriza o ingresso da ação:

> Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

Nesse sentido, julgou a 4ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça:

> Ação civil pública. Improbidade administrativa. Legitimidade. Ministério Público. Defesa do patrimônio público. Interesse coletivo. É o entendimento dominante que a ação civil pública é a via constitucional adequada para se apurar eventual lesão ao erário público, bem como pleitear o ressarcimento dos danos causados, tendo o Ministério Público legitimidade total para propô-la.
>
> Leis com procedimentos diversos. Compatibilidade de pedidos. Rito ordinário. Atos de improbidade administrativa podem ser investigados por meio de ação civil pública, ainda que suas leis instituidoras tenham previstos ritos processuais diversos, desde que, para isso, seja imprimido ao feito o rito mais complexo (ordinário). (Apelação Cível n. 2003.009176-9, de Urubici, rela. Desa. Sônia Maria Schmitz, j. em 29.08.2003)

Não resta dúvida quanto à legitimidade ativa.

II) Da carência da ação

Alegou o apelante que as contas referentes ao período que comandou o município de Capivari de Baixo (1999 a 2003), foram devidamente aprovadas pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina.

Ao seu entender, uma vez que não foi promovida qualquer medida para desconstituir a decisão proferida pelo Órgão de Contas, fez-se coisa julgada (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal).

Novamente, o pleito não merece prosperar, pois não há empecilhos para promoção desta ação civil pública.

A própria Lei de Improbidade Administrativa refuta, *ipsis litteris*, os argumentos trazidos à baila:

> Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:
>
> [...]
>
> II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

É o mesmo entendimento desta Corte, ao garantir o direito e o dever do Ministério Público em analisar os atos de improbidade administrativa, independentemente de vinculação ao Tribunal de Contas.

> TRIBUNAL DE CONTAS. ÓRGÃO TÉCNICO. DECISÕES ADMINISTRATIVAS.
>
> Como órgão técnico que é, o Tribunal de Contas emite decisões eminentemente administrativas, sem traços de definitividade capazes de excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. (Apelação Cível n. 2006.040457-4, de Armazém, rela. Desa. Sônia Maria Schmitz, j. em 13.10.2009)

É cediço que ao Tribunal de Contas cabe a fiscalização dos recursos empregados pelos administradores públicos. Entretanto, como demonstrado, a decisão proferida não faz coisa julgada em relação ao pedido inicial.

No mais, por determinação constitucional é vedado excluir da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).

Nego o pedido de reconhecimento de carência da ação.

III) Da suspensão processual

Sem delongas, o pedido de suspensão processual, em virtude de julgamento pelo Pretório Excelso da inconstitucionalidade da Lei n.º 10.628/2003 - ADINs n.º 297/DF e n.º 2.860/DF -, não merece provimento.

Conforme decisões das Câmaras de Direito Público deste Tribunal, encontra-se superada, desde o julgamento das referidas ADINs, a alegação de incompetência do juízo de primeiro grau:

> RECURSO ADESIVO - AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - INCOMPETÊNCIA DE JUÍZO DE 1º GRAU E ILEGITIMIDADE ATIVA DO PARQUET - FORO PRIVILEGIADO AOS CHEFES DO PODER EXECUTIVO - QUESTÃO SUPERADA NO STF - INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 10.628/02 - JULGAMENTO ANTECIPADO - CERCEAMENTO DE DEFESA - DECISÃO FAVORÁVEL À PARTE QUE A SUSCITOU - DECRETO DE NULIDADE EVITADO - EXEGESE DO ART. 249, § 2º, DO CPC - RECURSO DESPROVIDO.
>
> Encontra-se superada, desde o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 2.860 e n. 2.797, a alegada incompetência do Juízo de primeiro grau para julgar ação civil pública que apura ato de improbidade administrativa, em razão da inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/02, que prevê foro privilegiado aos Chefes do Poder Executivo. (Apelação Cível n. 2006.045221-4, de Lages, rel. Des. Rui Fontes, j. em 21.07.2009)

Uma vez declarada a inconstitucionalidade da Lei n.º 10.628/2003, nego o pedido de suspensão processual.

Superado o agravo retido, passo à análise do mérito.

I) Do mérito

Conforme fez o órgão *Parquet* e o apelante, a análise pormenorizada do mérito divide-se em dois momentos distintos.

Primeiramente, discute-se a prática do ato de improbidade administrativa e, por segundo, o dolo do apelante e o prejuízo ao erário.

I.I) Do ato de improbidade administrativa

O Procedimento Administrativo Preliminar n. 01/2002 afasta qualquer dúvida de que realmente foram impressos e distribuídos entre os munícipes cartões de felicitações por Natal, Ano Novo e data natalícias (fls. 13/14).

O cartão de datas natalícias (fl. 13), por exemplo, apresenta a bandeira do Município de Capivari de Baixo, o nome do apelante e sua assinatura de próprio punho.

Em outro exemplo, o cartão alusivo ao Natal e Ano Novo (fl. 14) apresenta o nome do apelante, diversas fotos e uma mensagem: "2003 será o ano de Capivari de Baixo: Além das realizações do primeiro período de governo, o Novo Ano trará ainda mais qualidade de vida para o nosso povo".

Entre as fotografias, destacam-se: máquina para pavimentação asfáltica, elevado construído, posto de saúde e escola municipal.

Conforme narra a exordial e os depoimentos colhidos às fls. 225, 265, 291, Luiz Carlos Brunel Alves tinha por hábito, mesmo antes de ocupar o posto de prefeito municipal, de enviar cartões às pessoas.

Nada o impede, na condição de cidadão comum e não de Chefe do Executivo, distribuir cartões festivos.

Contudo, a partir do momento em que a impressão e distribuição dos cartões é paga com dinheiro público e faz alusão pessoal e política, o ato torna-se ímprobo.

Nesse ponto, merece destaque a vedação constitucional quanto à publicidade para fins de promoção eleitoral ou pessoal:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte
>
> [...]
>
> § 1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Nas exatas palavras do Magistrado a quo (fl. 536):

> Os documentos encartados às fls. 21, 25, 28, 36, 58, 67, 73, 77 e 82, todos subscritos pelo requerido, aliados às notas fiscais correlatas, acostadas às fls. 22, 27, 35, 7, 70, 71, 76 e 90, não deixam dúvidas de que no período compreendido entre 1999 e 2003 o requerido, na condição de Prefeito Municipal da época, com o uso de dinheiro público, ordenou a confecção de cartões de aniversário e cartões de natal.

É explícito dentro da Administração Pública o princípio da impessoalidade, pelo qual ao gestor ou servidor público deve vedar o uso de bens públicos para associar sua imagem. No entanto, não é o que acontece no presente caso.

Tal situação é resumida nas alegações finais do Representante do Ministério Público (fl. 522/523):

> Ademais, é sabido que os munícipes mais ingênuos podem, inclusive, tomar o ato do Prefeito Municipal como gentileza, sem nem ao menos se darem conta de que foi gasto dinheiro público para tanto. Além disso, mesmo que não tenha arrolado as obras realizadas, a mera inserção de fotos já indica a intenção do agente de relacioná-las ao seu nome.

Em defesa, o ex-prefeito fez referência à juntada de cartões de Natal e Ano Novo sem a impressão de seu nome, porém não constam nos autos quaisquer cartões sem seu nome.

É inegável a associação causada entre os cartões, pagos as expensas do contribuinte, e o nome de Luiz Carlos Brunel Alves, caracterizando, o ato de improbidade administrativa.

I.II) Do dolo específico e do prejuízo ao erário

Destaca-se que a lei que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos determina o integral ressarcimento ao erário, independente de dolo ou não.

Nos termos do art. 5° da Lei de Improbidade Administrativa:

> Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.(grifei)

Aqui, afora discussão acerca do dolo, deve o apelante ressarcir integralmente o erário.

A mencionada lei caracteriza ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário, aquele capaz de ensejar, por ação ou omissão, dolosa ou culposamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens (art. 10, *caput,* Lei n.º 8.429/1992).

Os documentos carreados aos autos, bem como a instrução probatória, deixam claro que o município de Capivari de Baixo arcou com os custos dos cartões, totalizando a quantia de R$ 8.528,00 (oito mil quinhentos e vinte e oito reais), o que configura evidente perda patrimonial, sujeita às sanções da lei.

Na sequência, como demonstrado em momento anterior, os cartões evidenciam gritante afronta ao princípio da impessoalidade, característica fundamental da Administração Pública, que configura ato que atenta contra os princípios administrativos (art. 11, *caput,* Lei n.º 8.429/1992).

Para a caracterização do ato de improbidade administrativa não é necessário o dolo específico por parte do gestor público, basta estar claro a intenção de praticá-lo.

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONCURSO PARA PREENCHIMENTO DE CARGO PÚBLICO NA CÂMARA DE VEREADORES - FRAUDE PRATICADA PELO SEU PRESIDENTE PARA BENEFICIAR O FILHO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CARACTERIZADA - SANÇÕES
>
> APLICADAS PERTINENTES COM A GRAVIDADE DO FATO - RECURSO DESPROVIDO
>
> [...] Conquanto fluido o conceito, é inequívoco que para caracterização da improbidade administrativa não é exigível conduta revestida de dolo específico; "o dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade." (REsp n. 765.212, Min. Herman Benjamin). (Apelação Cível n. 2009.076404-6, de Ituporanga, rel. Des. Newton Trisotto, j. em 16.11.2010)

Assim, a caracterização do ato de improbidade administrativa prescinde a existência de dolo específico, sendo suficiente o dolo genérico, constituído pela vontade pura de praticar o ato.

Oras, o apelante, na condição de prefeito municipal, tinha plena consciência do ato que estava praticando ao determinar a distribuição de cartões com seu nome e assinatura, diversas fotos, e, ainda por cima, mensagem destacando as realizações do seu primeiro período de mandato.

No que tange à pena imposta pelo Magistrado *a quo,* entendo que foi respeitado os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

> Ao decidir pela aplicação isolada ou conjunta das penalidades estatuídas na Lei 8.492/92, art. 12, I, II e III, o juiz, independentemente da estima pecuniária, deve estar atento à intensidade da ofensa aos valores sociais protegidos pela ordem jurídica e às circunstâncias peculiares do caso concreto, dentre elas, o grau de dolo ou culpa com que se houve o agente, seus antecedentes funcionais e sociais e as condições especiais que possam ensejar a redução da reprovabilidade social, tais como, aspectos culturais, regionais e políticos, contexto social, necessidade

> orçamentária, priorização de determinados atos, clamor da população, conseqüências do fato, etc." (Apelação Cível n. 2011.018005-8, de Imbituba, rel. Des. Luiz Cézar Medeiros, j. em 13.04.2012)

Nestes termos, é medida que se impõe manter incólume a sentença objurgada.

Em conclusão, voto pelo conhecimento dos recursos e nego-lhes provimento.

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2013.002477-0/0001.00, de Turvo

Relator: Des. Subst. Luiz Zanelato

AGRAVO INTERNO (ART. 557, § 1º, DO CPC) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO, LIMINARMENTE, AO RECURSO. AUSÊNCIA DA CÓPIA DA PROCURAÇÃO OUTORGADA AO ADVOGADO DO AGRAVADO. DOCUMENTO OBRIGATÓRIO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 525, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ALEGAÇÃO DE QUE A PEÇA FALTANTE PODERIA SER SUPRIDA MEDIANTE CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO DO RECURSO COM CERTIDÃO DO CHEFE DE CARTÓRIO QUE ATESTE A FALTA DO DOCUMENTO NOS AUTOS DE ORIGEM. ENTENDIMENTO FIRME DESTA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. "Se inexiste no processo que tramita no Juízo de primeiro grau a procuração do advogado da agravada, compete à recorrente prestar esclarecimentos a respeito e instruir o agravo de instrumento com a certidão do escrivão judicial, atestando esse fato. Com estas providências, o julgador de segundo grau tem condições de aferir os pressupostos de admissibilidade do reclamo. Sem elas, por óbvias razões, deve-se negar seguimento ao recurso" (Agravo (art. 557, § 1º, do CPC) no Agravo de Instrumento n. 2003.023250-8/0001.00, rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, j. 6-11-2003).

2. Consoante entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, "o agravo de instrumento, tanto o previsto no art. 522, como o do art. 544, ambos do CPC, deve ser instruído com as peças obrigatórias (previstas na Lei Processual), bem como aquelas necessárias à correta compreensão do incidente nos termos do art. 525, II, do CPC. A ausência de qualquer delas, obrigatórias ou necessárias, obsta o conhecimento do agravo. Não é também possível a conversão do julgamento em diligência para complementação do traslado nem a posterior juntada de peça." (EREsp 509.394-RS, Corte Especial, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 4/4/2005). [...] (AgRg no Ag 718.616/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, j. 6-10-2009).

3. Se a lei é clara quanto à forma de instrução do agravo de instrumento, pois o art. 525, I, do CPC não deixa dúvidas a respeito, não se justifica a irresignação do recorrente, pretendendo transferir ao julgador a desdita de sua incúria, a pretexto de apego ao culto exacerbado da forma. Ora, não há se condescender

com a negligência acerca de norma tão comezinha por conta de reverência ao decantado princípio da instrumentalidade da forma, sob pena de se sacrificar outro princípio – este de vertente constitucional e, portanto, de graduação superior -, o da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CR), cuja essência repousa na celeridade processual.

Recurso conhecido e desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2013.002477-0/0001.00, da comarca de Turvo (Vara Única), em que é agravante BV Financeira S.A. Crédito Financiamento e Investimento, e agravado J. C. M.:

A Câmara Civil Especial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Rui Fortes, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Desa. Rosane Portella Wolff.

Florianópolis, 18 de abril de 2012.

Luiz Zanelato

RELATOR

RELATÓRIO

BV Financeira S.A. Crédito Financiamento e Investimento interpôs agravo interno em agravo de instrumento da decisão do Relator, que ne-

gou seguimento ao recurso (fls. 51-55) com fundamento nos arts. 525, I, 527, I e 557, *caput*, todos CPC, fundada na falta de juntada de cópia da procuração outorgada ao advogado da parte agravada.

Sustenta, em síntese, que foi juntado ao agravo de instrumento cópia integral do processo de primeiro grau, não tendo sido o requerido citado e, na hipótese de o relator entender necessário, a decisão deveria ter sido convertida em diligência, intimando-se a agravante para a juntada da peça obrigatória faltante.

Ao finalizar, requer o provimento do recurso para ser reformada a decisão monocrática de admissibilidade e, deste modo, ser conhecido e provido o agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

Reexaminados os autos, constata-se que, efetivamente, o agravo de instrumento originário não preenche os requisitos de admissibilidade, porquanto se apresenta deficientemente instruído.

Ao dispor sobre a formalização do agravo de instrumento, o Código de Processo Civil, no art. 525 e incisos, assim estabelece:

> Art. 525. A petição de agravo de instrumento será instruída:
>
> I – obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado;
>
> II – facultativamente, com outras peças que o agravante entender úteis [...]

À luz do dispositivo transcrito, depreende-se que o recurso de agravo de instrumento, ao ser apresentado na Justiça, precisa estar acompanhado com cópias dos documentos considerados obrigatórios e daqueles tidos como essenciais e relevantes à compreensão da decisão recorrida.

No caso, o agravante deixou de instruir o recurso, no momento oportuno, com a cópia da procuração outorgada ao patrono do agravado.

Em sua fundamentação, a decisão objurgada deixa claro que:

> Com efeito, observa-se que a decisão agravada, que também ordenou a citação da parte ré, ora recorrida, foi exarada em 7-12-2012 (fls. 42-43), ao passo que o agravo de instrumento foi interposto em 15-1-2013 (fl. 02), ou seja, 19 (dezenove) dias depois, período bem suficiente para a realização da citação do agravado e seu comparecimento aos autos.
>
> Importante destacar que o mandado citatório foi emitido já em 12-12-2012 (fl. 46), não referindo-se ao processo originário a certidão negativa de citação postada à fl. 47 (refere-se a Ademir Felisberto de Souza).
>
> Nesse ponto, cumpre salientar que a eventual inexistência de formação de relação processual com o agravado, não é o bastante para suprir a falta de procuração do advogado da parte recorrida, sendo imprescindível, reitera-se, a juntada de certidão do cartório da Vara de origem, que ateste de forma inequívoca tal circunstância (fl. 53).

Importa acrescer, ainda, que, pelas peças que instruíram a petição de recurso (fls. 10-48), não se pode inferir a juntada de cópia integral do processo, uma vez que a última daquelas peças referidas peças – a de fl. 48 – foi emitida em data de 07-01-2013, enquanto o agravo de instrumento foi protocolado no Tribunal de Justiça em 15-01-2013, ou seja, 8 (oito) dias depois. Isto vale dizer que tal interregno representa tempo bem suficiente para que o documento faltante tivesse sido carreado aos autos, ou, então, para o recorrente providenciar, com o Escrivão Judicial do juízo *a quo*, certidão atestando a inexistência de procuração da parte agravada nos autos.

A afirmação de que a peça faltante poderia ser recebida por simples diligência não merece prosperar, isso porque, por dever processual, incumbe ao agravante velar pela correta e regular instrução da petição de agravo de instrumento, que inclui a juntada das peças obrigatórias previstas no art. 525, I, do CPC, no ato da interposição do recurso, sob pena de preclusão consumativa, porquanto impossível a conversão do julgamento em diligência para complementação ou suprimento da falha.

Por dever processual, incumbe ao agravante velar pela correta e regular instrução da petição de agravo de instrumento, que inclui a juntada das peças obrigatórias previstas no art. 525, I, do CPC, no ato da interposição do recurso, sob pena de preclusão consumativa, porquanto impossível a conversão do julgamento em diligência para complementação ou suprimento da falha.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, em comentário ao dispositivo em referência, escrevem que o agravante:

> [...] deve juntar as razões do inconformismo, os documentos obrigatórios e facultativos, bem como a prova do recolhimento do preparo, com a petição de interposição do recurso. Isto porque a lei (CPC 511) exige que os dois atos (interposição do recurso e juntada das razões e documentos) sejam praticados simultaneamente, isto é, no mesmo momento processual. Caso não ocorra essa prática simultânea, terá havido *preclusão consumativa*, vedado ao agravante juntar, posteriormente à interposição do agravo, razões ou documentos (*Código de Processo Civil Comentado* e Legislação Extravagante. 11ª. ed. rev. ampl. até 17.2.2010, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, nota 6 ao artigo 525, p. 923).

O Superior Tribunal de Justiça consagrou entendimento no sentido de que:

> [...] o agravo de instrumento, tanto o previsto no art. 522, como o do art. 544, ambos do CPC, deve ser instruído com as peças obrigatórias (previstas na Lei Processual), bem como aquelas necessárias à correta compreensão do incidente nos termos do art. 525, II, do CPC.

> A ausência de qualquer delas, obrigatórias ou necessárias, obsta o conhecimento do agravo. Não é também possível a conversão do julgamento em diligência para complementação do traslado nem a posterior juntada de peça." (EREsp 509.394-RS, Corte Especial, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 4/4/2005). [...] (AgRg no Ag 718.616/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, j. 6-10-2009).

Na mesma linha segue o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, segundo o qual "[...] não é exigível do relator a conversão do julgamento em diligência, até porque o instrumento de agravo deve estar completo, ao ensejo do exame que realiza para lhe dar seguimento, ou não [...]" (Ag.Reg. em Agravo de Instrumento n. 174.691-2/RJ, rel. Min. Sydney Sanches, j. 22-9-1998).

Logo, não cabe ao juiz relator efetuar qualquer diligência para produzir peça, que somente ao recorrente cabe fazer.

Constitui orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça acerca da falta de procuração de uma ou outra parte recorrente na instrução do agravo de instrumento:

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO NÃO CONHECIDO. FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO DEFICIENTE.ART. 544, § 1º, DO CPC. AUSÊNCIA DA PROCURAÇÃO DO AGRAVADO. AUSÊNCIA NA ORIGEM. CERTIDÃO DE INEXISTÊNCIA.
>
> 1. O Superior Tribunal de Justiça há muito firmou entendimento no sentido de que é ônus do agravante a correta formação do instrumento, sob pena de não conhecimento do recurso.
>
> 2. A ausência de cópia da procuração outorgada ao advogado da agravada - peça indispensável à formação do instrumento de agravo - constitui vício insanável, apto a ensejar o não conhecimento do recurso.
>
> 3. A simples alegação de juntada de cópia integral dos autos não é suficiente para a comprovação de que a peça obrigatória, qual seja, a procuração do advogado da agravado, não consta dos autos originais,

> devendo esta circunstância ser atestada por meio de certidão emitida por órgão competente na origem.
>
> 4. Agravo regimental não provido (Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 1.412.874/SC, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, j. 14-2-2012).

Nesse sentido, aponta também a orientação jurisprudencial desta Corte de Justiça:

> AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC) EM AGRAVO POR INSTRUMENTO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO. FALTA DE PEÇA OBRIGATÓRIA, CONSISTENTE NA PROCURAÇÃO OUTORGADA AO ADVOGADO DA PARTE AGRAVADA. JUNTADA DA CÓPIA INTEGRAL DOS AUTOS DE ORIGEM E DA INDICAÇÃO DO ASSISTENTE JUDICIÁRIO PELA OAB-SC. PROVIDÊNCIA QUE NÃO SUPRE A DEFICIÊNCIA APONTADA. AFRONTA AO ART. 525, I, DO CPC. INVIABILIDADE DE JUNTADA POSTERIOR. PRECLUSÃO CONSUMATIVA DO ATO. CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO DO RECURSO.
>
> - É impossível saber se a indicação do defensor dativo se refere aos autos de origem, pois inexiste nela referência a qualquer processo. Além disso, a indicação, por si só, não supre a deficiência de representação da parte agravada.
>
> - Por ser peça obrigatória, cabia ao recorrente instruir o recurso com a procuração outorgada pela parte agravada, no momento da sua interposição, ou, caso inexistente, atestar o fato por certidão do escrivão judicial (Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2009.061881-1, de Lages, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 28-5-2010).

> AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO, LIMINARMENTE, AO RECURSO - AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO OUTORGADA PELA AGRAVADA, A QUAL FIGURA NO PÓLO ATIVO DA AÇÃO ORIGINÁRIA - ALEGAÇÃO DA AGRAVANTE DE INEXISTÊNCIA NOS AUTOS ORIGINÁRIOS - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO ALEGADO MEDIANTE CERTIDÃO

HÁBIL DO CARTÓRIO DA VARA DE ORIGEM - INSTRUÇÃO DEFICIENTE - PEÇA DE TRASLADO OBRIGATÓRIO NÃO PROVIDENCIADO NO MOMENTO DA INTERPOSIÇÃO - ARTIGO 525, INCISO I, DO CPC - REQUISITO FORMAL INDISPENSÁVEL DE PROCESSAMENTO - ALEGAÇÃO DE CÓPIA INTEGRAL DO PROCESSO DE ORIGEM NÃO FORNECE SEGURANÇA NECESSÁRIA AO JUÍZO - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

"Se inexiste no processo que tramita no Juízo de primeiro grau a procuração do advogado da agravada, compete à recorrente prestar esclarecimentos a respeito e instruir o agravo de instrumento com a certidão do escrivão judicial, atestando esse fato. Com estas providências, o julgador de segundo grau tem condições de aferir os pressupostos de admissibilidade do reclamo. Sem elas, por óbvias razões, deve-se negar seguimento ao recurso". (Agravo (art. 557, § 1º, do CPC) no agravo de instrumento nº 2003.023250-8/0001.00, de Joinville, Rel. Des. Substituto Ronaldo Moritz Martins da Silva).

A presença das peças obrigatórias constitui pressuposto de regularidade formal do recurso. Ademais, a instrução do agravo é atribuição exclusiva do agravante (Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2009.075794-8, de São José, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 8-3-2010).

Vai daí que, se a lei é clara quanto à forma de instrução do agravo de instrumento, pois o art. 525, I, do CPC não deixa dúvidas a respeito, não se justifica a irresignação do recorrente, pretendendo transferir ao julgador a desdita de sua incúria, a pretexto de apego ao "culto exacerbado da forma". Ora, não há se condescender com a negligência acerca de norma tão comezinha por conta de reverência ao decantado princípio da instrumentalidade da forma, sob pena de se sacrificar outro princípio – este de vertente constitucional e, portanto, de graduação superior -, o da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CR), cuja essência repousa na celeridade processual.

Nesta ordem de pensamento tem-se que, como consequência, a irregularidade de que se cogita acarreta o indeferimento liminar do recurso em conformidade com o disposto no art. 527, I, c/c o art. 557, *caput*, do CPC, que desta forma preceituam:

> Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído *incontinenti*, o relator:
>
> I – negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do art. 557 [...]

> Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jursiprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.
>
> Concernente à consequência dessa falha, Nelson Luiz Pinto manifesta no sentido de que "[...] A omissão quanto a alguma das peças previstas na lei como obrigatórias acarretará o não conhecimento por falta de regularidade formal, que constitui um dos requisitos de admissibilidade dos recursos [...]" (*Manual dos Recursos Cíveis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, p. 132).

Como demonstrado, mostra-se acertada a decisão monocrática combatida pela via de agravo interno, e sua manutenção é medida que se impõe, uma vez que, de acordo com o art. 557, *caput*, do CPC, a falta de documento obrigatório torna inadmissível o agravo de instrumento, fato suficiente que autoriza o relator a negar seguimento ao recurso.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, com fundamento no artigo 525, I, c/c o artigo 557, *caput*, ambos do CPC.

É como voto.

JURISPRUDÊNCIA
PENAL

SEÇÃO CRIMINAL

EMBARGOS INFRINGENTES

Embargos Infringentes n. 2012.087348-6, de Ponte Serrada

Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE EM RECURSO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. RÉU PRONUNCIADO POR HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE, MEIO CRUEL E SURPRESA (ART. 121, § 2º, I, III E IV, DO CP), AMEAÇA (ART. 147, *CAPUT*, DO CP, POR TRÊS VEZES) E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 12 DA LEI N. 10.826/03).

DECISÃO COLEGIADA, POR MAIORIA DE VOTOS, QUE DECIDIU MANTER AS TRÊS QUALIFICADORAS ADMITIDAS NA PRONÚNCIA. PRETENDIDA PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO QUE ENTENDEU PELO AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS DO MEIO CRUEL E DA SURPRESA. INVIABILIDADE.

MEIO CRUEL. SEQUÊNCIA DE DISPAROS DE ARMA DE FOGO QUE INICIARAM ATINGINDO REGIÕES NÃO LETAIS. TIRO FATAL NA CABEÇA DA VÍTIMA DISPARO QUANDO ESTA JÁ ESTAVA EM AGONIA. SOFRIMENTO

DESNECESSÁRIO DO OFENDIDO, EM TESE, CARACTERIZADO. QUALIFICADORA QUE NÃO SE MOSTRA MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE.

RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DO OFENDIDO. DESAVENÇAS, PROVOCAÇÕES E AMEAÇAS ANTERIORES INSUFICIENTES PARA AFASTAR A QUALIFICADORA NESSE MOMENTO. RÉU QUE SURPREENDEU O OFENDIDO EM SEU LOCAL DE TRABALHO E O ATACOU DE INOPINO. ANÁLISE POSTERGADA AO CONSELHO SE SENTENÇA.

EMBARGOS REJEITADOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2012.087348-6, da comarca de Ponte Serrada (Vara Única), em que é embargante Itamar Donin, e embargado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Seção Criminal decidiu, por maioria de votos, rejeitar os embargos. Vencidos o Exmo. Des. Alexandre d' Ivanenko e Jorge Schaefer Martins. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Torres Marques, com voto, e dele participaram a Exma. Sra. Desa. Marli Mosimann Vargas – relatora e os Exmos. Srs. Des. Roberto Lucas Pacheco, Paulo Roberto Sartorato, Carlos Alberto Civinski, Ricardo Roesler, José Everaldo Silva, Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Alexandre d' Ivanenko, Moacyr de Moraes Lima Filho e Jorge Schaefer Martins.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça participou o Exmo. Sr. Procurador Paulo Roberto de Carvalho Roberge.

Florianópolis, 27 de fevereiro de 2013.

Marli Mosimann Vargas

RELATORA

RELATÓRIO

Trata-se de Embargos Infringentes e de Nulidade opostos por Itamar Donin (fls. 311-321) contra acórdão da Terceira Câmara Criminal que, por maioria de votos, negou provimento ao Recurso Criminal n. 2012.050618-3 por ele interposto - vencido nesse ponto o Exmo. Sr. Des. Alexandre d'Ivanenko, que votou pelo afastamento das qualificadoras do meio cruel e da surpresa - e, de ofício, por votação unânime, adequou a capitulação da pronúncia e cassou-a em parte, tão somente para afastar a análise de mérito quanto aos crimes conexos e a espécie de concurso de infrações, pronunciando o recorrente pelos crimes previstos no art. 121, § 2º, I, III e IV, e no art. 147, *caput*, (por três vezes), ambos do Código Penal, e no art. 12 da Lei n. 10.826/03 (fls. 291-306).

Pretende o embargante que a matéria objeto da divergência seja reexaminada, prevalecendo o voto vencido proferido naquele julgamento pelo Exmo. Sr. Des. Alexandre d'Ivanenko, que entendeu pelo afastamento das qualificadoras do meio cruel e da surpresa, por não estarem amparadas no contexto de provas existente nos autos (fls. 307-309).

Admitidos e distribuídos os embargos (fls. 324-325), deu-se vista dos autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça que, em parecer da lavra do Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes, manifestou-se pelo conhecimento e provimento parcial dos embargos infringentes, tão somente para afastar a qualificadora do meio cruel (fls. 327-328).

É o relatório.

VOTO

Conhece-se do reclamo, pois preenchidos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, e passa-se à análise do seu objeto.

O embargante foi pronunciado pela prática do crime de homicídio triplamente qualificado pelo motivo fútil, emprego de meio cruel e pela utilização de recurso que impossibilitou a defesa da vítima e do crime de ameaça (por duas vezes), em concurso formal impróprio; bem como do crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido, todos em concurso material, pelos seguintes fatos apurados:

> 1º fato:
>
> Em data e horário que serão melhor esclarecidos durante a instrução, mas antes do dia 16 de abril de 2012, o denunciado Itamar Donin manteve no interior de sua residência, localizada na Rua Benevenuto Cesar Branco, 413, Bairro Antonio Paglia, Ponte Serrada/SC, o revólver calibre 38, marca Taurus, n. QH549905, municiado com 6 cartuchos, conforme termo de exibição e apreensão de fl. 43.
>
> Diante disso, o denunciado manteve sob sua posse e guarda, no interior de sua residência, arma de fogo de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar.
>
> 2º fato:
>
> O denunciado Itamar Donin foi casado com Rubia Mara Vieira Donin por 17 anos. Todavia, há cerca de 9 meses o casal rompeu o relacionamento, sendo que Rubia iniciou relacionamento com a vítima Francis Romani e estes passaram a residir juntos, neste Município de Ponte Serrada/SC. Por não aceitar a separação do casal, o denunciado passou a ameaçar a vítima e sua ex-companheira, alegando que iria matá-los (fatos que estão sendo apurados em procedimento instaurado em data anterior).
>
> Diante disso, no dia 16 de abril de 2012, por volta de 9 horas, o denunciado dirigiu-se até a Rua João Bosetti, Centro, Ponte Serrada/SC, no estabelecimento anexo à Auto Center Ivanor, de propriedade da vítima

Francis Romani, onde esta se encontrava dentro de um caminhão de cor branca estacionado no pátio (local externo) do estabelecimento, a fim de colocar película de proteção solar nos vidros.

Buscando concretizar as ameaças antes perpetradas, o denunciado, portando o revólver calibre 38, marca Taurus, n. QH549905, municiado com 6 cartuchos e imbuído com *animus necandi*, aproximou-se do veículo e surpreendeu a vítima, efetuando 6 disparos, que a atingiram pela 1ª vez.

A vítima Francis Romani, na tentativa de livrar-se do denunciado, saiu do veículo pela porta do carona gritando "*chamem a polícia, chamem a polícia*". Neste momento, o denunciado carregou a arma e perseguiu a vítima que, ferida, corria em direção à porta da oficina Auto Center Ivanor. Ato contínuo, o denunciado efetuou novos disparos, atingindo a vítima pela 2ª vez, que caiu na porta da oficina, sendo alvejada por 3 disparos.

Arrastando-se, a vítima Francis Romani entrou na oficina, ocasião em que foi alvejada pela 3ª vez. Neste momento, tentou arremessar um galão contra o denunciado, mas já sem forças caiu ao chão.

Por fim, visando dar vazão a seu intento homicida, o denunciado carregou pela última vez o revólver, aproximou-se da vítima Francis Romani e efetuou um disparo contra a cabeça desta, atingindo-a pela 4ª vez, sendo que provocou as lesões descritas no laudo pericial cadavérico anexo, as quais foram suficientes para causar a morte da vítima Francis Romani.

Após ter se certificado que havia alcançado seu intento, ou seja, após ter certeza de que a vítima estava morta, deixou o local do fato. Cumpre esclarecer que a vítima foi atingida por 8 disparos, e no local foram encontrados 14 projéteis deflagrados e 1 intacto.

Registre-se que o crime foi cometido por motivo fútil, pois o denunciado não aceitou a separação e menos ainda a nova união de sua ex-esposa. Ademais, a forma como o denunciado agiu tornou impossível a defesa da vítima, haja vista que foi surpreendida pelo denunciado. Além disso, o denunciado utilizou de meio cruel, impingindo à vítima sofrimento excessivo, pois efetuou 4 séries de disparos, sendo que ao final com a vítima já caída, efetuou o último disparo na cabeça desta.

3º fato:

> Ao ouvir os disparos, as vítimas Fábio Alves e Ivan Luiz Poletto, deslocaram-se até a porta do estabelecimento comercial Auto Center Ivanor, momento em que o denunciado Itamar Donin, portando o revólver calibre 38, marca Taurus, ameaçou causar mal injusto e grave às vítimas ao apontar a arma na direção destas visando a assegurar a execução do crime de homicídio, sendo que Fábio Alves escondeu-se na entrada de uma sala de onde presenciou o crime, e a vítima Ivan Luiz Poletto abaixou-se e correu do local.
>
> Novamente, a vítima Ivan Luiz Poletto retornou à porta do estabelecimento e falou ao denunciado: *"pare loco"*, momento em que este ameaçou causa mal injusto e grave à vítima Ivan Luiz Poletto apontando a arma em sua direção, tendo a vítima empreendido fuga.

No entanto, a Terceira Câmara Criminal desta Corte de Justiça, quando da análise do Recurso Criminal n. 2012.050618-3 interposto pelo réu, decidiu, por maioria de votos, negar provimento ao recurso e, de ofício, por votação unânime, adequar a capitulação da pronúncia e cassá-la em parte, tão somente para afastar a análise de mérito quanto aos crimes conexos e a espécie de concurso de infrações, pronunciado o réu pelos crimes previstos no art. 121, § 2º, I, III e IV, e no art. 147, *caput*, (por três vezes), ambos do Código Penal, e no art. 12 da Lei n. 10.826/03.

No primeiro ponto, restou vencido o Exmo. Sr. Des. Alexandre d'Ivanenko, que votou pelo provimento parcial do reclamo, afastando-se as qualificadoras do meio cruel e da surpresa, por não estarem amparadas no contexto de provas existente nos autos.

Assim, vê-se que a discussão pautada aqui é a existência de provas suficientes para manter na sentença de pronúncia as qualificadoras descritas nos incisos III e IV do § 2º do art. 121 do Código Penal.

Nesse vértice, consoante determina o art. 413, § 1º, do Código de Processo Penal, as circunstâncias integrantes do tipo qualificado devem ser especificadas na pronúncia e, sempre que houver elementos probatórios

suficientes nos autos, devem ser acolhidas, seguindo a mesma análise pertinente à prova da materialidade do fato e indícios suficientes de autoria.

Nesse vértice, conforme lição de Julio Fabbrini Mirabete, na fase da pronúncia, as qualificadoras "só podem ser excluídas quando manifestamente improcedentes, sem qualquer apoio nos autos, vigorando também quanto a elas o princípio *in dubio pro societate"* (Código de Processo Penal Interpretado, 8. ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 921).

Diante dessas premissas, em que pese o entendimento explanado no voto vencido, merece prevalecer o *decisum* proferido pela maioria. A saber:

1 Qualificadora do meio cruel

Comentando o inciso III do § 2º do art. 121 do Código Penal, o doutrinador Fernando Capez afirma que o meio cruel é aquele *"que causa sofrimento desnecessário à vítima ou revela uma brutalidade incomum, em contraste com o mais elementar sentimento de piedade humana"* (Curso de Direito Penal, vol. 2, parte especial. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 83-84).

No mesmo sentido, Celso Delmanto leciona:

> Para que se configure esta qualificadora, o meio cruel deve ter sido escolhido ou desejado pelo agente, visando ao padecimento de sua vítima. A repetição de golpes ou tiros, por si só, não constitui meio cruel (Código Penal Comentado – 6. ed. atual. e ampl. - Renovar: Rio de Janeiro, 2002, p. 250).

A propósito, colhe-se dos arestos do Superior Tribunal de Justiça:

> O meio cruel, previsto no art. 121, § 2º, III, do CP, é aquele em que o agente, ao praticar o delito, provoca um maior sofrimento à vítima. Vale dizer, quando se leva a efeito o crime com evidente instinto de maldade, objetivando impor à vítima um sofrimento desnecessário. Dessa maneira, a multiplicidade de atos executórios (*in casu*, reiteração de facadas), por si só, não configura a qualificadora do meio cruel (Resp. 743.110/MG, rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJU 27-3-2006, p. 322).

Todavia, há posicionamento no sentido de que a reiteração de golpes contra a vítima indefesa, inflingindo-lhe sofrimento inútil, caracteriza o meio cruel.

Nessa direção, Fernando Capez ensina que *"a reiteração de golpes constituirá meio cruel se eles atingirem pessoa ainda viva e, mais, fazendo com que ela sofra de modo brutal"* (*op. cit.*, p. 84).

É o que se extrai da lição de Júlio Fabbrini Mirabete:

> Qualifica também o crime a utilização de meio cruel, que sujeita a vítima a graves e inúteis sofrimentos físicos ou morais, meio bárbaro, brutal, que aumenta inutilmente o sofrimento da vítima. A reiteração de golpes, por si mesma, não qualifica o crime, *mas o faz quando denuncia a crueldade do agente e o sofrimento desnecessário da vítima* (Código Penal Interpretado. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 676-677 - grifou-se).

A jurisprudência pátria não destoa:

> APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIOS (DOIS) TRIPLAMENTE QUALIFICADOS. CONCURSO MATERIAL. RÉU CONDENADO. INCONFORMISMO. DECISÃO DITA MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. QUALIFICADORAS. MANUTENÇÃO. PENA. CONFIRMAÇÃO.
>
> [...] "O emprego de arma branca contra pessoa indefesa e *a reiteração de golpes, infligindo elevado número de ferimentos além dos letais, constitui meio cruel"* (RT 402/329) [...] (TJ-MG; Apelação Criminal n. 1.0145.06.326716-8/0021, Juiz de Fora, Segunda Câmara Criminal, relª Desª Beatriz Pinheiro Caires, j. 16-4-2009 – grifo nosso).

E, *in casu*, pela análise do contexto fático probatório existente nos autos, dessome-se haver indícios de que o crime de homicídio foi cometido com emprego de meio cruel, na medida em que o réu, ora embargante, efetuou diversos disparos de arma de fogo em direção à vítima, os quais a atingiram, pelo menos, oito vezes em regiões não letais, e somente o último disparo, que acertou sua cabeça quando já se achava em agonia, ceifou a sua vida, causando-lhe, até então, sofrimento desnecessário.

Nesse vértice, o laudo pericial cadavérico n. 0402813/2012 e fotografias a ele anexadas (fls. 57-71) indicam que a causa da morte da vítima foi *"politraumatismo, decorrente de ferimento por arma de fogo"*. Consta, ainda, que os disparos desferidos pelo réu atingiram o ofendido na face, na parede torácica, no antebraço direito e esquerdo, na axila esquerda, na face anterior da perna direita e na face posterior da coxa esquerda. Além disso, do exame interno realizado constatou-se que houve laceração do pulmão direito, penetração de um dos projéteis no fígado e alojamento de outro projétil na região cervical ao nível da segunda vértebra.

Outrossim, a prova oral colhida nos autos (CD de fl. 233) revela que o réu descarregou o revólver três vezes, que a vítima "gritava" de dor e estava toda ensanguentada, o que denota, a princípio, que lhe foi imposto sofrimento excessivo.

Por fim, o laudo pericial n. 041449/ICX/2012 – exame em local de crime (fls. 73-87) traz indícios de que a conduta descrita na denúncia foi perpetrada de forma violenta, em que o agressor atingiu o ofendido *"enquanto estava dentro do veículo*" e que "*perseguiu a vítima, disparando contra ela durante o trajeto até o galpão da empresa e realizou, no mínimo, duas etapas de recarga da arma utilizada"* (fl. 86).

De mais a mais, havendo dúvida sobre o elemento subjetivo que guiou a conduta do agente, ou seja, se a sua intenção era, de fato, causar sofrimento desnecessário ao ofendido e, ainda, sendo divergentes os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, conforme antes assentado, cabe ao Tribunal do Júri dirimir a controvérsia.

2 Qualificadora do uso de recurso que impossibilitou a defesa do ofendido

A lei penal deixa bem claro que o objetivo da qualificadora descrita no inciso IV do § 2º do art. 121 do Código Penal *"é punir mais severamente o agente que, covardemente, mata o ofendido"*, tendo em vista que, *"traindo-o,*

emboscando-o, ou ocultando suas verdadeiras intenções, está prejudicando ou impedindo qualquer reação de sua parte, que se torna presa fácil" (NUCCI, Guilherme de Souza, 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 614).

In casu, os testemunhos colhidos nos autos dão conta de que Itamar Donin e Francis Romani provocavam-se mutuamente, desde que o segundo iniciou um relacionamento amoroso com a ex-esposa do primeiro.

O réu, em diversas oportunidades, ameaçava a vítima, que, inclusive, era alertada pelos seus amigos para ter cuidado. Nesse sentido, a testemunha Ivan Poletto, que presenciou os fatos, afirmou que os amigos de Francis solicitavam que tomasse cuidado, já que Itamar passava todos os dias em frente ao seu local de trabalho, *"olhando feio pra dentro, não era com cara de amigo"* (CD de fl. 233).

Todavia, ainda que seja incontroversa a desavença existente entre réu e vítima, os elementos de convicção até então produzidos indicam que aquele se dirigiu até o local em que esta estava trabalhando, surpreendeu-a e iniciou, repentinamente, os disparos de arma de fogo, impossibilitando qualquer espécie de defesa.

Desta feita, as circunstâncias anteriores ao dia do crime, por si só, não excluem a possiblidade de incidência da qualificadora em debate, pois não se pode exigir que a vítima, mesmo sabendo do rancor nutrido pelo réu, ficasse todo o tempo em alerta, esperando ser atacada. Nesse caso, o que deve ser avaliado pelo Conselho de Sentença é a forma como o homicídio foi executado pelo réu, ou seja, se atacou a vítima de inopino, impossibilitando ou, ao menos, reduzindo suas chances de defesa.

Os julgados trazidos no voto vencedor corroboram essa conclusão e merecem ser aqui reproduzidos:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA.

RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. IMPROCEDÊNCIA MANIFESTA NÃO EVIDENCIADA.

1. Na pronúncia, somente podem ser excluídas as qualificadoras manifestamente improcedentes.

2. *A existência de desavenças familiares, mesmo que acompanhadas de ameaças de morte, não torna manifestamente improcedente a qualificadora de recurso que impossibilitou a defesa da vítima*. [...] (STJ - AgRg no Resp 1125372/RS, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6. Turma, DJe 29-8-2011 – grifou-se).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA. MOTIVO TORPE E RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. IMPROCEDÊNCIA MANIFESTA NÃO EVIDENCIADA.

I - Na linha da remansosa jurisprudência desta Corte, as qualificadoras somente podem ser excluídas na fase do *iudicium accusationis*, se manifestamente improcedentes. (Precedentes). [...]

III - A circunstância indicativa de discussão anterior entre vítima e acusado não exclui, por si só, a qualificadora referente ao recurso que impossibilitou a defesa da vítima. *O modo como se deu a execução do crime revela-se elemento indispensável na aferição da caracterização desta qualificadora. Assim, ressaindo dos autos uma versão em que a vítima teria sido colhida de surpresa, não se autoriza, da mesma forma, o afastamento da qualificadora*. Recurso especial provido. (STJ - REsp n. 1.027.929/RS, rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, DJe 30-11-2009 – grifou-se).

RECURSO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. RECLAMO ALMEJANDO O AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DO MOTIVO FÚTIL. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. MATERIALIDADE DEMONSTRADA E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA PRESENTES. PRETENDIDA EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS. MOTIVO TORPE. DESAVENÇAS ANTERIORES DECORRENTES DE RELACIONAMENTO AFETIVO PRETÉRITO ENTRE A VÍTIMA E ATUAL NAMORADA DO RECORRENTE. CRIME COMETIDO MEDIANTE

> RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. OFENDIDO QUE TERIA SIDO ATRAÍDO PARA FORA DE CASA, É ALVEJADO POR DISPAROS. QUALIFICADORAS PRESERVADAS (TJSC - Recurso Criminal n. 2012.035405-8, de Chapecó, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 11-7-2012).

Outros pontos relevantes que foram observados no voto vencedor são que (a) não existem elementos que comprovem que a vítima estava armada, (b) somente as testemunhas de defesa trouxeram a informação de que a vítima provocava o réu, no sentido de que passava por ele *"cantando os pneus do carro"* e que *"fazia gestos"* (Claudio Alves Correia, Paulo Cesar Malmann e Maria Janete Chaves - CD de fl. 233); (c) os boletins de ocorrência (fls. 129-133), citados pela defesa nas razões recursais, dizem respeito a desavenças existentes entre o réu e sua ex-esposa e não apresentam quaisquer informações relevantes para a elucidação do caso em análise.

Assim sendo, também inviável o afastamento desta qualificadora.

Por todo o exposto, não havendo como prosperar a pretensão formulada, rejeita-se os presentes embargos infringentes, mantendo-se o voto da maioria que decidiu pelo desprovimento do recurso criminal interposto por Itamar Donin, pronunciado-o pelos crimes previstos no art. 121, § 2º, I, III e IV, e no art. 147, *caput*, (por três vezes), ambos do Código Penal, e no art. 12 da Lei n. 10.826/03.

Este é o voto.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Alexandre d'Ivanenko

Ousei dissentir da douta maioria pelas mesmas razões expostas no voto vencido de fls. 307-309.

Florianópolis, 28 de fevereiro de 2013.

Alexandre d'Ivanenko

Desembargador

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

Apelação Criminal n. 2013.006883-7, de Mafra

Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR (ART. 302 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO - LEI N. 9.503/97). RECURSO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA SENTENÇA QUE CONCEDEU AO ACUSADO O PERDÃO JUDICIAL (ART. 121, § 5°, DO CÓDIGO PENAL). VÍTIMA QUE ERA BISAVÓ E PESSOA DO CONVÍVIO DO CAUSADOR DO ACIDENTE FATAL. GRAVES CONSEQUÊNCIAS MORAIS EXPERIMENTADAS PELO RÉU EM DECORRÊNCIA DO EVENTO QUE AUTORIZAM A CONCESSÃO DA GRAÇA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO MINISTERIAL CONHECIDO E DESPROVIDO.

Constatado que a vítima se tratava da bisavó do causador do sinistro automobilístico fatal, e que entre ambos existia forte laço de afetividade, tendo, inclusive, a ofendida participado ativamente da criação do agente, e verificado, a partir da prova oral, que o episódio acarretou gravíssimas consequências de ordem moral ao acusado, afigura-se possível a concessão do perdão judicial, nos

termos do art. 121, § 5°, do Código Penal, o que exime o autor do ilícito da respectiva reprimenda.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2013.006883-7, da comarca de Mafra (Vara Criminal), em que é apelante o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e apelado Kaio Ricardo Dutra:

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Exma. Desa. Marli Mosimann Vargas, com voto, e dele participou o Exmo. Des. Newton Varella Júnior.

Funcionou na sessão pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 16 de abril de 2013.

Paulo Roberto Sartorato

Relator

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público, com base no incluso caderno indiciário, ofereceu denúncia contra Kaio Ricardo Dutra, devidamente qualificado nos autos, dando-o como incurso nas sanções do artigo 302, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro, pela prática do seguinte ato delituoso, assim narrado na preambular acusatória, *in verbis* (fls. II/III):

> Compulsando os autos do caderno indiciário incluso, verifica-se que, no dia 12 de abril de 2009, por volta das 11h20min, na BR-280, Km 149,5, o denunciado Kaio Ricardo Dutra, conduzindo o veículo VW Gol, de placa IJU-4267, em local proibido, tentou ultrapassar um veículo caminhão, porém, encontrando com outro veículo, na direção contrária, saiu para o acostamento e desceu um barranco, colidindo em uma árvore.
>
> No interior do veículo, estavam a avó do denunciado, Sra. Edina Langer, que sofreu ferimento de natureza leve, e sua bisavó, Sra. Jovelina de Oliveira Soares, 90 anos de idade, que sofreu os ferimentos constantes no laudo pericial cadavérico, de fls. 15/16, que foram suficientes para causar o resultado morte.
>
> Agindo com imprudência, pois, o denunciado praticou homicídio culposo na direção de veículo automotor, situação que resultou na morte da vítima Jovelina de Oliveira Soares.

> Encerrada a instrução processual, o Magistrado *a quo* julgou procedente a denúncia para condenar o réu em razão da prática do delito tipificado no artigo 302, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro. No entanto, deixou de aplicar a pena referente à condenação, frente ao reconhecimento do disposto no artigo 121, § 5º, do Código Penal, referente ao perdão judicial. Julgou, portanto, extinta a punibilidade do réu, com base no artigo 107, IX, do Código Penal (fls. 87/93).

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação (fl. 104). Em suas razões, requereu a condenação do apelado e a aplicação da respectiva pena, sob a tese de que inviável a concessão do perdão judicial na hipótese (fls. 110/112).

Em contrarrazões, o defensor requereu o conhecimento e improvimento do recurso interposto. (fls. 116/119).

Após, os autos ascenderam a esta Superior Instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da Exma. Dra. Heloísa Crescenti Abdalla Freire, opinado pelo conhecimento e provimento do recurso interposto pelo Ministério Público (fls. 124/126).

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, o reclamo deve ser conhecido.

O recurso de apelação criminal sob exame se volta contra sentença de primeiro grau que, mesmo julgando procedente a denúncia oferecida pelo Ministério Público e reconhecendo a materialidade e autoria do crime previsto no artigo 302, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97) - homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor -, deixou de aplicar a respectiva pena a Kaio Ricardo Dutra, causador do sinistro automobilístico que vitimou sua bisavó, dada a concessão do perdão judicial (art. 121, § 5°, do Código Penal).

Concluiu o Magistrado sentenciante que, embora o acusado tenha agido com culpa e dado causa ao acidente que ocasionou a morte da vítima, Jovelina de Oliveira Soares, sua bisavó, as próprias consequências naturais do episódio serviram de reprimenda suficiente ao agente, restando viabilizada, na hipótese, a concessão do perdão, nos termos da legislação penal vigente.

Com a devida vênia ao representante do *Parquet*, tenho que acurado o *decisum* de primeiro grau, tendo o douto Magistrado prolator primado pela sensibilidade e razoabilidade.

Prescreve o artigo 121, § 5°, do Código Penal:

> Art 121. [...]
>
> § 5º - Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

O perdão judicial, para Guilherme de Souza Nucci, "*é a clemência do Estado, que deixa de aplicar a pena prevista para determinados delitos, em hipóteses expressamente previstas em lei. Esta é uma das situações que autoriza a concessão do perdão. Somente ao autor de homicídio culposo - anotando-se que a introdução do perdão nesse contexto deveu-se aos crimes de trânsito -, com inspiração no Código Penal alemão, pode-se aplicar a clemência, desde que ele tenha sofrido com o crime praticado uma consequência tão séria e grave que a sanção penal se torne desnecessária. Baseia-se no fato de que a pena tem o caráter aflitivo, preventivo e reeducativo, não sendo cabível a sua aplicação para quem já foi punido pela própria natureza, recebendo, com isso, uma reeducação pela vivência própria do mal que causou*". (*Código penal comentado.* 10ª. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 622).

Fernando Capez, a seu turno, leciona que "*as consequências e que se refere o § 5° podem ser: a) físicas - o agente também acaba sendo lesionado de forma grave (p. ex., teve suas pernas amputadas, ficou tetraplégico, cego, teve o seu rosto desfigurado); b) morais - dizem respeito à morte ou lesão de familiares do agente (p. ex., o pai, a mãe, os filhos, a esposa, os irmãos), incluindo-se aqui a morte ou lesão da concubina do agente, ou então de pessoas de qualquer forma ligadas ao agente por afinidade (p. ex., noiva do agente, amigos íntimos). [...]*" (*Curso de direito penal, volume 2: parte especial*. 6ª. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 76).

Já no que se refere à possibilidade de se invocar o instituto no que tange a autores de crime de homicídio culposo praticado na direção de veículo (art. 302, *caput*, do CTB), eis a explanação de Rogério Greco:

> [...] Embora não conste expressamente no CTB, em face do veto presidencial do artigo que previa o perdão judicial para os crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa praticados na direção de veículo automotor, acreditamos, com a corrente majoritária, ser possível, por questões de política criminal, a aplicação do perdão judicial aos arts. 302 e 303 do Código de Trânsito brasileiro. Isso porque não seria

> razoável entender que, embora as razões que fizeram inserir o perdão judicial para os crimes de homicídio culposo e lesão corporal culposa tenham sido, sem dúvida, o elevado número de acidentes de trânsito, agora que foram criadas infrações penais específicas para esse tipo de acidente, o perdão judicial não pudesse ser aplicado (*Código Penal comentado*. 4ª. ed., Niterói: Impetus, 2010, p. 249).

No presente caso, constata-se, a partir dos elementos de convicção presentes nos autos, mais especificamente da prova oral disponível, que a vítima se tratava da bisavó do agente, com quem frequentemente convivia. Mais que isso: segundo Edina Langer, filha da vítima e avó do acusado, e o próprio agente, Jovelina participou ativamente da criação deste (mídia de fl. 71).

Colhe-se dos autos, ainda, que o sinistro automobilístico ocorrera quando Kaio, acompanhado de sua avó, filha de Jovelina, dava a esta uma carona de Rio Negrinho, onde residia a ofendida, até o município de Rio Negro, Paraná, onde morava o agente, para que, lá, festejassem a Páscoa e, também, o aniversário de 90 (noventa) anos da vítima.

Do depoimento judicial do acusado, prestado cerca de três anos após o evento, aliás, pode-se perceber o verdadeiro trauma ocasionado pelo episódio em questão. Disse o mesmo que ficou imensamente abalado, especialmente por ter visto pessoa de seu convívio às vésperas da morte, a ponto, inclusive, de nunca mais ter transitado pela fatídica rodovia. Afirmou, ainda, que, em razão do ocorrido, sua família, no correspondente período do ano, experimenta grande angústia, em memória de Jovelina.

As peculiaridades do caso, a meu sentir, autorizam a concessão do perdão judicial, nos termos do art. 121, § 5°, do Código Penal. Com efeito, a aplicação de pena ao réu, na hipótese, torna-se desnecessária, haja vista as gravíssimas consequências morais suportadas pelo acusado em decorrência do evento.

Colhe-se da jurisprudência pátria:

APELAÇÃO-CRIME. ART. 302 DO CTB. ACIDENTE OCORRIDO EM CAMINHÃO CONDUZIDO PELO RÉU, SENDO QUE O OFENDIDO, PRIMO DAQUELE, VINHA NA CARROCERIA DO VEÍCULO. RECONHECIMENTO DO AGIR CULPOSO DO ACUSADO. CONCESSÃO DO PERDÃO JUDICIAL PELO JUÍZO DE 1º GRAU. AFIRMAÇÃO DO RÉU DE QUE O OFENDIDO ERA COMO UM IRMÃO, SENDO QUE AMBOS, ALÉM DE TEREM SE CRIADOS JUNTOS, QUANDO ADULTOS VIAJARAM POR "TODO O BRASIL", EIS QUE O RÉU É MOTORISTA DE CAMINHÃO. COMPROVAÇÃO DE QUE AS CONSEQUÊNCIAS DO ACIDENTE ATINGIRAM O RÉU DE FORMA TÃO GRAVE A PONTO DE TORNAR DESNECESSÁRIA A APLICAÇÃO DA PENA. Apelo improvido. (TJRS - Apelação Crime Nº 70042211078, Rel. Des. Manuel José Martinez Lucas, j. em 17/08/2011).

CRIME DE TRÂNSITO - HOMICÍDIO CULPOSO - ART. 302 DO CTB - CULPA COMPROVADA - MOTORISTA QUE DORMIU AO VOLANTE - ABSOLVIÇÃO OBSTADA - MORTE DE SOBRINHA/AFILHADA - CASO CONCRETO - RELAÇÃO PATERNA ENTRE O AGENTE E A VÍTIMA COMPROVADA - PERDÃO JUDICIAL - ART. 121, § 5º, DO CP - POSSIBILIDADE - PUNIBILIDADE EXTINTA - ART. 107, IX, DO CP - RECURSO PROVIDO EM PARTE E, EM CONSEQUÊNCIA, DECLARADA EXTINTA A PUNIBILIDADE DO APELANTE. A morte de pessoa com quem o réu mantinha laços de afetividade, qual seja sua sobrinha e afilhada, torna-se desnecessária a aplicação da pena, pois as consequências do delito o atingiram moralmente de forma tão grave que é o caso de se reconhecer e se aplicar o perdão judicial, com a consequente extinção de sua punibilidade. (TJMG - Apelação Criminal 1.0499.09.012989-5/001, Rel. Des. Delmival de Almeida Campos, j. em 14/03/2012).

APELAÇÃO CRIMINAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO (ARTIGO 302, DA LEI N. 9.503/97). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS. INACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPRO-

> VADAS. DECLARAÇÕES DAS TESTEMUNHAS E BOLETIM DE OCORRÊNCIA DE ACIDENTE DE TRÂNSITO IMPORTANTES PARA EVIDENCIAR A CULPA DO RÉU. MOTORISTA EMBRIAGADO QUE FAZIA ZIGUE-ZAGUE NA PISTA, INVADINDO PISTA CONTRÁRIA E ATINGIU OUTRO VEÍCULO. ALEGAÇÃO DE QUE EXISTAM CIRCUNSTÂNCIAS QUE EXCLUEM O CRIME OU ISENTAM DE PENA, CONSOANTE ARTIGO 386, VI, DO CPP. INCABÍVEL. NÃO HÁ QUALQUER CAUSA EXCLUDENTE DE ILICITUDE OU DE CULPABILIDADE. DE OFÍCIO, CONCESSÃO DO PERDÃO JUDICIAL. VÍTIMA DO HOMICÍDIO É COMPANHEIRA DO ACUSADO. SUBSIDIARIAMENTE, PEDIDO DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. PREJUDICADO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC - Apelação Criminal n. 2011.028259-6, de Tijucas, Rela. Desa. Substituta Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. em 05/02/2013).

À vista disso, inviável operar-se a reforma da sentença de primeiro grau.

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

Este é o voto.

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.082149-1, de Itajaí

Relator: Des. Carlos Alberto Civinski

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU PRESO). TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ARTS. 33, CAPUT, 40, V, E 42, TODOS DA LEI 11.343/2006). FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO (ART. 297 DO CP). ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR (ART. 311 DO CP). PRELIMINARES. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INEXISTENTE. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA. ADOÇÃO DE ARGUMENTAÇÃO PREVIAMENTE LANÇADA NOS AUTOS. POSSIBILIDADE DIANTE DA FALTA DE INOVAÇÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE DURAÇÃO E PRORROGAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE EXTRAPOLAMENTO DO PERÍODO INVESTIGATÓRIO. REQUISITOS DA LEI 9.296/1996 ATENDIDOS. INTRODUÇÃO DE NÚMEROS TELEFÔNICOS SEM A INCLUSÃO DO NOME DO TITULAR. EXCEÇÃO PREVISTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 2º DA LEI 9.296/1996. PERÍCIA DE VOZ EM INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRESCINDIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ALEGADA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DECISÃO QUE AUTORIZA A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. INOCORRÊNCIA. INCOMPATIBILIDADE ENTRE OS REGISTROS DA POLÍCIA FEDERAL E OS DA OPERADORA DE TELEFONIA. DISTINÇÃO DOS MÉTO-

DOS DE REGISTROS DAS LIGAÇÕES QUE NÃO ACARRETAM PREJUÍZO AO CONTEÚDO INVESTIGATIVO.

- O art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal, com redação fornecida pela Lei 11.719/2008, não possui caráter absoluto, admitindo relativização em razão do disposto no art. 132 do Código de Processo Civil, aplicado de forma analógica. Evidenciado o afastamento do magistrado de suas funções, confere-se ao seu substituto a titularidade para prosseguimento e julgamento do feito, sob pena de retardo indevido ao andamento do processo.

- O fato de o juiz sentenciante fazer referência a decisões pretéritas, proferidas nos autos, não importa em prejuízo processual capaz de impor dano aos réus. A reiteração dos argumentos previamente trazidos pela defesa e a não alteração do contesto fático-probatório já noticiado, permite a adoção dos fundamentos lançados previamente.

- Ocorrida prorrogação dos prazos para a interceptação telefônica, inclusive no período de recesso do Poder Judiciário, em atenção ao art. 5º da Lei 9.296/1996, inviável o reconhecimento da mácula da prova produzida.

- O parágrafo único do art. 2º da Lei 9.296/1996 permite a inclusão de ramal telefônico sem a identificação imediata do titular, sobretudo quando, reconhecida ao longo da investigação.

- A Lei 9.296/1996 não exige a realização de perícia para a comprovação da autenticidade do material colhido por meio de interceptação telefônica. Precedentes desta Corte.

- Atendidos os requisitos do art. 2º da Lei 9.296/1996, da Resolução 59/2008 do Conselho Nacional de Justiça e devida-

mente abordados os elementos que motivaram o deferimento da interceptação telefônica, não se sustenta alegação que visa o reconhecimento de falta de fundamentação.

- Verificada a existência de disparidade nos horários de registros entre o sistema de interceptação da Polícia Federal e da operadora de telefônica, incapaz de trazer prejuízo ao material coletado, mostra-se inviável o reconhecimento de nulidade invocada.

MÉRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA DO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES DEMONSTRADAS. PROVA COMPOSTA DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E DEPOIMENTO DOS POLICIAIS FEDERAIS QUE ATUARAM NA INVESTIGAÇÃO. OPERAÇÃO QUE RESULTOU NA APREENSÃO DE QUANTIDADE SUPERIOR A 4 KG DE COCAÍNA E 200 G DE MACONHA. DROGA EM DESLOCAMENTO DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL PARA SANTA CATARINA. DIVISÃO DE TAREFAS DOS ENVOLVIDOS. ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO (ART. 311 DO CP). VEÍCULO CLONADO. ORIGEM ILÍCITA NÃO DEMONSTRADA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. APLICAÇÃO DO ART. 156 DO CPP. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO (ART. 297 DO CP). FORNECIMENTO DE FOTOGRAFIA PARA CONFECÇÃO DO DOCUMENTO FALSO. CONDUTA SUFICIENTE PARA A CARACTERIZAÇÃO DO CRIME.

- Constatada por meio de extenso material probatório, hábil a demonstrar a materialidade e autoria e composto por interceptações telefônicas e depoimentos dos policiais federais envolvidos na investigação, a prática do crime de tráfico de drogas, em que

os agentes assumem funções diversas para realizar o transporte interestadual do material estupefaciente e, posteriormente, a sua comercialização, tem-se inviável o acolhimento do pleito absolutório.

- Não comprovada pelo réu a origem do bem apreendido em seu poder, ante a inversão do ônus probatório, consoante previsão expressa no art. 156 do Código de Processo Penal, impõe-se a manutenção da condenação pelo crime descrito no art. 273 do Código Penal, uma vez constada tratar-se de veículo clonado.

- O agente que fornece para terceiro fotografia sua com intuito de substituí-la em documento de identidade original de outro indivíduo concorre para a prática do crime de falsificação de documento público previsto no artigo 297, caput, do Código Penal.

DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DO ART. 42 DA LEI 11.343/2006. POSSIBILIDADE. APREENSÃO DE QUANTIDADE EXPRESSIVA DE ENTORPECENTES. EFEITOS QUE SE COMUNICAM A TODOS OS ENVOLVIDOS NA COMPRA E REVENDA DO MATERIAL ESTUPEFACIENTE. MAJORAÇÃO DE 1/6 DA PENA-BASE. FIXADA EM CONFORMIDADE COM OS PARÂMETROS ADOTADOS POR ESTE TRIBUNAL. TRÁFICO INTERESTADUAL (ART. 40, V, DA LEI 11.343/2006). CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006.

- Possível a majoração da pena-base com amparo no art. 42 da Lei 11.343/2006, em razão da apreensão de grande quantidade de material estupefaciente e por não se mostrar excessiva a

adoção da fração de 1/6 para o aumento, em conformidade com os parâmetros adotados por esta Corte.

- Presente nos autos prova segura de que os agentes, ainda que não apreendidos em poder do material estupefaciente, contribuíram para o seu transporte e aquisição, possível a comunicação do aumento previsto nos arts. 40, V, e 42 da Lei 11.343/2006.

- A aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 precede do cumprimento cumulativo de quatro requisitos, a saber, primariedade, inexistência de antecedentes, não dedicação à atividades criminosas e não integração de organização criminosa. Faltando um desses requisitos, inviável a aplicação da benesse legal.

- Não evidenciada a origem lícita dos bens apreendidos, conforme determina o art. 60 da Lei 11.343/2006, mostra-se escorreita a decisão que indefere a sua restituição.

- Não demonstrada a alteração dos parâmetros observados pelo juiz de primeiro grau para a concessão da liberdade aos acusados, não se admite o direito de recorrer em liberdade, sobretudo quando já recai contra eles sentença condenatória apontando o seu envolvimento em crime de tráfico de drogas.

- Parecer da PGJ pelo conhecimento dos recursos e pelo seu desprovimento.

- Recursos conhecidos e não providos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.082149-1, da comarca de Itajaí (2ª Vara Criminal), em que

são apelantes Jeann Roberto Neves e outros, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos e negar-lhes provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Desembargadora Marli Mosimann Vargas, com voto, e dele participou o Desembargador Paulo Roberto Sartorato.

Florianópolis, 26 de março de 2013.

Carlos Alberto Civinski

RELATOR

RELATÓRIO

Denúncia: o Ministério Público ofereceu denúncia contra os listados abaixo por incorrerem dos crimes destacados: a) Ariana Borges (arts. 33 e 35 c/c art. 40, V, da Lei 11.343/2006); b) Cleberson Laurentino da Conceição (arts. 33 e 35 c/c art. 40, V, da Lei 11.343/2006); c) Edson Garrozi (arts. 33 e 35 c/c art. 40, V, da Lei 11.343/2006 e art. 311 do Código Penal); d) Jean Roberto Neves (arts. 33 e 35 c/c art. 40, V, da Lei 11.343/2006 e art. 297 do Código Penal); e) Márcio Mafra (arts. 33 e 35 c/c art. 40, V, da Lei 11.343/2006 e 311 do Código Penal); e f) Márcio Rodrigo Gomes (arts. 33 e 35 c/c art. 40, V, da Lei 11.343/2006 e 311 do Código Penal), em razão da prática dos seguintes fatos:

> Do crime de associação para o tráfico
>
> Os denunciados, pelo menos desde o ano de 2009, estavam associados entre si para o fim de praticar o crime de tráfico de drogas, as quais eram adquiridas no Estado do Mato Grosso do Sul e transpor-

tadas para a região de Itajaí, onde eram distribuídas e vendidas para os consumidores finais.

O denunciado Jean Roberto Neves, que residia no mato Grosso do Sul, estava encarregado de fazer o contato com fornecedores maiores e a aquisição de drogas naquela região, recebendo valores e veículos dos demais associados para serem utilizados no pagamento das substâncias adquiridas.

O denunciado Márcio Mafra fazia a ponte entre o Mato Grosso do Sul e Santa Catarina, mantendo reiterados contatos com o denunciado Jean Roberto e com os demais denunciados que residiam na região de Itajaí. Márcio Mafra, dessa forma, obtinha valores e veículos para trocar por drogas e conseguia veículos para fazer o transporte das drogas, as quais em algumas oportunidades eram por ele próprio transportadas. Além disso, repassava a carga adquirida para os denunciados Cleberson e Ariana revenderem em pequenas quantidades para os consumidores finais.

O denunciado Márcio Rodrigo Gomes, vulgo Faustão, tinha por obrigação fazer o transporte da droga do Mato Grosso do Sul para Santa Catarina, atuando como "mula" dentro da associação.

Os denunciados Ariana e Cleberson, que vivem em união estável, recebiam parte da droga adquirida pela associação para revenderem em pequenas quantidades para os usuários. Além disso, dentro de suas possibilidades, auxiliavam financeiramente o grupo, efetuando depósitos em contas indicadas pelo denunciado Márcio.

Finalmente, o denunciado Edson atuava obtendo veículos para serem trocados por drogas ou para serem utilizados no transporte de entorpecentes, além de revender drogas para o grupo ou obter compradores para os entorpecentes adquiridos no Mato Grosso do Sul.

Do crime de tráfico de drogas

Aproximadamente no dia 20 de março de 2010, os denunciados devidamente associados e agindo em concurso de vontades, passaram a organizar nova ida até o Mato Grosso do Sul, a fim de adquirir droga e a transportá-la para Santa Catarina.

Assim, no dia 23 de março de 2010, a mando dos demais denunciados, o denunciado Márcio Rodrigo Gomes, o Faustão, saiu de Itajaí com destino ao Mato Grosso do Sul, valendo-se de uma caminhonete

Pálio Weekend, que havia sido obtida pelo denunciado Edson, veículo com o qual iria trazer a droga para a associação criminosa, a ser repartida com todos os denunciados.

Chegando ao Mato Grosso do Sul, onde também estavam os denunciados Jean Roberto e Márcio Mafra, a associação criminosa providenciou a aquisição e o acondicionamento de 12 tabletes de cocaína, com peso total de 4.330 g (quatro mil, trezentos e trinta gramas) de cocaína, e 1 tablete de 240 g (duzentos e quarenta gramas) de maconha.

Dessa forma, o denunciado Márcio Rodrigo Gomes, sempre mancomunado com os demais denunciados e sob as ordens diretas de Jean Roberto e Márcio Mafra, retornou para Santa Catarina com o referido veículo, vindo a ser abordado por policiais federais no dia 25 de março de 2010, no Posto de Pedágio da Rodovia BR 101, no município de Araquari, oportunidade em que foi apreendida a droga, que era transportada sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, e feita a prisão em flagrante do denunciado Márcio Rodrigo.

Ato contínuo, foram cumpridos os mandados de prisão temporária contra os demais denunciados.

Da falsificação de documento público

Após ser cumprido o mandado de prisão temporária contra o denunciado Jean Roberto Neves, fato ocorrido no dia 26 de março de 2010, em Gravatá, Navegantes, policiais federais apreenderam uma carteira de identidade em nome de Adriano Borba Coelho (fl. 12 do volume I do apenso II), na qual consta fotografia do denunciado Jean Roberto, documento público que foi por ele falsificado e era utilizado.

Da adulteração de sinal identificador em veículo automotor

Em data incerta, porém antes do dia 23 de março de 2010, os denunciados Márcio Mafra, Edson Garrozi e Márcio Rodrigo Gomes, previamente mancomunados e agindo em concurso de vontades, substituíram a placa da caminhonete Pálio Weekend que seria utilizada para o transporte da droga proveniente do Estado do Mato Grosso do Sul, nela inserindo a placa ANN 0092, adulterando dessa forma sinal identificador de veículo automotor.

Na realidade, a caminhonete Pálio Weekend que possui a placa ANN 0092 pertence a Carolina Marin de Oliveira Malucelli, que re-

> side em Curitiba – PR, a qual foi adquirida em 27 de janeiro de 2010 na empresa Jean Car Veículos, também localizada na paranaense (fls. 112/118) (fls. II- IV).

Sentença: julgou parcialmente procedente a pretensão acusatória para:

a) condenar Ariana Borges, por infração ao art. 33 c/c art. 40, V, da Lei 11.343/2006, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 680 dias-multa, no valor mínimo legal;

b) condenar Cleberson Laurentino da Conceição, por infração ao art. 33 c/c art. 40, V, da Lei 11.343/2006, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 680 dias-multa, no valor mínimo legal;

c) condenar Edson Garrozi, por infração ao art. 33 c/c art. 40, V, da Lei 11.343/2006, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 680 dias-multa, no valor mínimo legal;

d) condenar Jean Roberto Neves, por infração ao art. 33 c/c art. 40, V, da Lei 11.343/2006, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 8 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 690 dias-multa, no valor mínimo legal;

e) condenar Márcio Mafra, por infração ao art. 33 c/c art. 40, V, da Lei 11.343/2006, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 7 anos, 7 meses e 25 dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 764 dias-multa, no valor mínimo legal;

f) condenar Márcio Rodrigo Gomes, por infração ao art. 33 c/c art. 40, V, da Lei 11.343/2006, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 8 anos, 11 meses e 13 dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado e ao pagamento de 690 dias-multa, no valor mínimo legal;

g) absolver Ariana Borges, Cleverson Laurentino da Conceição, Edson Garrozi, Jean Roberto Neves, Márcio Mafra e Márcio Rodrigo Gomes do delito previsto no art. 35 c/c art. 40, V, ambos da Lei 11.343/2006, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal;

h) absolver Edson Garrozi e Márcio Mafra do crime descrito no art. 311 do Código Penal, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal (fls. 874-904).

Embargos de declaração: opostos por Edson Garrozi, nos quais requereu a correção de erro material (fls. 1.064/1.065), o pleito foi acolhido, sem alteração no conteúdo decisório (fls. 1.066-1.068).

Recursos de apelação criminal:

1. a ré Ariana Borges apresentou as razões recursais às fls. 988-1019, nas quais sustentou:

a) preliminarmente, a nulidade da interceptação telefônica promovida por ter superado o prazo concedido pelo juízo de primeiro grau e pela ausência de fundamentação, o que contaminou as provas por derivação;

b) a nulidade da sentença, porquanto não examinadas, de forma aprofundada, as teses defensivas e por ter sido proferida por juízo diverso da instrução processual;

c) no mérito, que as provas colacionadas aos autos, compostas de interceptações telefônicas, não são suficientes para comprovar o seu envolvimento com o tráfico de entorpecentes;

d) que a degravação das conversas telefônicas demonstra que a apelante comercializava roupas apenas, e que não possuía nenhum vínculo com Márcio Rodrigo Gomes, réu apreendido com a substância entorpecente;

e) na dosimetria, ser devida a redução da pena majorada em função dos arts. 42 e 40, V, ambos da Lei 11.343/2006;

f) a necessidade de se reconhecer a causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

2. o réu Cleberson Laurentino da Conceição apresentou as razões recursais às fls. 966-1019, nas quais sustentou:

a) preliminarmente, ofensa ao princípio do juiz natural, uma vez que o magistrado que proferiu a sentença condenatória não foi o mesmo que realizou a instrução processual;

b) que decorridos 38 dias entre o deferimento do monitoramento telefônico e o pedido de prorrogação, pertinente o reconhecimento da nulidade em razão do escoamento do prazo;

c) a nulidade das interceptações telefônicas por existir incompatibilidade entre os registros de chamadas feitas e recebidas dentre aquelas fornecidas pela operadora de telefonia TIM e aquelas que resultaram das degravações, uma vez que efetuado o registro de transcrições de conversas inexistentes e por haver divergência de datas e horários;

d) a nulidade da sentença por ausência de fundamentação, pois utilizada fundamentação prévia realizada por juízes antecessores, em momento anterior ao encerramento da instrução processual;

e) no mérito, a ausência de materialidade, porque não fora encontrado em poder do apelante material entorpecente ou de seu envolvimento no comércio de drogas ilícitas;

f) na dosimetria, ser devida a fixação da pena no mínimo legal de modo a aplicar a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006;

g) a exclusão da causa de aumento do art. 40, V, da Lei 11.343/2006.

3. o réu Jean Roberto Neves apresentou as razões recursais às fls. 922-937, nas quais sustentou:

a) preliminarmente, cerceamento de defesa, ante o indeferimento da realização de perícia por voz nas interceptações telefônicas;

b) no mérito, a inexistência de substrato probatório a escorar a condenação pelo crime de tráfico de entorpecentes, pois amparada em diálogos com voz diversa da sua;

c) quanto ao crime de falsidade documental, não ter confeccionado, utilizado ou apresentado a carteira de identidade aos policias federais, o que descaracteriza a conduta delituosa.

Requereu, ao final, o direito de recorrer em liberdade.

4. o réu Edson Garrozi apresentou as razões recursais às fls. 1096-1140, nas quais sustentou:

a) preliminarmente, a nulidade da sentença por falta de análise das teses defensivas dirigidas contra os provas obtidas por intermédio de interceptação telefônica;

b) a nulidade das interceptações telefônicas por terem perdurado por prazo superior ao concedido (15 dias) e terem incluído o seu ramal telefônico, o qual não era alvo da investigação;

c) a nulidade da ação, isso porque as provas foram obtidas por meios ilícitos, importando na ilegalidade de todas as demais, ante a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada;

d) ofensa ao princípio do juízo natural;

e) no mérito, a ausência de prova da materialidade e autoria do crime de tráfico;

f) na dosimetria, ser devido o reconhecimento da causa especial de diminuição da pena (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006) e o afastamento da majorante (art. 40, V, da Lei 11.343/2006).

Ao final, requereu a restituição dos bens apreendidos.

5. o réu Márcio Rodrigo Gomes apresentou as razões recursais às fls. 1.144-1.155, nas quais sustentou:

a) que faz jus à minoração da pena por ter confessado a prática do crime de tráfico de entorpecentes;

b) impor-se a concessão da causa especial de diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006;

c) quanto ao crime previsto no art. 311 do Código Penal, ser devida sua absolvição pela falta de prova da materialidade e autoria e aplicação do princípio *in dubio pro reo.*

6. o réu Márcio Mafra apresentou as razões recursais às fls. 1156-1.171-937, nas quais sustentou:

a) a ausência de substrato probatório a permitir sua condenação, uma vez que foram apreendidas em seu poder substâncias entorpecentes ou outros objetos comumente utilizados na prática da mercancia ilícita;

b) ser indevida a exasperação da pena com base no art. 40, V, da Lei 11.343/2006, porquanto jamais deixou o Estado de Santa Catarina.

Contrarrazões: o Ministério Público, às fls. 1.075-1.088 e 1.478-1.505, impugnou as razões recursais defendendo que:

- em relação a Ariana e Cleberson

a) inexiste ofensa ao juízo natural em razão da aplicação analógica do disposto no art. 132 do Código de Processo Civil, escorada ainda em precedentes desta Corte;

b) no que tange à nulidade das interceptações telefônicas, assinalou que a Lei 9.296/1996 não estipula prazo a ser observado entre as decisões e eventuais prorrogações, bem como ocorreu hiato tão somente no período de recesso forense, pelo que não há nenhuma irregularidade no trabalho investigativo levado a efeito pela Polícia Federal;

c) o fato de o magistrado sentenciante ter feito remissão a decisões proferidas previamente não resultou na nulidade do julgamento, uma vez que as teses levantadas em alegações finais já haviam sido apresentadas em defesa preliminar. Logo, não existindo fato novo a modificar a apreciação da questão, não há reconhecer a nulidade arguida;

d) não pode ser reconhecida a incompatibilidade entre as informações prestadas pela Polícia Federal e aquelas oriundas dos registros da operadora de telefonia TIM, no que diz respeito ao telefone (47) 997-4777. A primeira computa o tempo de duração da chamada a partir do momento em que esta é efetuada, ao passo que a segunda, somente quando a ligação é atendida. A divergência de datas, acerca da realização de interceptações telefônicas, deve-se ao fato de Cleberson ter passado a utilizar número (chip) distinto em seu aparelho telefônico, que já tinha o IMEI interceptado. Assim, mantida a vinculação ao sistema da Polícia Federal ao primeiro número;

e) as interceptações telefônicas realizadas constituem material probatório suficientemente seguro a autorizar o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes por Ariana e Cleberson, os quais eram os principais e mais assíduos compradores de drogas de Márcio Mafra, sendo eles responsáveis pela distribuição no município de Itajaí;

f) foram encontrados na residência de Ariana e Cleberson objetos utilizados para preparo e venda de entorpecentes, vestígios de cocaína em um envólucro de plástico, afora a quantia de R$ 3.955,00 em espécie e R$ 57.849,00, em vinte cheques assinados pela primeira, sem destino justificado;

g) os apelantes adiantavam pagamentos para cobrir as despesas de viagem de Márcio Mafra, deste modo concorriam para a prática do crime de tráfico interestadual de drogas, o que impõe a aplicação do art. 40, V, da Lei 11.343/2006;

h) apreendidos quatro quilos de cocaína com Márcio Rodrigo Gomes – droga encomendada por Márcio Mafra e destinada, em parte, aos apelantes – inviável a fixação da pena-base no seu mínimo legal;

i) a quantidade de droga apreendida e a manutenção de vínculos com outros traficantes da região, dedicando-se ao tráfico de drogas como meio de subsistência, torna inviável a concessão da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

- Jean

a) a não realização de perícia nas gravações telefônicas não tem o condão de afastar a prova produzida, uma vez que respeitados os procedimentos legais previstos, e não haver suspeita de que as conversas captadas não eram do apelante;

b) em relação aos crimes de tráfico e de falsificação de documento, presentes nos autos provas suficientes para escorar a condenação pela prática de ambos os delitos;

c) em se tratando de crime equiparado a hediondo, bem como do somatório das penas, inviável o deferimento do pleito para recorrer em liberdade.

- Edson

a) o fato de o magistrado sentenciante ter feito remissão a decisões proferidas previamente não resultou na nulidade do julgamento, uma vez que as teses levantadas em alegações finais já haviam sido apresentadas em defesa preliminar. Logo, por não existir fato novo a modificar a apreciação da questão, não há reconhecer a nulidade arguida;

b) inexiste nulidade no tocante à falta de fundamentação sobre a autoria e materialidade dos delitos, pois o magistrado se valeu de todo conjunto probatório presente nos autos. "O juiz não se vincula a todas as teses levantadas pela defesa, quando comprovadas a materialidade e autoria delitiva" (fl. 1.482);

c) é inviável a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, uma vez que as provas ilícitas foram devidamente afastadas, sendo as escutas telefônicas realizadas com a devida autorização judicial;

d) a inclusão do número telefônico do apelante sem a sua identificação é perfeitamente possível e aceitável, porquanto esta só poderia ocorrer com o prosseguimento das investigações;

e) inexiste ofensa ao juízo natural em razão da aplicação analógica do disposto no art. 132 do Código de Processo Civil, escorada ainda em precedentes desta Corte;

f) a materialidade e autoria do crime de tráfico encontram-se amplamente comprovadas nos autos, consoante depoimentos dos policiais federais que participaram da investigação e degravação das interceptações telefônicas realizadas, pelo que é inviável a aplicação do princípio *in dubio pro reo;*

g) o apelante, ao dedicar-se à atividade criminosa, não faz jus à benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006;

h) em razão da aplicação do art. 63 da Lei 11.343/2006 e da vinculação dos objetos apreendidos, não deve ser acolhido o pedido de restituição formulado.

- Márcio Rodrigo Gomes

a) não obstante o apelante não se tenha insurgido a respeito, a materialidade e autoria do crime de tráfico encontram-se plenamente comprovadas nos autos;

b) o recorrente não faz jus à benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em razão de se dedicar à atividade criminosa;

c) a materialidade e autoria do crime previsto no art. 311 do Código Penal encontram-se plenamente comprovadas, não tendo apresentado justificativa plausível para a posse de veículo automotor adulterado.

- Márcio Mafra

a) a não apreensão de material entorpecente em poder do apelante não afasta a configuração do tráfico de drogas, pois presentes nos autos elementos suficientes a evidenciar que praticava o comércio ilícito;

b) a assertiva de que o recorrente nunca saiu do Estado de Santa Catarina não tem amparo probatório, uma vez que admitiu em seu interrogatório que foi ao Estado do Mato Grosso do Sul em duas oportunidades, e o corréu Jean admitiu que ele o visitou no município de Campo Grande quatro vezes.

Pugnou, ao final, pelo conhecimento dos recurso e pelo seu desprovimento.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça: o Procurador de Justiça Sérgio Antônio Rizelo opinou pelo conhecimento dos recursos e pelo seu desprovimento, a exceção do recurso de Edson Garrozi, a ser provido em parte, a fim de permitir a devolução parcial dos bens apreendidos (fls. 1.510-1.574).

Este é o relatório.

VOTO

1 Preliminares

1.1 Princípio da identidade física do juiz

Os apelantes Ariana Borges, Cleberson Laurentino da Conceição e Edson Garrozi arguiram a nulidade da sentença, sob alegação de ofensa ao princípio do juízo natural, uma vez que o togado prolator da decisão condenatória não foi o mesmo que realizou a instrução processual.

O art, 399, § 2º, do Código de Processo Penal, com redação fornecida pela Lei 11.719/2008, estabelece:

> Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

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

Contudo, a norma supracitada não possui caráter absoluto. A relativização da referida norma encontra amparo no art. 132 do Código de Processo Civil:

> Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.
>
> Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.

A aplicação da referida norma à esfera penal tem por finalidade evitar sobrestamento indevido da demanda ou até mesmo a inviabilização do seu julgamento.

O afastamento do magistrado da comarca em razão do gozo de férias, licenças e promoção não pode retardar a prestação jurisdicional pretendida.

Colhe-se decisão do Superior Tribunal de Justiça:

> PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE RESISTÊNCIA. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. NÃO VIOLAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. SÚMULA 7/STJ. PRODUÇÃO DE PROVAS. FACULDADE DO MAGISTRADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO NÃO PROVIDO.
>
> 1. De acordo com o princípio do juiz natural - nos termos da Lei 11.719, de 20 de junho de 2008 -, o magistrado que presidir a instrução criminal deverá proferir a sentença no feito, conforme preceitua o § 2º do artigo 399 do Código de Processo Penal, isto é, vinculou-se o julgador da causa à prova produzida nos autos.

2. Entretanto, é certo que o aludido princípio não tem aplicabilidade absoluta, já que a prestação jurisdicional dos magistrados investidos na competência para a apreciação e julgamento das causas criminais passaria a ser, necessariamente, ininterrupta, impedindo-os de afastar--se temporariamente de suas funções, seja por motivo de férias, licença médica e até mesmo a progressão funcional, que é inerente à carreira. Para contornar tal situação, em razão da ausência de outras normas regulamentando o primado em apreço, esta Corte Superior de Justiça vem admitindo a mitigação do aludido princípio nos casos de convocação, licença, promoção ou de outro motivo que impeça o juiz que tiver presidido a instrução de sentenciar o feito, mediante aplicação por analogia - permitida pelo artigo 3º da Lei Adjetiva Penal -, da regra contida no artigo 132 do Código de Processo Civil 3. No caso em apreço, não obstante já estivesse em vigor o § 2º do artigo 399 do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei 11.719/2008, quando da prolatação da sentença condenatória, esta foi proferida pelo juiz que passou a conduzir o feito após a segregação cautelar do recorrente, responsável por presidir o interrogatório, designar audiência de inquirição da testemunha de acusação, revogar prisão, prestar informações e determinar a conclusão para sentença, enquanto que o outro magistrado atuante no mesmo juízo apenas presidiu audiência de inquirição da testemunha de acusação, fato que se deu anteriormente à vigência da lei 11.719/08.

4. Em outro vértice, configurada a prática do crime de resistência e consignada a impossibilidade de substituição da pena pela restritiva de direitos, não há desconstituir o julgado, bem como o afastamento da circunstância judicial da culpabilidade,na via eleita, dada a necessidade de revolvimento do material probante, procedimento de análise exclusivo das instâncias ordinárias e vedado ao Superior Tribunal de Justiça, a teor da Súmula 7/STJ.

5. Por fim, ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma fundamentada, das providências que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, muito embora o acusado no processo penal tenha o direito à produção da prova necessária a dar embasamento à tese defensiva, devendo a imprescindibilidade probatória ser devidamente justificada pela parte, o que não se verifica ter ocorrido na hipótese, pois, em observância ao princípio do livre convencimento motivado, com base na desnecessidade à instrução processual, restou devidamente fundamentada a negativa de produção das provas pelo magistrado de primeiro grau, soberano na análise dos fatos e das provas, de forma a

> sobressair a hígida aplicação dos arts. 156, II, e 251 do CPP. Precedentes do STJ.
>
> 6. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1170268/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 11.9.2012, v.u.) (grifou-se).

No caso concreto, o Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Itajaí, durante a instrução do presente feito, encontrava-se atuando na Corregedoria-Geral da Justiça deste Tribunal. Portanto, afastado de suas funções na Comarca em que era Juiz titular.

Anote-se que o Juiz prolator não proferiu apenas sentença, atuou no feito em outras oportunidades, o que reforça a certeza de que não estava alheio à discussão travada.

Nesse sentido, citam-se precedentes desta egrégia Corte de Justiça:

> APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU PRESO). CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS PELO EMPREGO DE ARMA POR OITO VEZES (ART. 157, § 2º, I, C/C ART. 71, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINAR NULIDADE DA SENTENÇA POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ INTRODUZIDO PELA LEI N. 11.719/08 (CPP, ART. 399, § 2º). MAGISTRADO TITULAR NO GOZO DE FÉRIAS. SETENÇA PROFERIDA POR TOGADA SUBSTITUTA. POSSIBILIDADE. EXCEÇÃO PREVISTA NA LEGISLAÇÃO SUBSIDIÁRIA (ART. 132 DO CPC). [...] 3. Ainda que o princípio da identidade física do juiz tenha sido introduzido no âmbito do processo penal (CPP, art. 399), sua incidência deve levar em conta as peculiaridades forenses, com aplicação subsidiária do art. 132 do Código de Processo Civil, segundo o qual "o juiz titular ou substituto que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor" [...] (Apelação Criminal n. 2011.062080-6, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, de Criciúma, j. 19-12-2011). MÉRITO DOSIMETRIA. REFORMA DA PENA. AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ALEGADA INCONSTITU-

CIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADA ANTERIOR AOS FATOS SOB ANÁLISE. RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE QUE SE IMPÕE. CONTINUIDADE DELITIVA (PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 71 DO CP). OITO CRIMES COMETIDOS COM VIOLÊNCIA CONTRA VÍTIMAS DIFERENTES. PENA APROPRIADAMENTE MAJORADA EM DOBRO. "[...] Reconhecida a continuidade delitiva e preenchidos os requisitos do parágrafo único do art. 71 do Código Penal, não se mostra inadequada a majoração da pena no seu dobro, em razão da pluralidade de crimes dolosos da mesma espécie, praticados contra vítimas distintas, mediante o uso de violência ou grave ameaça, e homogeneidade das condições de tempo, lugar e modo de execução [...]" (Apelação Criminal n. 2009.026249-4, de Chapecó, Rel. Des. Substituto Carlos Alberto Civinski, j. 23-2-2012, Quarta Câmara Criminal, grifo nosso). APLICAÇÃO DA CAUSA GERAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 26, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL, EM SUA MÁXIMA FRAÇÃO. INVIABILIDADE. MAGISTRADO QUE FUNDAMENTOU CORRETAMENTE A APLICABILIDADE DA REDUÇÃO EM SEU PATAMAR MÍNIMO. APELANTE QUE NÃO POSSUÍA, NO MOMENTO DOS FATOS, DESENVOLVIMENTO MENTAL INCOMPLETO OU MODERADO. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA. NÃO ACOLHIMENTO. INIMPUTABILIDADE NÃO RECONHECIDA. TRATAMENTO ESPECIALIZADO QUE DEVE SER GARANTIDO PELO SISTEMA PENITENCIÁRIO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO OU ABERTO PARA O RESGATE DA PENA. INVIABILIDADE. RÉU REINCIDENTE. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO COMO FORMA INICIAL DE CUMPRIMENTO É MEDIDA QUE SE IMPÕE. SENTENÇA INTEGRALMENTE MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (Apelação Criminal 2012.030403-9, Primeira Câmara Criminal, Relª. Desª. Marli Mosimann Vargas, j. 4.12.2012, v.u.) (grifou-se).

PENAL. TRÁFICO DE DROGAS (LEI N. 11.343/06, ART. 33, *CAPUT*). CONDENAÇÃO. APELO DEFENSIVO. PRELIMINAR. NULIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. MAGISTRADO SENTENCIANTE

> SUBSTITUTO. POSSIBILIDADE. ART. 132 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL APLICADO SUBSIDIARIAMENTE AO ART. 399 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.
>
> Ainda que o princípio da identidade física do juiz tenha sido introduzido no âmbito do processo penal (CPP, art. 399), sua incidência deve levar em conta as peculiaridades forenses, com aplicação subsidiária do art. 132 do Código de Processo Civil, segundo o qual "o juiz titular ou substituto que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor". [...] (Apelação Criminal 2011.066089-3, Quarta Câmara Criminal, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 10.1.2012, v.u.) (grifou-se).

Rejeita-se a prefacial.

1.2 Da ausência de fundamentação da sentença

Os apelantes Ariana Borges, Cleberson Laurentino da Conceição e Edson Garrozi alegaram que a sentença recorrida encontra-se carente de fundamentação, posto não ter analisado todas as teses apresentadas pela defesa em alegações finais.

O Magistrado de primeira instância, ante a reiteração de argumentos previamente lançados pela defesa e já examinados ao longo do feito, limitou-se a fazer referência a decisões prévias que abordaram a questão.

O ponto ao qual os recorrentes se referem diz respeito à validade das interceptações telefônicas que instruem o caderno processual condenatório.

Contudo, o fato de o Juiz sentenciante fazer referência a decisões pretéritas proferidas nos autos, mesmo por magistrado distinto, não importa em prejuízo processual capaz de impor dano aos apelantes.

Constatada a reiteração dos argumentos previamente trazidos pela defesa e não havendo alteração do contexto fático-probatório já noticiado,

a adoção dos fundamentos já traduzidos nos autos não acarreta, de modo algum, a nulidade do julgamento.

Presentes elementos suficientes a demonstrar os fundamentos do Togado sentenciante e a posição ao qual se filia, tem-se respeitado o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal.

Cita-se precedente colacionado no parecer trazido pelo Procurador de Justiça Sérgio Rizelo:

> HABEAS CORPUS. PACIENTES PRONUNCIADOS POR INFRAÇÃO AO ARTIGO 121, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. AVENTADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA NO QUE TANGE ÀS PRISÕES DOS PACIENTES. INOCORRÊNCIA. TOGADA QUE, FAZENDO REFERÊNCIA A DECISÕES PRETÉRITAS, EXPÔS A RAZÃO DE CONVENCIMENTO QUE A LEVOU À MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. DECISUM FUNDAMENTADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA. SUSTENTADA INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA. LEGALIDADE DA CUSTÓDIA JÁ CONFIRMADA POR ESTE AREÓPAGO, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DE DOIS HABEAS CORPUS MANEJADOS EM FACE DE DECISÕES UTILIZADAS COMO FUNDAMENTO PARA A MANTENÇA DA SEGREGAÇÃO NA FASE DE PRONÚNCIA. INOCORRÊNCIA DE FATO NOVO. WRIT NÃO CONHECIDO NESTE ASPECTO (Habeas Corpus 2009.073788-1, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. Tulio Pinheiro, j. 26.1.2010, v.u.).

Oportuno citar que a sentença contém detalhado exame do vasto material probatório presente no caderno processual, valendo-se daqueles reconhecidos como lícitos para sustentar a condenação.

Desse modo, rechaça-se esta preliminar.

1.3 Da nulidade da interceptação telefônica

Antes de abordar isoladamente cada um dos argumentos trazidos pela defesa no que tange às interceptações telefônicas, faz-se necessário realizar rápida análise sobre a questão.

O avanço tecnológico e a facilitação do uso dos meios de comunicação, que tantos benefícios trazem à sociedade, não passaram despercebidos pelos agentes do crime.

Como exemplo, cita-se o uso de celulares. A troca constante de chips e aparelhos celulares confere ao criminoso a possibilidade de manter rápido contato com comparsas e dificulta sobremaneira o trabalho dos agentes policiais no combate a todas as espécies de crime.

A Lei 9.296/1996 confere ao agente responsável pela segurança pública importante instrumento investigativo ao permitir a realização de interceptações telefônicas, devidamente autorizados pelo juízo competente, sendo esta, muitas vezes, a única forma de alcançar os agentes criminosos.

O contato reiterado com o material colhido por este instrumento de produção probatória permite concluir que o bom uso de tal ferramentário fornece elementos importantes para alicerçar a decisão condenatória.

Nesse contexto, anote-se que o processo de investigação realizado por interceptação telefônica pode iniciar com apenas um ramal telefônico e, ao final, apresentar o desdobramento de vários outros e também demonstrar, como reflexo, a extensão da atividade criminosa exercida.

1.3.1 Descumprimento da Lei 9.296/1996 – Prazo e inclusão de números telefônicos

Os apelantes Cleberson, Ariana e Edson voltam-se contra a extrapolação do prazo concedido para a realização das interceptações telefônicas

até a concessão de nova prorrogação, bem como a inserção dos números dos dois últimos na investigação sem a devida identificação.

A pretensão apresentada pelos apelantes, contudo, não merece prosperar. Os anexos I, II e III que contêm os autos da interceptação telefônica deferida pelo Juízo de primeiro grau permite alcançar conclusão diversa da dos apelantes.

As decisões constantes às fls. 459-463, 480/481 e 662-666 afastam a alegação de que as interceptações telefônicas se deram fora do período autorizado.

A decisão de fls. 480/481, proferida em 9.12.2009, reiterou os argumentos lançados no pronunciamento anterior, prorrogando os seus efeitos. Ciente de que o prazo quinzenal estabelecido não alcançaria o término do recesso, o Magistrado *a quo* estendeu seus feitos, uma vez que imprescindíveis para o prosseguimento da investigação, o que de fato ocorreu.

Superado o período de recesso forense, já no dia 7.1.2010, a decisão exarada às fls. 662-666 prorrogou os efeitos da interceptação telefônica previamente autorizada.

Dessa forma, não há reconhecer a ocorrência da ilegalidade na coleta da prova.

A inclusão dos números telefônicos dos apelantes, sem a devida identificação, também não contém ilegalidade capaz de macular a prova colhida.

Como dito previamente, a interceptação telefônica pode resultar em larga ramificação de contatos, dependendo da atividade criminosa desenvolvida e a sua extensão.

A identificação imediata do usuário pode não ser possível, sobretudo porque se sabe que os agentes criminosos se valem, muitas vezes, de terminais telefônicos pertencentes a terceiros.

Somente com o aprofundamento das investigações pode-se alcançar o nome do verdadeiro titular do número telefônico utilizado.

A parte final do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.296/1996 estabelece exceção para as hipóteses acima:

> Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:
>
> I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
>
> II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;
>
> III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.
>
> Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada (grifou-se).

Verificada a posterior identificação dos titulares dos ramais telefônicos, a situação em apreço amolda-se àquela descrita no parágrafo único do dispositivo legal supracitado, inexistindo prejuízo processual capaz de macular a prova colhida.

A regularidade no procedimento adotado para a obtenção de autorização judicial para as interceptações telefônicas não permite, de maneira alguma, a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, sobretudo, como já destacado em primeiro grau, porque já extraídas dos autos aquelas reconhecidas como ilegais.

1.3.2 Da ausência de perícia

No que tange à alegada necessidade de perícia para identificação da voz dos interlocutores, alvos de interceptação telefônica, é pacífica a posição quanto à sua prescindibilidade.

Isso porque a Lei 9.296/1996 não exige a realização de perícia para a comprovação da autenticidade do material colhido.

Desta Corte, depreende-se:

> APELAÇÕES CRIMINAIS DA ACUSAÇÃO E DAS DEFESAS - RECLAMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE ALMEJA A CONDENAÇÃO DE RÉU PELA PRÁTICA DE TRÁFICO DE INFLUÊNCIA - FATOS RELATIVOS A CERTOS DETENTOS NÃO NARRADOS NA DENÚNCIA - NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. PRELIMINARES AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO MINISTERIAL - PRESSUPOSTOS VERIFICADOS. INÉPCIA DA DENÚNCIA - NÃO CARACTERIZAÇÃO - REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PRESENTES - AMPLA DEFESA POSSIBILITADA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - PROVA VÁLIDA - AUTORIZAÇÃO JUDICIAL ANTERIOR - DEGRAVAÇÃO E PERÍCIA PARA IDENTIFICAÇÃO DE VOZ DESNECESSÁRIAS - OBEDIÊNCIA AOS COMANDOS LEGAIS. SUSPEIÇÃO DO MAGISTRADO - NÃO CONFIGURAÇÃO - TEMA, ADEMAIS, JÁ ENFRENTADO EM DECISÃO ANTERIOR. SUSPEIÇÃO DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - HIPÓTESES LEGAIS NÃO VERIFICADAS - ALTERAÇÃO DAS VERSÕES APRESENTADAS PELAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS QUE NÃO DEMONSTRAM, POR SI SÓ, MÁ-FÉ DO ÓRGÃO DE ACUSAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA E VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHA POR MEIO DE CARTA PRECATÓRIA QUE NÃO SUSPENDE A INSTRUÇÃO CRIMINAL - EXEGESE DO ART. 222, § 1º, DO CPP. INCOMUNICABILIDADE DOS TESTIGOS - FALTA DE PROVAS - PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - MATÉRIAS ENFRENTADAS NO JULGADO SINGULAR - ANÁLISE INDIVIDUALIZADA DAS

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL - REPRIMENDA ESTABELECIDA NO MÍNIMO LEGAL - PREJUÍZO NÃO CARACTERIZADO - CORREÇÃO DE ERROS MATERIAIS DA SENTENÇA DE OFÍCIO - AJUSTE QUE NÃO IMPLICA REEXAME DE FATOS OU REAPRECIAÇÃO DE PROVAS - POSSIBILIDADE. PREFACIAIS REJEITADAS. MÉRITO APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - TRÁFICO DE INFLUÊNCIA (ART. 332 DO CÓDIGO PENAL) - ABUSO DE AUTORIDADE - PROVAS INSUFICIENTES - ABSOLVIÇÃO MANTIDA. TRÁFICO DE DROGAS E PREVARICAÇÃO IMPRÓPRIA ATRIBUÍDOS A POLICIAL MILITAR - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO SUBMETIDA AO CRIVO DO CONTRADITÓRIO - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA CONSERVADA. TRÁFICO DE DROGAS - MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS - ENTORPECENTE QUE INGRESSAVA NA UNIDADE PRISIONAL PELO CARRO DE ESTAGIÁRIO E DE AGENTE PRISIONAL, QUE ERA LAVADO POR DETENTOS ESPECIALMENTE DESTACADOS PARA TANTO - SUBSTÂNCIAS POSTERIORMENTE APREENDIDAS NAS CELAS E ENCAMINHADAS AO SUPERVISOR, QUE DEVOLVIA PARTE DO NARCÓTICO PARA OS RECLUSOS, POR INTERMÉDIO DO ESTAGIÁRIO - CONDENAÇÃO DECRETADA. CONCUSSÕES PRATICADAS PELO SUPERVISOR DA UNIDADE PRISIONAL - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - EXIGÊNCIAS EFETUADAS EM DETRIMENTO DE DETENTOS, A PRETEXTO DE NÃO TRANSFERI-LOS PARA OUTROS ESTABELECIMENTOS OU, AINDA, DE EVITAR REPRESÁLIAS - RECURSO DEFENSIVO NÃO PROVIDO NO TEMA. FACILITAÇÃO DE FUGA DE PRESO ATRIBUÍDA AO SUPERVISOR DA UNIDADE PRISIONAL - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - DUPLO APENAMENTO - NÃO OCORRÊNCIA - ABSORÇÃO PELO CRIME DE CONCUSSÃO - IMPOSSIBILIDADE - FATOS DISTINTOS - ÉDITO CONDENATÓRIO MANTIDO. CORRUPÇÃO PRATICADA PELO SUPERVISOR EM DETRIMENTO DE UM DOS SEGREGADOS - FATO NÃO NARRADO NA DENÚNCIA - ABSOLVIÇÃO DEVIDA. CONCUSSÃO E CORRUPÇÃO PASSIVA LEVADA A EFEITO PELO ESTAGIÁRIO EM DETRIMENTO DE PRESO - FATO ÚNICO DESCRITO NA EXORDIAL - DUPLO APENAMENTO - RECLAMO ACOLHIDO PARA ABSOLVER

O ACUSADO DA IMPUTAÇÃO DE CONCUSSÃO. CORRUPÇÃO PASSIVA PRATICADA PELO SUPERVISOR E PELO ESTAGIÁRIO - MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS - ACUSADOS QUE SOLICITARAM QUANTIA, INCLUSIVE POR CORRESPONDÊNCIA ELETRÔNICA, PARA INCLUIR DETENTO EM REGALIA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ART. 317, § 2º, DO CP, INVIÁVEL - ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. CORRUPÇÃO PASSIVA - MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS - ESTAGIÁRIO QUE SOLICITA QUANTIA DE APENADO PARA ALTERAR GRADE DE REMIÇÃO, ACRESCENTANDO DIAS TRABALHADOS - CONDENAÇÃO MANTIDA. QUADRILHA - MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS - SUPERVISOR DO PRESÍDIO, POLICIAL MILITAR E ESTAGIÁRIO QUE SE ALIARAM A OUTRO AGENTE PRISIONAL, DE FORMA ESTÁVEL E PERMANENTE, PARA A PRÁTICA DE CRIMES, NOTADAMENTE CONCUSSÃO, CORRUPÇÃO PASSIVA E PREVARICAÇÃO IMPRÓPRIA - CONDENAÇÃO DECRETADA. PENA DE MULTA - AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE PERMITAM AFERIR A CONDIÇÃO FINANCEIRA DO ACUSADO - REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL - ADEQUAÇÃO, DE OFÍCIO, DA REPRIMENDA RELATIVA AO CORRÉU. DECRETAÇÃO DA PERDA DE CARGO PÚBLICO DO SUPERVISOR DA UNIDADE PRISIONAL E DO POLICIAL MILITAR - REQUISITOS PRESENTES - INCONFORMISMO DO PARQUET ACOLHIDO. INCONFORMISMO MINISTERIAL CONHECIDO EM PARTE E PARCIALMENTE PROVIDO. APELO DO PRIMEIRO APELANTE PROVIDO EM PARTE. RECURSO DO SEGUNDO APELANTE ACOLHIDO. RECLAMO DO TERCEIRO APELANTE PROVIDO EM PARTE E, DE OFÍCIO, AJUSTADA A PENA DE MULTA (Apelação Criminal 2012.022299-5, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 28.8.2012, v.u.) (grifou-se).

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (LEI N. 11.343/06, ARTS. 33, CAPUT E 35, CAPUT). CONDENAÇÃO. RECURSOS DEFENSIVOS. NULIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. DESNECESSIDADE. INTERCEPTAÇÃO DEVI-

DAMENTE AUTORIZADA. EXIGÊNCIAS DA LEI N. 9.296/96 ATENDIDAS. "Na esteira dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, não há falar-se em nulidade da interceptação telefônica pela ausência de perícia para reconhecimento de voz, por não se tratar tal ato de exigência legal" (Apelação Criminal n. 2010.001649-9, de Concórdia, Segunda Câmara Criminal, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. em 6.5.2011). MÉRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA. LAUDOS PERICIAIS, INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E PROVAS TESTEMUNHAIS CONTIDAS NOS AUTOS QUE APONTAM A PRÁTICA DOS CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS PELOS ACUSADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. Comprovado, por meio de depoimentos, interceptações telefônicas e recibos bancários que os acusados uniram esforços para comercializar entorpecentes, inclusive valendo-se dos serviços de correios para despachar a droga de um município a outro, caracterizados estão os delitos de tráfico e associação ao tráfico de drogas. DOSIMETRIA. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE AFASTADAS. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 444 DO SUPERIOR TRIBUINAL DE JUSTIÇA. A teor da Súmula n. 444 do Superior Tribunal de Justiça, a conduta social e a personalidade do agente não podem ser valoradas negativamente com base em ações penais ainda em andamento. A personalidade do agente só tem o condão de exasperar a pena-base quando existirem elementos técnicos concretos acerca do seu desvirtuamento. REGIME DE PENA. ALTERAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. DECISÃO DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. Tendo em vista o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal que, em decisão plenária, entendeu pela inconstitucionalidade do art. 2.º § 1.º da Lei dos Crimes Hediondos, à míngua de circunstâncias desfavoráveis ou de reincidência, impõe-se a fixação do regime semiaberto ao condenado a pena superior a 4 anos e não excedente a 8 anos. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS. VERBA DEVIDA AO DEFENSOR NOMEADO PARA APRESENTAR AS RAZÕES DE RECURSO. QUANTUM ARBITRADO DE ACORDO COM A LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 155/97. Cabível a fixação, em sede recursal, de honorários advocatícios a defensor dativo nomeado para apresentar as razões de recurso, quando não arbitrados pelo togado monocrático. PERDIMENTO DO BEM. MOTOCICLETA. USO PARA O TRÁFICO. INOCORRÊNCIA.

> PRODUTO DO CRIME. FALTA DE PROVAS. Sendo evidente que a motocicleta utilizada para busca a droga não era usada para o tráfico de drogas, tampouco produto de atividade ilícita, deve ser restituída ao seu proprietário. RECURSO DE UM RÉU NÃO PROVIDO, COM READEQUAÇÃO DA PENA DE OFÍCIO, E DO OUTRO, PROVIDO PARCIALMENTE. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E RESTITUIÇÃO DO BEM APREENDIDO DE OFÍCIO (Apelação Criminal 2012.019187-2, Quarta Câmara Criminal, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 23.8.2012, v.u.) (grifou-se).

A mesma orientação, segue o Superior Tribunal de Justiça:

> HABEAS CORPUS. ART. 35, DA LEI N.º 11.343/06. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PERÍCIA TÉCNICA PARA IDENTIFICAÇÃO DAS VOZES GRAVADAS EM INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E DE TRANSCRIÇÃO DE TODAS AS CONVERSAS INTERCEPTADAS. DESNECESSIDADE. TESE DE QUE AS DECISÕES JUDICIAIS QUE AUTORIZARAM AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS, E SUAS RESPECTIVAS PRORROGAÇÕES, SÃO DESTITUÍDAS DE FUNDAMENTAÇÃO, E SE PROLONGARAM DEMASIADAMENTE NO TEMPO. DEMONSTRAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE DAS MEDIDAS. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.
>
> 1. É despicienda a realização de perícia técnica para identificação das vozes gravadas em interceptação telefônica se os Julgadores que atuam nas instâncias ordinárias - soberanas na análise da matéria fático-probatória - concluíram que, para tanto, são suficientes os demais elementos probatórios colhidos na instrução do feito.
>
> 2. A Lei n.º 9.296/96, que disciplina a interceptação de comunicações telefônicas, nada dispõe sobre a necessidade de realização de perícia para a identificação das vozes gravadas.
>
> 3. "O disposto no art. 6º, § 1º, da Lei federal nº 9.296, de 24 de julho de 1996, só comporta a interpretação sensata de que, salvo para fim ulterior, só é exigível, na formalização da prova de interceptação telefônica, a transcrição integral de tudo aquilo que seja relevante para esclarecer sobre os fatos da causa sub iudice." (STF, Inq 2.424/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJe de 25/03/2010).

> É completamente despicienda a degravação de todas as conversas interceptadas, especialmente as que nada se referem aos fatos.
>
> 4. É válido, como fundamento para decretação de interceptação telefônica que a apuração dos fatos mostra-se inviável sem a realização da diligência, e de que a medida é imprescindível para a investigação criminal.
>
> 5. "Persistindo os pressupostos que conduziram à decretação da interceptação telefônica, não há obstáculos para sucessivas prorrogações, desde que devidamente fundamentadas, nem ficam maculadas como ilícitas as provas derivadas da interceptação" (STF, RHC 85.575/SP, 2.ª Turma, Rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA, DJ de 16/03/2007).
>
> 6. Ordem de habeas corpus denegada (HC 203.377/SP, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, j. 26.6.2012, v.u.) (grifou-se).

Como se não bastasse, as demais provas constantes nos autos não deixam dúvidas de que o apelante é o interlocutor das interceptações telefônicas.

1.3.3 Falta de fundamentação

Não há falar também na falta de fundamentação nas decisões que autorizaram a realização das escutas telefônicas.

As decisões estão escoradas no farto material probatório produzido pelos agentes da Polícia Federal, em que se encontra evidenciada a extensão da ação delituosa desenvolvida, quantidade de material entorpecente, transporte interestadual e revenda na região do município de Itajaí, bem como atendidos os requisitos previstos na Lei 9.296/1996 e na Resolução 59/2008 do Conselho Nacional de Justiça.

Noutra ponta, o Togado de primeira instância decidiu com base em farta fundamentação trazida pela autoridade policial, em que descreve de forma clara a situação apurada, apontando, na medida do possível, os investigados já identificados.

O pleito indicou também os motivos que tornavam indispensável o deferimento da medida, por se tratar de esquema de tráfico de material entorpecente em larga escala, com diversos envolvidos, os quais fazem uso de terminais telefônicos como instrumento facilitador do comércio espúrio.

Decidiu esta colenda Câmara:

> HABEAS CORPUS. PRÁTICA, EM TESE, DE CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 33, CAPUT E § 1º, II, E ART. 35, TODOS DA LEI N. 11.343/06). ALEGADA NULIDADE NA INVESTIGAÇÃO REALIZADA PELA POLÍCIA MILITAR. NÃO ACOLHIMENTO. INDEFERIDO PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INDÍCIOS SUFICIENTES PARA SUSTENTAR A ACUSAÇÃO FEITA AO PACIENTE. NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MAGISTRADO QUE EXPLICITOU OS ELEMENTOS CONCRETOS PARA A DECRETAÇÃO DA CONSTRIÇÃO CAUTELAR. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DO PROCESSO. SEGREGAÇÃO CAUTELAR QUE NÃO FERE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PREDICADOS FAVORÁVEIS QUE NÃO OBSTAM A MEDIDA EXTREMA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. 1. Não há nulidade na realização de interceptação telefônica pela Polícia Militar, se a investigação é fundamentada em ordem judicial emanada de Juiz competente, inclusive a pedido do Ministério Público. 2. Sempre que presentes materialidade e indícios de autoria, o Magistrado está autorizado a manter o réu segregado para, dentre outras finalidades, assegurar a garantia da ordem pública (art. 312 do Código de Processo Penal). 3. Inexiste ilegalidade na prisão quando a autoridade dita como coatora explicita suficiente e fundamentadamente as razões fáticas e jurídicas pelas quais indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva. 4. Cumpre lembrar o princípio da confiança no juiz da causa, que, por estar mais próximo dos fatos e das pessoas envolvidas, melhor pode avaliar a necessidade da providência cautelar. 5. A manutenção da custódia cautelar do paciente não fere o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LXI, CF/88), pois devidamente contemplados, no caso em tela, os pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal. "O princípio

> da presunção de inocência não é óbice ao recolhimento provisório, eis que a própria Constituição o coonesta em seu art. 5º, LXI, ao permitir a possibilidade de prisão em flagrante ou por ordem fundamentada e escrita da autoridade competente". (RT 701/316). 6. "Condições pessoais, mesmo que realmente favoráveis, em princípio não têm o condão de, por si sós, garantirem a concessão da liberdade provisória, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade da continuação da custódia antecipada". (STJ - HC 101.238/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. em 18/12/2008, DJE 09/03/2009) (Habeas Corpus 2012.073751-3, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 4.12.2012, v.u.).

Logo, atendidos os requisitos do art. 2º da Lei 9.296/1996 e da Resolução 59/2008 do Conselho Nacional de Justiça, inviável é o acolhimento do pleito.

1.3.4 Incompatibilidade entre os registros da Policial Federal e da operadora de Telefonia

O apelante Cleberson defende a existência de incompatibilidade entre as informações constantes no sistema de monitoramento da Polícia Federal e no da operadora de telefonia TIM, havendo discrepância de horários e datas.

Em relação ao tempo de duração das ligações, ficou demonstrado nos autos que a operadora de telefonia computa somente o período em que a chamada está ativa, ou seja, a partir do momento em que o receptor atende. Já o sistema da Polícia Federal considera o período em que a chamada está sendo concretizada.

O exemplo destacado pela acusação, a fim de estancar eventuais dúvidas, merece ser aqui mencionado. A interceptação telefônica extraída pelo sistema da Polícia Federal aponta a duração de uma ligação de 61 segundos (fl. 64), já o relatório de chamadas fornecido pela empresa de telefonia TIM informa 26 segundos (fl. 593). A incompatibilidade é afasta-

da ao ouvir-se a ligação, pois constata-se que o receptor da chamada levou 35 segundos para atendê-la. Ora, acrescidos os 26 segundos da conversa aos 35 segundos da concretização da chamada, alcança-se os 61 segundos computados pela Polícial Federal.

A pequena disparidade entre os horários das ligações marcadas pela Polícia Federal e pela operadora de telefonia é também explicada pela inexistência de padronização dos horários.

As informações extraídas do sítio eletrônico da Polícia Civil do Distrito Federal (www.pcdf.dg.gov.br), conforme citadas pelo membro do Ministério Público, evidenciam que a falta de padronização impõe diferenças entre dois e oito minutos nos registros das chamadas.

Valendo-se da ligação usada previamente como exemplo, observa-se divergência pouco superior a sete minutos, o que se encaixa perfeitamente à explicação acima fornecida.

O fato de os registros policiais apontarem monitoramento das ligações feitas pelo apelante até o dia 22.3.2010 e da operadora de telefonia TIM, tão somente até o dia 12.3.2010, já foi devidamente esclarecido nos autos.

As informações prestadas pelo delegado atuante no caso são de que a interceptação telefônica, autorizada pelo Juízo, previa não só o monitoramento do número telefônico do apelante como o IMEI de seu aparelho.

O recorrente, dessa forma, apesar de utilizar o número (47) 9911-4777 até 12.3.2010, após a referida data, passou a fazer uso do número (47) 9903-4846. Apesar de alterado o chip que continha o número conhecido, o apelante manteve o aparelho, o que permitiu a continuidade da interceptação telefônica.

Assim, a divergência assinalada decorre do fato de o sistema de monitoramento telefônico da polícia ter mantido a vinculação do IMEI do aparelho celular do apelante com seu antigo número.

Não há, portanto, acolher a preliminar arguida.

2 Mérito

2.1 Tráfico

Inicialmente, insta destacar que o crime em comento encontra-se tipificado no art. 33 da Lei 11.343/2006, que dita:

> Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
>
> Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

O delito aludido é de ação múltipla ou conteúdo variado, apresenta várias formas de violação da mesma proibição e basta, para a consumação, a prática de uma das ações ali previstas, não sendo necessária a efetiva comprovação da mercancia.

Os recorrentes Ariana, Cleberson, Jean, Márcio Mafra e Edson voltam-se contra a condenação pelo crime de tráfico de entorpecentes, previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

A defesa, em apertada síntese, é no sentido de que não há substrato probatório capaz de evidenciar a materialidade e autoria do crime supracitado.

A peça acusatória narra que Jean Roberto Neves, residente em Ponta Porã-MS, era responsável pela aquisição das substâncias entorpecentes e o seu preparo para viagem, bem como por receber os veículos e o numerário utilizado nas negociações e transporte.

Márcio Mafra, por sua vez, dedicava-se ao transporte das substâncias entorpecentes, trazendo-as da cidade de Ponta Porã-MS para Itajaí-SC. Mantinha contato contínuo com Jean e realizava viagens a cada dez dias, a fim de buscar o material espúrio. Surpreendido por uma operação policial em 14.3.2010, passou a utilizar o serviço de terceiros, conhecidos como "mulas", sendo uma delas Márcio Rodrigues Gomes (Faustão), preso em 25.3.2010 com 4200 g (quatro mil e duzentas gramas) de cocaína e 240 g (duzentos e quarenta gramas) de maconha.

No município de Itajaí-SC, os principais clientes da droga, trazida por meio deste esquema ilícito, eram Ariana Borges e Cleberson Laurentino da Conceição (Binho), os quais negociavam diretamente com Márcio Mafra. As provas amealhadas nos autos apontam que a droga apreendida com Faustão seria, em parte, destinada a eles. Cleberson, inclusive, em outra oportunidade, efetuou depósitos na conta de Márcio Mafra, a fim de assegurar a compra do material entorpecente.

Por fim, Edson Garrozi era responsável pela obtenção de veículos utilizados na troca por substâncias entorpecentes ou no seu transporte, além de, por vezes, também revender drogas e obter interessados na sua aquisição.

A materialidade e autoria encontram-se devidamente comprovadas nos autos de apreensão (fls. 9/10), *tickets* de pedágio (fl. 11), laudo de constatação da substância (fls. 14/15), auto de apreensão complementar (fl. 26), relatório final da operação (fls. 119-149), laudo pericial de exame de substância (fls. 185-189 e 208-212), laudo de exame de veículo terrestre (fl. 191-199), laudo pericial de exame de material vegetal (fls. 208-212),

além do farto material colhido por meio das interceptações telefônicas e dos depoimentos colhidos nas fases indiciária e judicial.

Muito embora Márcio Roberto Gomes (Faustão) tenha sido o único envolvido apreendido na posse de substâncias entorpecentes ilícitas, pacífica a posição de que a existência de outros elementos probatórios, como é o caso dos autos, permite a condenação pela prática de uma das condutas descritas no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Inclusive, cita-se recente decisão publicada no informativo 501 do Superior Tribunal de Justiça:

> A ausência de apreensão da droga não torna a conduta atípica se existirem outros elementos de prova aptos a comprovarem o crime de tráfico. No caso, a denúncia fundamentou-se em provas obtidas pelas investigações policiais, dentre elas a quebra de sigilo telefônico, que são meios hábeis para comprovar a materialidade do delito perante a falta da droga, não caracterizando, assim, a ausência de justa causa para a ação penal (HC 131.455-MT, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, j. 2.8.2012).

O depoimento do delegado da Polícia Federal Fábio Alceu Mertens, ouvido em Juízo (cd de fl. 495), confirmou a versão acima transcrita. A autoridade policial afirmou que a prisão dos apelantes foi resultado de ação investigativa denominada *Summer*. Além de descrever as funções desempenhadas pelos envolvidos na ação criminosa, o depoente informou todo o caminho percorrido pelas investigações, a fim de alcançar o nome dos envolvidos e, por fim, lograr êxito na prisão.

O agente da Polícia Federal Sérgio Luiz Wayhs (cd de fl. 495), participante da operação policial, também apresentou a mesma versão. A testemunha, inclusive, narrou que Márcio Mafra, após conseguir fugir da barreira policial montada para prendê-lo, entrou em contato com Jean, a fim de comunicá-lo sobre o evento ocorrido. Em relação a Ariana e Cle-

berson, asseverou que as ligações telefônicas mantidas entre eles deixavam evidente a participação da primeira nas atividades ilícitas exercidas pelo segundo, sendo que os usuários mantinham contato com ambos.

Anote-se que o documento do veículo conduzido por Márcio Mafra no dia em que empreendeu fuga da polícia foi encontrado em seu poder no momento da prisão, tratando-se de um Vectra/GM, de cor branca e placa JNW 3223 (fls. 6-10 dos autos apensos).

- Jean Roberto Neves e Márcio Mafra

Jean Roberto Neves, ouvido na fase indiciária (fl. 79) afirmou que mantinha uma oficina de conversão do motor de veículos para uso de gás. O depoente não soube informar o endereço do local da atividade, exercida de maneira informal na cidade fronteiriça de Pedro Juan Caballero, no Paraguai. Afirmou que era amigo de Márcio Mafra e que este foi visitá-lo, pelo menos, quatro vezes. Asseverou que Márcio Rodrigo Gomes (Faustão) apenas comprou um veículo do recorrente e que não o via há nove meses. Já Cleberson (Binho), o viu uma vez na frente de sua antiga oficina, antigamente instalada no município de Itajaí-SC. Acrescentou que teve problemas com a polícia por terem sido encontrados dois veículos clonados em sua residência e negou envolvimento com o tráfico de entorpecentes.

Em Juízo, Jean Roberto Neves atribuiu sua prisão à existência de perseguição por parte dos policiais, reiterou a versão acima e negou, mais uma vez, seu envolvimento com o tráfico de entorpecentes (cd de fl. 522).

O apelante Márcio Mafra, no interrogatório (cd de fl. 522), negou também a prática do crime de tráfico e que apenas negociou alguns veículos com Jean, sendo também proprietário de uma padaria. Adiante, negou ter se encontrado com Jean ao deslocar-se até o município de Ponta-Porã-MS e asseverou ter adquirido uma besta de Márcio Roberto Gomes (Faustão).

As interceptações telefônicas desmentem as alegações de Jean e Márcio Mafra. Apesar dos subterfúgios utilizados para identificar o teor das conversas mantidas, é possível constatar que Jean fornecia drogas a Márcio Mafra para que ele as trouxesse para este Estado.

As interceptações transcritas no relatório final da Polícia Federal, de fls. 130-136, contêm diversas conversas entre Jean e Márcio Mafra, em que é possível constatar a negociação de substâncias entorpecentes entre eles: com a discussão de valores, quantidades e agendamento dos dias para as viagens necessárias para o transporte da substância.

Entre as degravações feitas pelo setor de inteligência da Polícia Federal tem-se, inclusive, o contato feito por Márcio Mafra com Jean, logo após o primeiro conseguir fugir da ação policial (fls. 135/136). O material aludido deixa clara a preocupação do segundo sobre a perda da mercadoria ilícita.

Ademais, à fl. 8 dos autos, volume I, anexo III, em conversa mantida entre Márcio Mafra e uma pessoa não identificada, conforme resumo feito pelo setor de inteligência, é possível constatar que se referem à droga, pois, pelo contexto, o segundo questiona o primeiro sobre a existência de mais material (cocaína).

O diálogo registrado à fl. 9, volume I, anexo III somente reforça o acima citado. Isso porque os interlocutores se referem à droga, chamando-a de moto. Apesar do uso da palavra "motinho", as expressões utilizadas para descrever o veículo não se encaixam em uma conversa sobre bens automotivos, o que somente confere maior certeza de que o verdadeiro assunto era a negociação de substâncias entorpecentes.

Para evitar a transcrição de várias interceptações, vale mencionar que em todas elas Márcio Mafra refere-se à droga, ainda que de forma velada.

Da mesma forma, as conversas constantes às fls. 23 e seguintes (volume I, anexo III), que têm como principal interlocutor o apelante Jean,

demonstram, por meio de interpretação de todo o seu conjunto, que ele participa ativamente de negociações para aquisição e distribuição de diversos tipos de entorpecentes, como cocaína, *crack* e maconha.

Exemplo claro da conclusão alcançada previamente é extraído da conversa transcrita à fl. 27 (volume I, anexo III) em que Jean informa a terceiro não identificado o preço da "dura" e da "verde", obviamente referindo-se respectivamente ao *crack* e à maconha.

A partir da fl. 27 (volume I, anexo III) constata-se, ainda, intenso contato entre Márcio Mafra e Jean. A conversa registrada à fl. 32, em que ambos os apelantes se referem à "mais cara", afasta eventuais dúvidas sobre o verdadeiro teor das conversas e o real objetivo da sua relação negocial.

Portanto, não persistem dúvidas sobre a relação mantida entre os apelantes, que visava o transporte interestadual de entorpecentes e sua posterior comercialização neste Estado.

- Edson Garrozi

O apelante Edson Garrozi, inquirido durante o inquérito policial, asseverou que percebia renda mensal de R$ 1.500,00 com a venda de veículos e R$ 2.000,00 com a sua recuperação. Afirmou não conhecer Jean Roberto Neves, Cleberson Laurentino da Conceição (Binho) e Ariana Borges, porém asseverou conhecer Márcio Rodrigo Gomes (Faustão) e Márcio Mafra. Por fim, negou seu envolvimento em atividades ilícitas, como o comércio de entorpecentes.

Ouvido em Juízo (cd de fl. 522), o apelante Edson Garrozi afirmou que comercializava veículos há vinte anos e que adquiriu um veículo Pálio *Weekend* e uma moto de Márcio Mafra, esta última registrada no nome de Márcio Gomes (Faustão). Acrescentou que sua mulher possuía uma loja de roupas. Negou que o veículo Pálio *Weekend,* apreendido no momento

da prisão de Faustão, fosse a mesma referida previamente ou que tenha envolvimento com a atividade de tráfico de entorpecentes.

Todavia, a testemunha Sérgio Luiz Wayhs (cd de fl. 495), policial federal que participou ativamente de toda investigação, apresentou versão distinta. Em sua narrativa, asseverou que Edson Garrozi apareceu nas investigações em 10.3.2010 como responsável pela obtenção de carros destinados à troca por entorpecentes. Afirmou que Faustão e Edson eram amigos, que o segundo chegou a cobrir uma dívida do primeiro de R$ 10.000,00, na Open Car, e que as dívidas eram oriundas do uso de drogas. Acrescentou que Márcio Mafra, em 20.3.2010, começou a organizar uma nova viagem para compra de drogas e manteve contato com Jean para prepará-la e com Edson e Cleberson (Binho), a fim de fornecerem dinheiro. Posteriormente, asseverou que Márcio Mafra e Faustão foram até o Estado do Mato Grosso e, no retorno, o segundo manteve contato com o primeiro para que mandasse dinheiro para o abastecimento do carro, o que fez prontamente. Em seguida, disse que os policiais da cidade de Londrina se dirigiram até o local, apreendendo a droga em poder de Faustão. Constou ainda do relato do policial que o veículo Pálio *Weekend*, com placa clonada, na posse de Faustão, fora cedido por Edson, o qual chegou inclusive a levar jóias para serem avaliadas a mando de Márcio Mafra.

Veja-se pois, que a testemunha possui discurso coerente, capaz de fundamentar decreto condenatório, ainda mais quando em harmonia com as demais provas constantes nos autos.

Acerca da validade do depoimento dos agentes públicos, Julio Fabbrini Mirabete explica:

> Não se pode contestar, em princípio, a validade dos depoimentos de policiais, pois o exercício da função não desmerece, nem torna suspeito seu titular, presumindo-se em princípio que digam a verdade, como qualquer testemunha (Processo penal, 10. ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 306).

Na mesma esteira segue o entendimento de Damásio E. de Jesus:

> A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita (STF, RTJ 68/64). 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' (TACrimSP, RT 530/372) (*Código de processo penal anotado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva. 2000, p. 167).

Sobre a validade do testemunho policial, é da jurisprudência:

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA QUE DESCLASSIFICOU A CONDUTA DO RÉU, DEFININDO-A COMO POSSE DE SUBSTÂNCIA PARA USO PRÓPRIO.
>
> RECURSO MINISTERIAL OBJETIVANDO A CONDENAÇÃO DO RÉU PELO CRIME DO ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/06.
>
> MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS NOS AUTOS. RÉU QUE, AO SER ABORDADO PELA POLÍCIA NA RUA, DISPENSA INVÓLUCRO QUE PORTAVA COM 17 PETECAS DE COCAÍNA. APREENSÃO DO MATERIAL TÓXICO NO LOCAL ONDE FOI ARREMESSADO. DEMONSTRAÇÃO, DE FORMA INEQUÍVOCA, QUE A DROGA APREENDIDA TINHA COMO DESTINO A NARCOTRAFICÂNCIA. CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. VALIDADE. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE.
>
> RECURSO MINISTERIAL PROVIDO.
>
> Depoimentos de policiais que atuaram na prisão em flagrante do réu, firmes e coerentes com o conjunto probatório amealhado nos autos, são suficientes a embasar o decreto condenatório.
>
> Para a caracterização do crime de tráfico não é imprescindível que o agente seja encontrado praticando atos de mercancia, bastando, à sua

consumação, a ocorrência de uma das condutas descritas no *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/06" (Apelação Criminal 2010.041850-7, Quarta Câmara Criminal, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 2.12.2010, v.u.).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO PELO ARROMBAMENTO DE OBSTÁCULO E CONCURSO DE PESSOAS (ART. 155, § 4º, I E IV, DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.

PLEITO ABSOLUTÓRIO EM FACE DA INEXISTÊNCIA DE PROVAS ACERCA DA AUTORIA DELITIVA. NÃO ACOLHIMENTO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. VALIDADE DO ATO, AINDA QUE REALIZADO SEM A PRESENÇA DE ADVOGADO. GARANTIA DE ASSISTÊNCIA QUE NÃO SE CONFUNDE COM PRESENÇA OBRIGATÓRIA. RETRATAÇÃO EM JUÍZO DISSOCIADA DO CONTEXTO PROBATÓRIO. ACUSADOS ENCONTRADOS NA POSSE DA *RES FURTIVA*. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ÁLIBI NÃO COMPROVADO.

"[...] Não há falar-se em insuficiência de provas quando presentes nos autos elementos aptos a demonstrar, de forma inequívoca, a autoria do delito, tais como o depoimento da vítima e dos policiais militares que efetuaram a detenção do acusado, aliada ao fato de a *res furtiva* ser apreendida em poder do réu, hipótese em que o princípio da *actori incumbit probatio* é sufragado, invertendo-se o ônus probatório, de modo a incumbir ao réu justificar, de forma plausível, a higidez da posse do produto do crime" (AC n. 2008.053975-6, de Balneário Camboriú, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. 06/10/08)".

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO" (Apelação Criminal 2009.010954-9, Primeira Câmara Criminal, Rel.ª Des.ª Marli Mosimann Vargas, j. 10.5.2010, v.u.).

As interceptações telefônicas de fls. 137-141 confirmam o depoimento do policial federal supracitado. Não obstante o recorrente tente imputar conotação diversa às conversações registradas pelo sistema de mo-

nitoramento da Polícia Federal, mediante autorização judicial, mostram-se inverossímeis os argumentos lançados em sua defesa.

As conversas travadas entre os interlocutores, registradas pelos órgãos de inteligência da polícia, muitas vezes carecem de lógica ou de clareza esperada em assuntos cotidianos.

O leigo, desprovido das informações necessárias sobre o verdadeiro teor das conversas mantidas, certamente encontraria dificuldade em compreender o assunto travado em razão do uso truncado de frases e ideias.

Consequentemente, ao interpretar-se o conteúdo das conversações em associação com a prática do comércio ilícito de entorpecentes, abre-se um novo horizonte à frente, passando a ter lógica naquilo que, até então, parecia inexistir.

O apelante Edson, em uma das conversas interceptadas, falou com terceira pessoa, conhecida pelo nome de Arthur, sobre uma "caixa" (fl. 140). A conversa, obviamente truncada, passou por um breve momento de incerteza sobre o que seria o objeto referido. Sanada a dúvida, Edson afirmou que teria vendido ao irmão, ao passo que Arthur perguntou se não tinha mais nada. Por fim, Edson disse que um amigo iria trazer mais.

Em Juízo, ao ser interrogado sobre o teor da conversa, o recorrente afirmou que se referia a uma caixa de marcha. Ora, tal assertiva mostra-se totalmente inverossímel. É nítido que os interlocutores travavam conversa sobre substâncias entorpecentes; caso contrário, jamais teriam sido tão lacônicos ou apresentado tamanha dificuldade em definir o objeto da conversa.

Noutra ponta, a relação entre Edson e Faustão ficou evidenciada na conversa mantida pelo primeiro com Nando (fl. 138), no qual o primeiro quita uma dívida de oito mil reais do segundo. Mais uma vez, parece ilógico, como asseverou o magistrado *a quo*, que tal dívida fosse assumida caso houvesse apenas uma amizade superficial.

A interceptação transcrita à fl. 61, do volume I, do anexo III, evidenciou que o apelante Edson também revendia material entorpecente.

Como se não bastasse, consta à fl. 59 do volume I, do anexo III, a intermediação de uma arma feita por Edson a Arthur, o que somente reforça a certeza das atividades ilícitas mantidas pelo primeiro.

Os depoimentos das testemunhas arroladas pela defesa e ouvidas em Juízo (cds de fls. 495 e 522) pouco esclareceram sobre os fatos. Apesar de, em alguns casos, confirmarem as conversas mantidas com apelante, negando envolvimento com a venda de entorpecentes, é certo que remanesceram, ainda, inúmeras degravações em que o conteúdo e a interpretação lógica permitem chegar à mesma conclusão dos policiais federais que atuaram no caso.

Ademais, não se pode esperar que o recorrente externasse a todos o seu envolvimento com a atividade ilícita em exame. Por certo aqueles com quem mantinha contato em suas atividades cotidianas dificilmente poderiam saber da prática do ilícito ora em exame. Como se não bastasse, não se pode negar que Edson, em razão de realizar paralelamente o comércio de veículos, tinha meios e instrumentos que facilitavam a intermediação dos carros necessários para o transporte e aquisição de drogas, pessoas estas que certamente não foram arroladas nos autos.

Não se pode deixar de mencionar, por fim, o diálogo mantido entre Edson e terceiro, não identificado, em que negociam uma arma (fl. 60, volume I, anexo III). A referência clara à arma e que esta não servirá após ser utilizada, muito provavelmente para dar fim a vida de alguém, encaixa-se perfeitamente nos diálogos interceptados e permite concluir que o apelante encontrava-se aberto a todo tipo de negociações.

Assim, com base nas provas compostas pelos depoimentos dos policiais federais envolvidos na investigação e nas interceptações telefônicas

transcritas, entende-se indevido o acolhimento do pleito absolutório formulado pelo ora recorrente.

- Cleberson e Ariana

O apelante Cleberson Laurentino da Conceição, conhecido pela alcunha de Binho, ao ser interrogado pela autoridade policial e em Juízo (fl. 32, volume I, apenso I e cd de fl. 522), negou o seu envolvimento e de sua companheira Ariana no comércio de entorpecentes. Afirmou que conhecia Márcio Mafra e Márcio Rodrigo Gomes (Faustão) e que adquiriu do primeiro uma motocicleta Strada, uma vez que ele revendia veículos e sua companheira roupas, bijouterias e perfumes.

Ariana Borges permaneceu em silêncio ao ser inquirida durante a fase indiciária (fl. 38, volume I, apenso I) e, ao ser ouvida na audiência de instrução e julgamento, manteve a mesma narrativa apresentada por seu companheiro. Confirmou que comercializava roupas, perfumes e bijouterias, que eram ofertadas a pessoas de seu convívio, e negou a participação na venda de substâncias entorpecentes (cd de fl. 495).

A versão apresentada pelos apelantes não merece amparo. Como dito previamente, os depoimentos dos policiais federais que colaboraram na investigação, apoiados nas interceptações telefônicas e material encontrado na casa dos recorrentes, apontam na direção oposta da defesa.

O delegado federal Fábio Alceu Mertens e o agente de polícia Sérgio Luiz Wayhs, em seus depoimentos (cd de fl. 495), afirmaram que os apelantes Cleberson e Ariana passaram a receber entorpecentes de Márcio Mafra a partir de fevereiro de 2010.

Os agentes públicos federais sustentaram que as conversas mantidas pelos apelantes não davam margem a dúvidas quanto à prática do comércio de entorpecentes, pois mencionavam, por vezes, de forma explícita,

expressões como: "da branca" e "da boa", além de especificarem o peso e o preço do material ilícito comercializado.

As interceptações telefônicas constantes às fls. 65-77, do volume I do apenso III, amparam integralmente a narrativa apresentada pelas testemunhas acima mencionadas.

O diálogo mantido entre Cleberson e Viviane, no qual esta pede que ele traga dez quilos de açúcar, separados em dois pacotes, serve de exemplo do comércio de entorpecente, pois nítido o interesse em mascarar a realidade, omitindo a expressão cocaína (fl. 66, volume I, apenso III).

As degravações feitas possuem várias conversas entre Márcio e Cleberson, sempre respondendo pela alcunha de Binho. Apesar de os interlocutores, muitas vezes, fazerem menção à negociação de carros, o teor da conversa não se mostra crível, o que reforça a certeza de que, na verdade, negociavam a compra e venda de material entorpecente.

A conversa registrada à fl. 71, volume I, apenso III, demonstra, inclusive, o momento em que Márcio Mafra solicita a Cleberson o depósito de valores em sua conta, que, de acordo com o relato policial, serviria para custear o seu retorno de Ponta Porã-MS com a droga lá adquirida.

Em relação a Ariana, vale citar uma conversa mantida com uma mulher identificada como Ge (fl. 68, volume I, apenso III), em que a segunda, claramente, pretende adquirir entorpecentes para a revenda. A interlocutora solicita inicialmente dez unidades a Ariana e afirma que, caso lograsse êxito, adquiriria mais à noite. Ora, caso a conversa versasse sobre vestuário, bijouterias ou outros bens de consumo, por certo deixariam claro o tamanho, espécie ou modelo pretendido, sobretudo para facilitar a remessa.

Acrescente-se que os objetos e valores encontrados na casa dos recorrentes Ariana e Cleberson reforçam a certeza para a condenação. Foram

apreendidos: uma balança de precisão digital, um invólucro de plástico com vestígios de cocaína (localizado dentro do fogão), seis bexigas de borracha (material comumente utilizado para o acondicionamento de material entorpecente), 3 chips de celulares, 2 celulares, mais de R$ 3.800,00 em dinheiro, além de vinte cheques de Ariana, já preenchidos, com valores entre R$ 1.600,00 e R$ 6.700,00 (fls. 28-31, volume I, apenso I).

Noutra ponta, observe-se que as testemunhas de defesa, arroladas pelos apelantes (Jefferson Ricardo da Cunha, Linésia Massaneiro, Mauro Bazzote, Duci Tironi, Maria Eduarda Machado e Suelem de Oliveira – cd fl. 522), pouco contribuíram a seu favor. Apesar de confirmarem que os recorrentes exerciam as atividades mencionadas em sua defesa, ou seja, a revenda de veículos e roupas, não conseguiram afastar as demais provas constantes nos autos em seu desfavor.

Anote-se que a oitiva das pessoas ouvidas durante a realização das interceptações telefônicas, como exemplo Ge e Viviane, por certo traria novos elementos, uma vez questionado o verdadeiro teor das conversas mantidas.

Acrescente-se, por fim, que a apreensão da cocaína e maconha encontradas em poder de Márcio Gomes foi fruto das informações extraídas das conversas mantidas entre os apelantes.

Portanto, diante da análise das provas que instruem o caderno acusatório em relação aos apelantes, com exceção de Márcio Rodrigo Gomes (Faustão), uma vez que este se conformou com sua condenação, é possível chegar à mesma conclusão alcançada pelo Magistrado de primeira instância, ou seja, da veracidade dos fatos apresentados pela investigação conduzida pelo órgão de inteligência da Polícia Federal situada no município de Itajaí.

2.2 Adulteração de sinal identificador de veículo

O apelante Márcio Rodrigo Gomes (Faustão), réu confesso na prática do crime de tráfico de entorpecentes, alegou inexistirem provas de que promoveu a adulteração do veículo apreendido em seu poder.

Em sua defesa, o recorrente sustentou que recebeu o veículo de Paulo Schumen na cidade Amabaí-MS para efetuar o transporte da droga para o município de Itajaí-SC, não teve participação nos atos de modificação dos seus sinais identificadores (Laudo de exame de veículo terrestre – fls. 191-199) e que não possui conhecimentos técnicos para tal intento, uma vez que exerce a função de garçom.

Colaciona-se o disposto no art. 311 do Código Penal:

> Art. 311 - Adulterar ou remarcar número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento:
>
> Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa.
>
> § 1º - Se o agente comete o crime no exercício da função pública ou em razão dela, a pena é aumentada de um terço.
>
> § 2º - Incorre nas mesmas penas o funcionário público que contribui para o licenciamento ou registro do veículo remarcado ou adulterado, fornecendo indevidamente material ou informação oficial.

Acerca do referido tipo penal, cita-se a lição de Fernando Capez:

> Consubstanciam-se nos verbos *adulterar* (significa modificação do conteúdo mediante alteração das inscrições já constantes) ou *remarcar* (implica inserção de nova sequência de códigos no espaço em que havia a numeração correta). Segundo Victor Eduardo Rios Gonçalves. "A adulteração deve ter caráter permanente. Por esse motivo, não se tem reconhecido a infração penal pelo uso de fitas isolantes em placa de automóvel para modificar em determinado dia o último identificador, com a finalidade de burlar rodízio de veículos". Objeto material do crime é o número de chassi. Sobre tal estrutura de aço se insere um código para identificação do veículo. É a adulteração ou remarcação desse código que se encontra tipificada no presente artigo. É também objeto

> material do crime qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento, por exemplo, placa de automóvel ou inscrição em qualquer outra parte do automóvel (numeração do motor, câmbio, etc.) (*Curso de direito penal*: parte especial. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2006. v. 3. p. 373).

Nesse sentido, também se extrai da interpretação de Júlio Fabbrini Mirabete:

> A conduta típica é a de adulterar, ou seja, mudar, alterar, modificar, contrafazer, falsificar, deformar, deturpar, ou remarcar, marcar de novo o número ou o sinal identificador do veículo, de seu componente ou equipamento, pouco importando o processo utilizado.
>
> [...] As placas dianteira e traseira do veículo são sinais identificadores externos do veículo também obrigatórios nos termos do que dispõe o art. 115 do Código de Trânsito Brasileiro (*Código Penal Interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas. 2005. p. 2.307).

Assim, de acordo com a norma penal e doutrina colacionadas, quando o agente remarca ou adultera, de forma permanente, chassi ou outro sinal identificador do veículo responde pelo crime em comento.

A materialidade encontra-se comprovada por meio do auto de apresentação e apreensão (fl. 9), laudo de exame de veículo terrestre (fls. 191-199) e depoimentos colhidos. Consequentemente, não restam dúvidas quanto à prática do delito.

No que tange à autoria, muito embora o recorrente negue a prática do delito em exame, consoante interrogatório realizado em audiência de instrução e julgamento (cd de fl. 522), as provas colacionadas aos autos são suficientes para sustentar a condenação.

O delegado da Polícia Federal Fábio Alceu Mertens e o agente federal Luiz Sérgio Wayhs (cd de fl. 495) asseveram que o veículo conduzido

pelo apelante era clonado, ou seja, possuía a mesma placa do que outro em circulação.

Os agentes públicos afirmaram, ainda, que foi mantido contato com a proprietária do veículo original, o que confirmou a adulteração dos sinais identificadores do veículo.

Consequentemente, uma vez verificada a posse do veículo contendo adulteração nos sinais identificadores, tem-se preenchidos os requisitos estabelecidos no tipo penal descrito no art. 311 do Código Penal.

Isso porque, muito embora o recorrente negue ter sido ele o autor da adulteração, é suficiente para a caracterização do delito o reconhecimento da sua ocorrência, recaindo sobre ele o ônus de comprovar que exercia licitamente a posse do veículo, consoante disposição expressa no art. 156 do Código de Processo Penal.

Nessa direção, extrai-se decisão do Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO PENAL. CRIME DE ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. SUPRESSÃO OU RASPAGEM DE NÚMERO DE CHASSI. TIPICIDADE. ART. 311 DO CÓDIGO PENAL.
>
> 1. A conduta de raspar ou suprimir os caracteres gravados no chassi, também denominado de Número de Identificação do Veículo - NIV, dos veículos automotores, subsume-se ao crime previsto no art. 311 do Código Penal. [...] 3. Recurso especial desprovido (REsp 1035710/SP, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, j. 21.6.2011, v.u.)

Esta Corte não dissente do entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> APELAÇÃO CRIMINAL. ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR (ART. 311, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO MINISTERIAL. PLEITO CONDENATÓRIO.

ACOLHIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. AGENTES SUPREENDIDOS NA POSSE DE VEÍCULO AUTOMOTOR COM SINAIS IDENTIFICADORES ADULTERADOS. PERÍCIA DEMONSTRANDO NÚMERO DO CHASSI E ETIQUETAS AUTO-ADESIVAS DE IDENTIFICAÇÃO DIVERSOS DOS ORIGINAIS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ALEGADO DESCONHECIMENTO ACERCA DO FATO POR AMBOS OS RÉUS. VERSÕES CONTRADITÓRIAS E SEM AMPARO NO AUTOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (Apelação Criminal 2011.017527-7, Primeira Câmara, Relª. Desª. Marli Mosimann Vargas, j. 16.8.2011, v.u.).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO E CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA. RECEPTAÇÃO DOLOSA (ART. 180, CAPUT, DO CP) E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR (ART. 311 DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. SUSTENTADAS A AUSÊNCIA DE DOLO NA CONDUTA DO RÉU E A INSUFICIÊNCIA DE PROVAS QUANTO AOS DOIS CRIMES. INVIABILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DE AMBOS OS DELITOS DEMONSTRADAS. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS CORROBORADOS PELO INTERROGATÓRIO DO ACUSADO E DEMAIS PROVAS COLIGIDAS. RÉU SURPREENDIDO EM POSSE DO VEÍCULO FURTADO E ADULTERADO. ALTERAÇÃO DE COR E DE PLACAS DA MOTOCICLETA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. NÃO COMPROVADA A ORIGEM LÍCITA DO BEM. FIXAÇÃO, PELO MAGISTRADO A QUO, DO VALOR MÍNIMO PARA A REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELA INFRAÇÃO. ARTIGO 387, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO FORMAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DE DISCUSSÃO NO CURSO DO PROCESSO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. EXCLUSÃO, DE OFÍCIO, DESTA CONDENAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (Apelação Criminal 2011.007404-7, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. 23.10.2012, v.u.)

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO E A FÉ PÚBLICA. RECEPTAÇÃO E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO (ART. 180, § 1º, E 311, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. MÉRITO. PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO DE ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR, POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NÃO ACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PROVA PERICIAL E TESTEMUNHAL COLHIDA SOB O CONTRADITÓRIO. ACUSADOS SURPREENDIDOS NO INTERIOR DE SUA OFICINA EM PODER DA PLACA ORIGINAL DO AUTOMÓVEL CORROMPIDO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL. ÉDITO CONDENATÓRIO MANTIDO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (Apelação Criminal 2011.023330-4, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 27.11.2012, v.u.).

APELAÇÃO CRIMINAL. RECEPTAÇÃO QUALIFICADA E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. SENTENÇA QUE ABSOLVEU O RÉU PELO CRIME DO ART. 311 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO DEFENSIVO. ABSOLVIÇÃO POR FRAGILIDADE PROBATÓRIA. NÃO CONHECIMENTO EM RELAÇÃO AO CRIME PELO QUAL FOI ABSOLVIDO. FALTA DE INTERESSE RECURSAL NESTE PARTICULAR. Carece de interesse recursal o pleito que visa à absolvição por falta de provas quando esta já foi reconhecida pelo juízo a quo. RECEPTAÇÃO QUALIFICADA. VEÍCULO ANTERIORMENTE FURTADO APREENDIDO COM O RÉU, SEM MOTIVO JUSTIFICÁVEL. ÔNUS DO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONDENAÇÃO MANTIDA. A apreensão de veículo clonado em poder do acusado, importa na inversão do ônus da prova (CPP, art. 156), cabendo ao réu demonstrar estar exercendo licitamente a posse de produto de crime. [...] (Apelação Criminal 2012.017629-6, Quarta Câmara Criminal, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 13.12.2012, v.u.).

Dessa forma, não pairam dúvidas de que a supressão dos sinais identificadores do veículo localizado em poder do recorrente autoriza a sua condenação pelo art. 311, *caput*, do Código Penal.

2.3 Falsificação de documento público

O recorrente Jean Roberto Neves sustentou que a carteira de identidade contendo sua foto, com dados qualificativos de terceiro, foi encontrada, dois dias após a sua prisão, no banco traseiro da viatura que o transportou, após ser alvejado por disparo de arma de fogo pela ação policial realizada para sua captura.

Embora reconheça a materialidade de delito, sustentou não ser autor da prática delituosa a ele imputada, isso porque não utilizou ou se identificou com o referido documento para os policiais federais que o prenderam.

Argumentou, ao final, que o documento, muito provavelmente, caiu do seu bolso no momento em que era transportado até o hospital.

Contudo, os relatos fornecidos pelos policiais que atuaram na operação que resultou na prisão do apelante não confirmam a versão acima. Os agentes públicos Diter Klabunde (fls. 83/84) e Carlos Alberto Ruschel Filho (fls. 85/86), na fase indiciária, afirmaram que o apelante se identificou com nome diverso do seu, possivelmente Ricardo ou Rodrigo.

No próprio interrogatório, o apelante Jean confirmou que adquiriu documento de identidade e CPF no Paraguai, e que pagou a quantia de R$ 70,00 por ambos (fl. 79).

Realizada a inquirição do recorrente em juízo, este reconheceu também já ter utilizado o documento (cd de fl. 522 – 22'10").

Assim, considerando as palavras do apelante, colhidas na fase policial, com a sua confirmação, em Juízo, de que, de fato, utilizou a carteira de

identidade apreendida, e o testemunho dos policiais, não há dúvidas de que o acusado alterou documento público verdadeiro.

Sobre o assunto, Julio Fabbrini Mirabete leciona:

> Duas são as formas de condutas inscritas no tipo do art. 297. A primeira delas é a de *falsificar*, que significa criar materialmente, fabricar, formar, contrafazer o documento, ou integralmente ou acrescentando algo a um escrito inserindo dizeres em espaço em branco. A segunda ação é *alterar* o documento verdadeiro, excluindo termos, acrescentando dizeres, substituindo palavras etc. É indiferente que a falsificação se dê em todo papel ou parte deste, uma ou todas as vias que formam o documento. Constitui o crime o preenchimento ilícito de papel assinado em branco; cria-se, com a conduta, um documento falso. Tem-se considerado como crime de falsidade a substituição de fotografia em documento de identidade, pois constitui ela parte juridicamente relevante do documento, havendo alteração de seus efeitos na vida social. Há, porém, decisões em sentido contrário, caracterizando o fato como crime de falsa identidade, o que nos parece mais coerente com o conceito legal de documento (*Código penal interpretado.* 6. ed. São Paulo: Atlas. 2008. p. 2229).

Neste sentido, é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PUBLICO. ADULTERAÇÃO DE CEDULA DE IDENTIDADE PELA TROCA DE FOTOGRAFIA. ART. 297, DO CODIGO PENAL. ESSA PRATICA COMPROMETE A MATERIALIDADE E A INDIVIDUALIZAÇÃO DO DOCUMENTO VERDADEIRO, POR ISSO QUE SE IDENTIFICA COM O FATO DE QUE TRATA O ART. 297, DO CODIGO PENAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA FAZER PREVALECER A CLASSIFICAÇÃO DO DELITO, CONFORME A SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. CASSADA A DECISÃO DO TRIBUNAL A QUO. (REsp 1.679/PR, Sexta Turma, Rel. Min. William Patterson, j. 10.4.1990, v.u.)

Cita-se precedente deste Relator:

> PENAL. CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO (CP, ART. 297, CAPUT). MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DEPOIMENTOS POLICIAIS ALIADOS AO LAUDO PERICIAL QUE COMPROVAM A ADULTERAÇÃO DE CARTEIRA DE IDENTIDADE. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. ALEGAÇÃO DE CRIME IMPOSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA NÃO CONFIGURADA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NÃO APLICAÇÃO DO VERBETE 269 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. OBSERVÂNCIA AO ART. 59, § 3º DO CÓDIGO PENAL. REGIME INICIAL FECHADO. SENTENÇA MANTIDA. - O agente que fornece para terceiro fotografia sua com intuito de substituí-la em documento de identidade original de outro indivíduo, concorre de qualquer modo para a prática do crime de falsificação de documento público previsto no artigo 297, caput, do Código Penal. - Não há como reconhecer o crime impossível, art. 17 do Código Penal, quando a modificação do documento falsificado apresenta características de autenticidade. - A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis demonstra que não é socialmente recomendável a fixação de regime prisional mais brando. - Parecer da PGJ pelo conhecimento e desprovimento do apelo. - Recurso conhecido e desprovido (Apelação Criminal 2011.044672-9, Primeira Câmara Criminal, j. 29.5.2012, v.u.).

Acrescenta-se que a conduta do apelante em fornecer para um terceiro fotografia sua com intuito de alterar documento de identidade original de outra pessoa, mediante pagamento, concorre para a prática do crime de falsificação de documento público previsto no art. 297, *caput*, do Código Penal.

Portanto, não há dúvidas de que o acusado concorreu para a alteração de documento público (carteira de identidade), fornecendo uma fotografia original para ser acostada em documento de outra pessoa, incorrendo, assim, no crime previsto no art. 297, *caput*, do Código Penal.

3 Dosimetria

3.1 Aplicação do art. 42 da Lei 11.343/2006

A Lei 11.343/2006 em seu art. 42 estabelece a necessidade de serem considerados na fixação da pena-base, *in verbis*:

> Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Acerca do assunto, Damásio de Jesus ensina:

> Em se tratando dos crimes definidos nos arts. 33 a 37 da Lei, ao dosar a pena-base, o magistrado deverá conferir maior relevância à natureza e à quantidade da substância ou do produto, à personalidade do agente e à sua conduta social.
>
> De acordo com o STJ: "Na avaliação das circunstâncias legais para fixação da pena, em se tratando de tráfico de entorpecentes, devem influir decisivamente a espécie e a quantidade da droga. O tipo de entorpecente é dado que indica o grau de nocividade para a saúde pública, correlato ao indicador das consequências do crime; a quantidade, odioso comércio, indicando a medida de sua personalidade perigosa e voltada para a prática criminosa" (RT, 786:599). Consoante o mesmo Tribunal: " Nos casos de tráfico de entorpecente, a fixação da pena-base obedecerá os critérios estabelecidos no art. 59 do CP, entre eles os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, razão pela qual se admite a fixação da pena-base acima do mínimo legal, se houve apreensão de grande quantidade de droga" (RT, 783:595) (*Lei antidrogas anotada*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 213/214).

Extraem-se da jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

> APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS [...] DOSIMETRIA - PENAS-BASE FIXADAS NO MÍNIMO LEGAL - GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES - CIRCUNSTÂNCIA NEGATIVA DESCONSIDERADA NA SENTENÇA - ATENÇÃO AO ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 - MAJORAÇÃO DEVIDA [...] (Apelação Criminal 2011.022091-2, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 21.6.2011, v.u.).

> APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (LEI N. 11.343/2006, ART. 33, CAPUT) [...] DOSIMETRIA - FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - POSSIBILIDADE - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS - EQUÍVOCO VERIFICADO - READEQUAÇÃO - CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS.
>
> 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) (Apelação Criminal 2010.017751-5, Segunda Câmara Criminal, Relª. Desª. Salete Silva Sommariva, j. 26.4.2011, v.u.).

Como se vê, não há nenhuma inadequação na dosimetria aplicada, pois o art. 42 da Lei 11.343/2006 autoriza a majoração da pena-base acima do mínimo legal, desde que fundamentada.

No caso, como bem observado pelo Magistrado de primeira instância, inegável que a grande quantidade de substância entorpecente apreendida (4 kg de cocaína e 240 g de maconha), deve ser considerada em desfavor de todos aqueles agentes que se beneficiariam com os frutos de sua comercialização.

Da mesma forma, não há exagero no *quantum* da majoração da pena-base. Isso porque ainda que a nossa legislação não preveja uma quantidade determinada para majorar ou minorar a reprimenda na primeira e na segunda fases da dosimetria - diferentemente do que acontece com as causas gerais e especiais de aumento ou de diminuição de pena –, a orientação predominante desta Corte é no sentido de aplicar o critério de 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial.

Extraem-se da jurisprudência:

> [...] DOSIMETRIA - CONDUTA SOCIAL - PERSONALIDADE, MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS REPUTADAS DESFAVORÁVEIS - EQUÍVOCO VERIFICADO - REDUÇÃO DA PENA-BASE

- RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA (CP, ART. 65, III, 'D') E READEQUAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA (CP, ART. 61 ,I) EM RELAÇÃO AO RÉU SÉRGIO JOAQUIM MARINHO - MAJORAÇÃO LIMITADA NO PATAMAR DE 1/6 - MINORAÇÃO DAS REPRIMENDAS - MEDIDA QUE SE IMPÕE.

Outrossim, não obstante inexista na legislação penal qualquer indicação específica da fração a ser agregada ou reduzida da pena frente à constatação de circunstâncias legais e agravantes e/ou ateunuantes, a orientação predominante deste egrégio Tribunal de Justiça é no sentido de adotar-se, no cálculo, a quantia de 1/6 (um sexto), a incidir sobre cada circunstância (Apelação Criminal 2010.082786-1, Segunda Câmara Criminal, Relª. Desª. Salete Silva Sommariva, j. 21.6.2011, v.u.).

APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU PRESO). TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, C/C § 4º, DA LEI N. 11.343/06. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL CONSIDERADAS DESFAVORÁVEIS. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO E GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (420,8G DE MACONHA) QUE, POR SI SÓ, BASTAM PARA FUNDAMENTAR A MAJORAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI DE DROGAS. DISCUSSÃO ACERCA DA PERSONALIDADE DO AGENTE QUE SE MOSTRA INÓCUA EM RAZÃO DA PENA BRANDA APLICADA NA SENTENÇA. UTILIZAÇÃO, PELO JULGADOR, DE FRAÇÃO INFERIOR ÀQUELA DE 1/6 (UM SEXTO) QUE VEM SENDO ADOTADA, MAJORITARIAMENTE, POR ESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Apelação Criminal 2010.071925-8, Primeira Câmara Criminal, Relª. Desª. Marli Mosimann Vargas, j. 7.6.2011, v.u.).

3.2 Causa especial de aumento – tráfico interestadual (art. 40, V, da Lei 11.343/2006)

Os apelantes Ariana, Cleberson, Márcio Mafra e Edson pretendem o afastamento da causa especial de aumento prevista no art. 40, V, da Lei 11.343/2006 que versa sobre o transporte interestadual de material entorpecente.

Como visto previamente, na análise do mérito, presentes nos autos claros elementos da prática da ação descrita de modo a permitir a majoração da pena.

Não se faz necessário repisar aqui todo o material probatório já abordado, é mister somente destacar que a narrativa apresentada pelos agentes policiais, fundada em extensa investigação e composta de diversas interceptações telefônicas, apontou o papel exercido pelos apelantes na prática do crime de tráfico de entorpecentes.

O apelante Márcio Mafra, em parte custeado por Cleberson e Ariana, mediante o uso de veículos fornecidos por Edson, contribuíam para que a droga apreendida em poder de Márcio Roberto Gomes fosse trazida do Estado do Mato Grosso do Sul para Santa Catarina.

Logo, comprovada a contribuição de cada um dos apelantes, é pacífica a posição desta Corte em reconhecer o aumento da pena previsto na Lei 11.343/2006:

> APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). AUTORIA E MATERIALIDADE PLENAMENTE DEMONSTRADAS. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. AUSÊNCIA DE QUALQUER EIVA À RECHAÇAR A VERACIDADE DO TEOR DECLARADO. DEPOIMENTOS ALIADOS AO CONJUNTO PROBATÓRIO QUE CONFIRMAM A OCORRÊNCIA DO TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DAS PENAS. APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. PENA QUE NÃO PODE FICAR ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 231 DO STJ. APLICAÇÃO DA CAUSA DE ESPECIAL DIMINUIÇÃO PREVISTA NO §4º, DO ARTIGO 33, DA LEI N.

> 11.343/06. REQUISITOS NÃO EVIDENCIADOS. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE IMPOSSIBILITAM A APLICAÇÃO DO REDUTOR. EXCLUSÃO DA CAUSA DE ESPECIAL AUMENTO PREVISTA NO ARTIGO 40, INCISO V, DA LEI DE TÓXICOS. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO INTERESTADUAL COMPROVADO. FRAÇÃO DE AUMENTO ADEQUADA DIANTE DA GRANDE QUANTIDADE DE COCAÍNA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS DO ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL NÃO PREENCHIDOS. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. DE OFÍCIO, FIXAR O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O SEMIABERTO. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS (Apelação Criminal 2012.011692-2, Quarta Câmara Criminal, Relª. Desª. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. 16.10.2012, v.u.).

3.2 Causa especial de diminuição da pena (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006)

Ariana, Cleberson, Márcio Mafra, Márcio Rodrigo Gomes e Edson pretendem a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, porquanto pretendem a aplicação à razão de 2/3, ou seja, no máximo legal.

O parágrafo quarto do referido dispositivo legal assim dita:

> § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Sobre o tema, Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini, Rogério Sanches Cunha e Willian Terra de Oliveira ensinam que:

> No delito de tráfico (art. 33, "caput") e nas formas equiparadas (§ 1º), as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o

> agente seja primário (não reincidente), de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (traficante, agindo de modo individual e ocasional). Os requisitos são subjetivos e cumulativos, isto é, faltando um deles inviável a benesse legal (Nova Lei de Drogas Comentada; Lei 11.343, de 23.8.2006, Revista dos Tribunais, 2006, p. 165).

Assim, como visto, para que se opere a redução em estudo, exige-se, cumulativamente, (1) primariedade do agente; (2) bons antecedentes; (3) não dedicação às atividades criminosas; nem (4) integrar organização criminosa.

As provas carreadas aos autos deixam evidente a dedicação dos recorrentes à atividade criminosa. A comunhão de esforços destinadas ao deslocamento da droga de um Estado para outro, a obtenção de recursos para a aquisição de grande quantidade de substâncias entorpecentes, a sua distribuição, o contato com revendedores e a obtenção de veículos e pessoas para fazerem o transporte do material ilícito, exercido em período significativo, superior a um mês, impedem o preenchimento do terceiro requisito pelos apelantes.

O fato de os apelantes, por vezes, exercerem atividades paralelas não pode servir para afastar o reconhecimento da dedicação à prática delituosa, sobretudo nos casos de Edson, Márcio Mafra e Cleberson, os quais, sob o manto das atividades lícitas exercidas, organizavam-se continuamente a fim de multiplicar seus ganhos por meio prática odiosa do crime de tráfico de entorpecentes.

Com isso, ao se extrair dos autos que os recorrentes não atendem o terceiro requisito do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, tem-se indiscutível a impossibilidade da concessão da benesse em exame.

Do corpo do acórdão de Apelação Criminal 2006.043259-7, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, extrai-se:

> [...] Como dedicação é a "qualidade de quem se dedica; abnegação, consagração, devotamento" (Dicionário Aurélio Eletrônico – Século XXI), e atividade criminosa, por sua vez, pode ser entendida como ocupação em conduta ligada diretamente ao crime, por conseqüência, dedicação à atividade criminosa é a ocupação do agente a ações que configuram infração penal.

Isaac Sabbá Guimarães comenta:

> [...] ao que parece, pretendeu o legislador evitar a concessão de diminuição de pena para quem adota modo de vida criminoso (Nova lei antidrogas comentada: crimes e regime processual penal. Curitiba: Juruá, 2006. p. 97).

Desse modo, a não aplicação da causa especial de diminuição da pena, amparada em farta prova, espelha posição pacífica nesta egrégia Corte de Justiça:

> AÇÃO PENAL NULIDADE. DENÚNCIA. INÉPCIA. PEÇA QUE CONTÉM TODOS OS REQUISITOS ENUMERADOS NO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DESCRIÇÃO DE FATOS QUE, EM TESE, CONFIGURAM OS CRIMES DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO.
>
> [...]
>
> CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. APLICAÇÃO. COMÉRCIO ILEGAL DE NARCÓTICOS QUE NÃO SE MOSTROU OCASIONAL OU EVENTUAL. RÉUS CONDENADOS, TAMBÉM, POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. INAPLICABILIDADE.
>
> Não há ensejo à aplicação da causa especial de diminuição de pena de que trata o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 quando o réu não preenche os requisitos legais. [...] (Apelação Criminal 2011.043764-1, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. Sérgio Paladino, j. 13.10.2011, v.u.)

Ademais, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, colhe-se:

> HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ELEVADA QUANTIDADE DE COCAÍNA. NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06.
>
> 1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. [...] 5. Ordem denegada (HC 194.454/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, j, 22.03.2011, v.u) (grifou-se).

Em relação ao apelante Márcio Rodrigo Gomes, embora ele tenha pleiteado a aplicação da causa especial de diminuição, sob o argumento de que fora réu confesso na ação, cabe destacar que a benesse da confissão fora devidamente considerada na segunda fase da dosimetria e não possui reflexo na terceira fase.

Destarte, nega-se provimento a mais este pedido.

4 Restituição de bens apreendidos

O apelante Edson pretende a restituição dos bens relacionados às fls. 58/59 com amparo no art. 120 do Código de Processo Penal, sobretudo em razão de o Togado sentenciante não se ter manifestado a respeito do trânsito em julgado para a acusação.

O membro do Ministério Público de segundo grau, nesse ponto, mostrou-se favorável, em parte, à pretensão recursal e opinou pela restituição do computador Totum/Intel Celerom, da motocicleta e da arma, estas últimas em razão da existência de decreto favorável à liberação de seus registros, sem recurso da acusação.

Contudo, não obstante os argumentos apresentados pela defesa e pelo Procurador de Justiça, em parecer exarado às fls. 1.510-1.574, tem-se inviável o acolhimento do pleito.

Constam do auto de apreensão de bens localizados na residência do apelante: uma motocicleta, acompanhada do respectivo certificado de registro de licenciamento; uma pistola Taurus PT 58 HC, calibre 380, também acompanhada de registro; duas munições calibre 380; um computador; e dois celulares.

Em relação aos celulares e às munições, o recorrente limitou-se a requerer sua devolução sem apresentar argumentação hábil para tanto, sobretudo porque reconhecidos na decisão condenatória como provenientes da prática do tráfico e não demonstrada sua origem lícita.

O computador citado enquadra-se na mesma situação, muito embora mencionado o interesse na recuperação dos registros pessoais, como fotos familiares. Não evidenciada sua origem lícita, inviável é sua devolução. Neste caso, contudo, não se reconhece óbice na extração dos registros pessoais, por meio de mídia digital.

Noutra ponta, no que tange à restituição da motocicleta e da pistola, ambas registradas em nome do apelante, reconhece-se que o Magistrado *a quo* foi omisso ao autorizar sua perda ou restituição, como destacou o pleito recursal.

Porém, a interpretação de que ocorrera o trânsito em julgado da questão não parece ser a mais correta. Não tendo o Magistrado se pronunciado sobre a devolução dos referidos bens, impossível, por consequência, reconhecer de imediato o direito à restituição.

Efetuada a apreensão dos bens acima listados, impunha-se ao apelante o cumprimento dos requisitos estampados no art. 60 da Lei 11.343/2006, que dita:

Art. 60. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ouvido o Ministério Público, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias relacionadas aos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos nesta Lei, ou que constituam proveito auferido com sua prática, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

§ 1º Decretadas quaisquer das medidas previstas neste artigo, o juiz facultará ao acusado que, no prazo de 5 (cinco) dias, apresente ou requeira a produção de provas acerca da origem lícita do produto, bem ou valor objeto da decisão.

§ 2º Provada a origem lícita do produto, bem ou valor, o juiz decidirá pela sua liberação.

§ 3º Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores.

§ 4º A ordem de apreensão ou seqüestro de bens, direitos ou valores poderá ser suspensa pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata possa comprometer as investigações.

§ 5º Excluídos os bens que se houver indicado para os fins previstos no § 4o deste artigo, o requerimento de alienação deverá conter a relação de todos os demais bens apreendidos, com a descrição e a especificação de cada um deles, e informações sobre quem os tem sob custódia e o local onde se encontram.

§ 6º Requerida a alienação dos bens, a respectiva petição será autuada em apartado, cujos autos terão tramitação autônoma em relação aos da ação penal principal.

§ 7º Autuado o requerimento de alienação, os autos serão conclusos ao juiz, que, verificada a presença de nexo de instrumentalidade entre o delito e os objetos utilizados para a sua prática e risco de perda de valor econômico pelo decurso do tempo, determinará a avaliação dos bens relacionados, cientificará a Senad e intimará a União, o Ministério Público e o interessado, este, se for o caso, por edital com prazo de 5 (cinco) dias.

> § 8º Feita a avaliação e dirimidas eventuais divergências sobre o respectivo laudo, o juiz, por sentença, homologará o valor atribuído aos bens e determinará sejam alienados em leilão.
>
> § 9º Realizado o leilão, permanecerá depositada em conta judicial a quantia apurada, até o final da ação penal respectiva, quando será transferida ao Funad, juntamente com os valores de que trata o § 3o deste artigo.
>
> § 10. Terão apenas efeito devolutivo os recursos interpostos contra as decisões proferidas no curso do procedimento previsto neste artigo.
>
> § 11. Quanto aos bens indicados na forma do § 4o deste artigo, recaindo a autorização sobre veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento, em favor da autoridade de polícia judiciária ou órgão aos quais tenha deferido o uso, ficando estes livres do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, até o trânsito em julgado da decisão que decretar o seu perdimento em favor da União.

Tratando-se de crime regido pela Lei 11.343/2006, impunha-se ao recorrente a demonstração da origem lícita dos bens, em conformidade com o disposto no artigo supracitado, o que não fez.

A existência de registro do bem em nome do apelante não afasta, por si só, o entendimento de que este é produto do crime. Lembre-se que o substrato probatório que autorizou a condenação do recorrente traz à baila elementos de convicção seguros de que ele adquiria e fornecia veículos utilizados para troca por entorpecentes ou seu transporte.

Acrescida aos elementos acima a não comprovação da aquisição do veículo com recursos lícitos, tem-se inviável a sua restituição.

Da mesma forma, impossível a restituição da arma. Não só por não ter sido comprovada a sua aquisição com recursos lícitos, em atenção aos

requisitos referidos, mas também por conta da aplicação do art. 180 do Código de Processo Penal e do art. 4º da Lei 10.826/2003.

Em razão da existência de interceptação telefônica em que consta a existência de negociação de arma entre o apelante e terceiro, apesar de inexistir condenação pela Lei de Armas, é certo que até o trânsito em julgado está presente o interesse previsto no art. 180 do Código de Processo Penal.

Como se não bastasse, mostra-se contraditória a liberação de arma de fogo ao agente que, com a confirmação da sentença, mediante o trânsito em julgado, deixa de preencher os requisitos necessários ao seu porte.

Estaria o Estado, na condição de garantidor da segurança da sociedade, dando armamento àquele que não atende mais as condições de porte da arma (art. 4º da Lei 10.826/2003).

Nesse sentido, rejeita-se esta pretensão, assegurando-se ao apelante o direito de extrair do computador apreendido os registros familiares.

5 Direito de recorrer em liberdade

O pedido recursal formulado por Jean Roberto Neves visa o reconhecimento do direito de recorrer em liberdade.

O Magistrado de primeiro grau, na sentença condenatória, vedou o benefício pretendido pelo apelante em razão de proibição contida na Lei 11.343/2006 e por conta da análise do art. 312 do Código de Processo Penal, uma vez que necessária para proteção da ordem pública. Complementou, ainda, que o apelante não comprovou o exercício de emprego fixo antes de sua prisão, encontrado-se sujeito aos mesmos estímulos que o levaram ao cometimento do crime de tráfico previamente.

Observe-se que a decisão atacada encontra-se devidamente fundamentada, externando de forma clara e precisa as razões que impediram a não concessão do direito de recorrer em liberdade.

Examinados os autos e o pleito apresentado pelo recorrente, constata-se a permanência dos mesmos elementos que permitiram a manutenção da sua segregação, com a agravante de penderam contra ele duas decisões confirmando sua participação no crime de tráfico de entorpecentes.

Acrescente-se que a operação policial que resultou na prisão do apelante logrou êxito em apreender mais de três quilos de cocaína, quantidade expressiva que demonstra o alto grau de comprometimento com a atividade ilícita. Consequentemente, imposta pena superior a cinco anos de reclusão ao apelante, por meio de decisão escorada em forte substrato probatório, não há, nem de longe, reconhecer injustiça na continuidade da prisão decretada.

A posição acima adotada encontra-se alinhada com o entendimento manifestado reiteradamente por esta Corte:

> HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - PLEITEADA REVOGAÇÃO DA DECISÃO QUE NEGOU AO PACIENTE O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - INDEFERIMENTO MOTIVADO - PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - DECISÕES ANTERIORES QUE NEGARAM A LIBERDADE PROVISÓRIA NÃO JUNTADAS - PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO MAGISTRADO - PACIENTE, ADEMAIS, QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE - PEDIDO DE ORDEM DENEGADO (Habeas Corpus 2012.073717-3, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 4.12.2012, v.u.).

> HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO PELO DELITO DE QUADRILHA ARMADA (ARTIGO 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL), COM O RECONHECIMENTO DA AGRA-

VANTE PREVISTA NO ARTIGO 62, I, DO CÓDIGO PENAL (RÉUS QUE ORGANIZAM A COOPERAÇÃO NO CRIME E DIRIGEM A ATIVIDADE DOS DEMAIS AGENTES). SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE NEGOU AOS PACIENTES O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE, MANTENDO A PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO QUE JUSTIFICOU A MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE QUE A SITUAÇÃO DE FATO E DE DIREITO QUE ENSEJOU A PRISÃO CAUTELAR DOS PACIENTES SE ALTEROU. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA QUE ALICERÇA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. PENDÊNCIA DE RECURSO CONTRA A CONDENAÇÃO QUE NÃO FAZ DESAPARECER OS REQUISITOS DA PRISÃO PROCESSUAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. 1. A manutenção da custódia cautelar do paciente não fere o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LXI, CF/88), pois devidamente contemplados, no caso em tela, os pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal. 2. Não há constrangimento ilegal na sentença penal condenatória que nega aos pacientes o direito de recorrer em liberdade se permaneceram eles reclusos durante todo o curso da ação penal e não se verificou modificação da situação de fato e de direito de maneira a impor a liberdade dos agentes. (Habeas Corpus 2012.077747-6, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato , j. 18.12.2012, v.u.).

Assim, nega-se provimento ao pleito.

Este é o voto.

Apelação Criminal n. 2011.032626-9, de Descanso

Relator: Des. Newton Varella Júnior

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. TENTATIVA DE ESTUPRO (ARTIGO 213 C/C ARTIGO 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). RÉU SEMI-IMPUTÁVEL. IMPOSIÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA CONSUBSTANCIADA EM INTERNAÇÃO EM HOSPITAL DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO. INSURGÊNCIA DA DEFESA.

PRETENDIDA MINORAÇÃO DA REPRIMENDA. VIABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS RELATIVAS À CONDUTA SOCIAL E À PERSONALIDADE CONSIDERADAS NEGATIVAS SOB FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 444 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

PRETENDIDA ALTERAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO PARA TRATAMENTO AMBULATORIAL. ACOLHIMENTO. RECOMENDAÇÃO DO LAUDO PERICIAL E PERICULOSIDADE SOCIAL ATUAL DO ACUSADO NÃO CONSTATADA. CRITÉRIOS A SEREM CONSIDERADOS PARA A DETERMINAÇÃO DA ESPÉCIE DA MEDIDA DE SEGURANÇA, INDEPENDENTEMENTE DA NATUREZA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMINADA AO CRIME. ORIENTAÇÃO DAS CORTES SUPERIORES.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2011.032626-9, da comarca de Descanso (Vara Única), em que é apelante F. C. R., e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para fixar a reprimenda em 04 (quatro) anos de reclusão, bem como para alterar a medida de segurança de internação para a de tratamento ambulatorial (art. 96, II, do CP), mantido o prazo mínimo de 01 (um) ano. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Paulo Roberto Sartorato, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. José Everaldo Silva. Funcionou pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Gilberto Callado de Oliveira.

Florianópolis, 14 de maio de 2013.

Newton Varella Júnior

Relator

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público oficiante na Vara Criminal da Comarca de Descanso ofereceu denúncia contra F.C.R., como incurso nas sanções do artigo 213 c/c artigo 14, II, ambos do Código Penal, pelos seguintes fatos descritos na proemial acusatória:

> Consta no incluso Inquérito Policial que na tarde de 07/08/2007, por volta das 14 horas, o acusado F.C.R. dirigiu-se até a residência de M.A.D.S., localizada na Rua (...), em Belmonte.

> No local, começou a brincar com as filhas da proprietária da casa, a menor com 2 anos e a vítima L.S.O. de apenas 3 anos de idade.
>
> Ato contínuo, F. pegou a vítima e a levou até o banheiro da residência e após tirar sua roupa, despiu a menor e tentou praticar conjunção carnal com a infante, sentando-a sobre o seu colo.
>
> Em decorrência dos gritos da vítima dizendo "para F., para F.", M. dirigiu-se até o banheiro e retirou a criança do colo do acusado, não havendo assim a consumação do ato. (fls. 02-03).

Concluída a instrução criminal, a denúncia foi julgada procedente, para condenar o acusado à pena de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, por infração ao artigo 213, c/c artigo 14, II, um e outro do Código Penal.

Cuidando-se de agente semi-imputável, nos termos do artigo 26 do Código Penal, o Sentenciante substituiu a pena privativa de liberdade por medida de segurança de internação, no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, pelo prazo mínimo de 01 (um) ano, conforme estabelece o artigo 98 do Estatuto Repressivo.

Irresignado com o *decisum*, o réu interpôs apelação criminal, na qual sustenta, em síntese, que não há provas nos autos que justifiquem a aplicação da pena acima do mínimo legal, bem como a necessidade de aplicação da medida de segurança na modalidade de tratamento ambulatorial (artigo 96, II, do Código Penal).

Contra-razões ofertadas (fls. 176-178), ascenderam os autos a esta Superior Instância, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio da Exma. Sra. Dra. Heloísa Crescenti Abdalla Freire, pelo conhecimento e não provimento do inconformismo aforado (fls. 190-193).

VOTO

O recurso deve ser conhecido, por ser próprio e tempestivo, bem como por preencher os demais pressupostos para sua admissibilidade.

Inexistindo questões preliminares a apreciar, bem como incontroversa a materialidade e autoria delitiva, passa-se diretamente à análise do pleito defensivo.

Inicialmente, insurge-se o apelante contra a sentença que o condenou à pena privativa de liberdade de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, alegando que não há provas nos autos que justifiquem a fixação da pena acima do mínimo legal.

Permissa venia, razão lhe assiste.

Analisando o édito condenatório, verifica-se que o Magistrado a quo na primeira fase de aplicação da pena, reputou 02 (duas) circunstâncias judiciais desfavoráveis, quais sejam, a personalidade e a conduta social do réu, pelo que aumentou a pena-base em 01 (um) ano (06 meses para cada circunstância desfavorável), estabelecendo-a em 07 (sete) anos de reclusão. Colhe-se r. *decisum*:

> (...) Na primeira fase da dosimetria (art. 59 CP), observo que a culpabilidade do réu, aqui entendida como o grau de reprovabilidade à sua conduta, apresenta especialidades. Há elementos relevantes acerca da personalidade e da conduta social do réu que justifiquem um aumento da pena-base, uma vez que há notícias nos autos (fls. 18-20 e 41-42) de que o réu já havia tentado praticar por duas vezes atos sexuais com crianças menores de cinco anos, quando ainda não havia alcançado a maioridade penal, e, ainda, agredido policial (fls. 54-62). O auto grau de periculosidade do réu não permite que sua pena-base seja fixada no mínimo legal.
>
> Fixo, portanto, a pena-base, em 7 (sete) anos de reclusão. (fls. 153).

Com relação à conduta social, explica Guilherme de Souza Nucci:

> Conceito de conduta social: é o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança, dentre outros, motivo pelo qual além de simplesmente considerar o fator conduta social preferimos incluir a expressão inserção social. Não somente a conduta antecedente do agente em seus vários setores de relacionamento, mas sobretudo o ambiente no qual está inserido são capazes de determinar a justa medida da reprovação que seu ato criminoso possa merecer. O magistrado precisa conhecer a pessoa que estará julgando, a fim de saber se merece uma reprimenda maior ou menor, daí por que a importância das perguntas que devem ser dirigidas ao acusado, no interrogatório, e às testemunhas, durante a instrução. Um péssimo pai e marido violento, em caso de condenação por lesões corporais graves, merece pena superior à mínima, por exemplo. (...) (*in* Individualização da Pena - 4ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011, p. 164/165).

O doutrinador Ricardo Augusto Schmitt complementa:

> Trata-se do comportamento do agente no seio social, familiar e profissional, sem confundir com os antecedentes e a reincidência, os quais são reservados para fatos ilícitos (criminosos). A conduta social tem caráter comportamental, revelando-se pelo relacionamento do acusado no meio em que vive, perante a comunidade, a família e os colegas de trabalho. Devem ser valorados o relacionamento familiar, a integração comunitária e a responsabilidade funcional do agente. Serve para aferir sua relação de afetividade com os membros da família, o grau de importância na estrutura familiar, o conceito existente perante as pessoas que residem em sua rua, em seu bairro, o relacionamento pessoal com a vizinhança, a vocação existente para o trabalho, para o ociosidade e pata a execução de tarefas laborais. (*in* Sentença Penal Condenatória Teoria e Prática - 7ª ed. rev., atual. e ampl. - Bahia : Editora JusPodivm, 2012, pág. 130/131)

Vê-se, então, que os documentos acostados às fls. 18-20, 41-42 e 54-62 não têm condão de formar um juízo negativo acerca do comportamento do apelante. Isso porque, atualmente a doutrina e a jurisprudência não admitem a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base, exigindo-se sentença condenatória com trânsito

em julgado, sob pena de violação ao princípio constitucional da presunção de inocência (Súmula n. 444 do Superior Tribunal de Justiça).

Sobre o assunto, Ricardo Augusto Schmitt destaca:

> Conforme frisamos, difere-se dos antecedentes e da reincidência, pois estes estão ligados à prática de um delito que mereceu sanção definitiva do Estado. *A conduta social não se refere a fatos criminosos, mas tão somente ao comportamento da pessoa no mundo exterior que habita. Mera suposição de envolvimento criminal não deve desabonar a conduta social do agente, uma vez que por vias inversas estaremos ferindo o disposto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal*. (obra citada, pág. 131). (grifei).

Logo, imperiosa a exclusão da majoração da pena-base em razão da conduta social do réu negativamente considerada.

Igualmente, convém afastar a majoração em razão da personalidade, porquanto, "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 (Apelação Criminal n. 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. (Apelação Criminal n. 2011.070151-5, de Modelo, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 29.2.2012).

Diante disso, inexistente qualquer circunstância judicial negativa, a pena-base deve ser fixada no patamar mínimo previsto em abstrato, ou seja, em 06 (seis) anos de reclusão.

Na segunda fase, presentes a circunstância legal agravante prevista no artigo 61, II, "h", do Código Penal (delito praticado contra criança) e a atenuante prevista no artigo 65, I, do mesmo diploma legal, entendeu por bem o Magistrado a quo realizar a compensação de ambas, de modo a manter a pena no patamar anteriormente fixado.

Sob esse prisma, fixo a pena em 06 (seis) anos de reclusão.

Na última etapa, presente a causa de diminuição da tentativa (artigo 14, II, do Código Penal), a pena deve ser minorada à razão de 1/3, atingindo, ao final, 04 (quatro) anos de reclusão.

Outrossim, a pretendida alteração da medida de segurança de internação para tratamento ambulatorial, igualmente, merece acolhida.

Com efeito, diz o Código Penal:

> Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

Assim, por uma interpretação literal deste dispostivo, ter-se-ia como obrigatória a aplicação da medida de segurança de internação quando for de reclusão a pena cominada ao crime atribuído ao inimputável.

E a despeito de a jurisprudência desta Corte estadual inclinar-se nesse sentido, tem-se que parte da doutrina vem firmando entendimento de que, para a determinação da espécie da medida de segurança no caso concreto, não deve ser levado em conta a natureza da pena privativa de liberdade cominada ao delito (reclusão ou detenção), e sim o grau de periculosidade do inimputável e, principalmente, a recomendação do laudo pericial.

Acerca do tema, Guilherme de Souza Nucci destaca que, "diz a lei ser obrigatória a internação do inimputável que pratica os fatos típicos e antijurídicos punidos com reclusão. Entretanto, esse preceito é nitidamente injusto, pois padroniza a aplicação da sanção penal e não resolve o drama

de muitos doentes mentais que poderiam ter suas internações evitadas" (in Código Penal comentado. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 533).

Nesse mesmo sentido, as lições de Celso Delmanto et alii (in Código Penal comentado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 183-365), Rogério Greco (in Código Penal comentado. 6. ed. Rio de Janeiro, 2012. p. 233) e Alberto Silva Franco, Rui Stoco et alii (in Código Penal e sua interpretação. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 485).

A jurisprudência das Cortes Superiores também vem seguindo essa linha, valendo citar o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

> AÇÃO PENAL. Execução. Condenação a pena de reclusão, em regime aberto. Semi-imputabilidade. Medida de segurança. Internação. Alteração para tratamento ambulatorial. Possibilidade. Recomendação do laudo médico. Inteligência do art. 26, *caput* e § 1º do Código Penal. Necessidade de consideração do propósito terapêutico da medida no contexto da reforma psiquiátrica. Ordem concedida. Em casos excepcionais, admite-se a substituição da internação por medida de tratamento ambulatorial quando a pena estabelecida para o tipo é a reclusão, notadamente quando manifesta a desnecessidade da internação (HC n. 85.401 / RS. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgado em 4.12.2009).

Não diferente é o que assenta o Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ARTS 26 E 97 DO CP. AGENTE INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO. CONVERSÃO PARA TRATAMENTO AMBULATORIAL. RECOMENDAÇÃO DO LAUDO MÉDICO. POSSIBILIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. STF. 1. Na fixação da medida de segurança - por não se vincular à gravidade do delito perpetrado, mas à periculosidade do agente -, cabível ao magistrado a opção por tratamento mais apropriado ao inimputável, independentemente de o fato ser punível com reclusão ou detenção, em homenagem aos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 26 e 97 do CP) (REsp n. 1.266.225 / PI. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Julgado em 16.8.2012).

Ou ainda:

> PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. OCORRÊNCIA. MEDIDA DE SEGURANÇA. CRIME APENADO COM RECLUSÃO. TRATAMENTO AMBULATORIAL. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Este Superior Tribunal de Justiça entende que o artigo 97 do Código Penal não deve ser aplicado de forma isolada, devendo se analisar também qual é a medida de segurança que melhor se ajusta à natureza do tratamento de que necessita o inimputável (AgRg no REsp n. 998.128 / MG. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 5.4.2011).

No mesmo sentido, a Terceira Câmara Criminal desta Corte já decidiu:

> APELAÇÃO CRIMINAL. RÉU INIMPUTÁVEL. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO. ALMEJADA ALTERAÇÃO PARA TRATAMENTO AMBULATORIAL. POSSIBILIDADE. RECOMENDAÇÃO EXPRESSA NO LAUDO PERICIAL. "É de se admitir, excepcionalmente, a imposição de tratamento ambulatorial a agentes inimputáveis que tenham praticado crimes apenados com reclusão desprovidos de maior gravidade, ante à existência de parecer médico oficial favorável à medida de segurança meramente restritiva, em detrimento da internação" (RT 814/609) (Apelação Criminal n. 2009.007450-7. Relator: Des. Alexandre d'Ivanenko. Julgada em 31.3.2009).

E da lavra deste Relator, cita-se:

> APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE PESSOAS (ART. 157, § 2º, II, CP). RÉU INIMPUTÁVEL (ART. 26, *CAPUT*, CP). ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA. MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO APLICADA (ART. 97, *CAPUT*, CP). INSURGÊNCIA DA DEFESA. PRETENDIDA ALTERAÇÃO PARA TRATAMENTO AMBULATORIAL. ACOLHIMENTO. RECOMENDAÇÃO DO LAUDO PERICIAL E PERICULOSIDADE SOCIAL ATUAL DO ACUSADO NÃO CONSTATADA. (...) ORIENTAÇÃO DAS CORTES SUPERIO-

> RES (STF E STJ). RECURSO PROVIDO. (Apelação Criminal n. 2010.087398-5, de Biguaçu, j. 25-09-2012).

E esse entendimento, de fato, é que mais está em consonância com a função precípua das medidas de segurança, sanção penal de caráter eminentemente terapêutico, não se mostrando salutar a interpretação meramente literal da norma prevista no art. 97, *caput*, do Código Penal.

No presente caso, está claro que o tratamento ambulatorial vem a ser a medida de segurança mais adequada ao recorrente.

A propósito, extrai-se do Laudo de Sanidade Mental acostado às fls. 118-121:

> (...) Respostas aos quesitos
>
> 12) O periciado, por perturbação da saúde mental, não possuía, ao tempo da infração, plena capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento?
>
> R – NÃO POSSUÍA.
>
> 13) Há necessidade de tratamento?
>
> R – SIM.
>
> 14) Qual a espécie de tratamento?
>
> R – ACOMPANHAMENTO PSICO-PEDAGÓGICO EM REGIME AMBULATORIAL.
>
> 15) Qual o prognóstico?
>
> R – É BOM SE MANTIVER O APOIO FAMILIAR.
>
> 16) Pode ser considerado perigoso o periciado, porque a sua personalidade e antecedentes, bem como os motivos e circunstâncias do crime autorizam a suposição de que venha ou torne a delinquir?
>
> R – A PERICULOSIDADE, NESSE CASO, É PRESUMIDA.
>
> (...)

> a) O reeducando sofre de doença mental ou perturbação da saúde mental?
>
> R – SIM.
>
> b) Em caso positivo, a doença retirou do reeducando a capacidade para submeter-se às obrigações da pena privativa de liberdade ou de multa?
>
> R – SIM.
>
> c) É necessária a transferência do apenado a hospital de tratamento psiquiátrico e custódia ou a conversão da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos?
>
> R – NÃO HÁ INDICAÇÃO DE INTERNAÇÃO NO HOSPITAL DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO, PODENDO MANTER ACOMPANHAMENTO PSICO-PEDAGÓGICO EM NÍVEL AMBULATORIAL.
>
> d) Na hipótese de ser constatada a ocorrência de doença mental, esta sobreveio ao início do cumprimento da pena?
>
> R – NÃO.

Percebe-se que o referido Laudo nada atestou acerca da periculosidade de F.C.R. e não concluiu que ele represente uma ameaça concreta à coletividade, ou que seu distúrbio mental aumente a probabilidade de reiteração criminosa. Salienta-se que, em nenhum momento, houve a indicação da necessidade de tratamento em regime de internação.

Sabe-se que a medida de segurança deve atingir dois objetivos principais, quais sejam: a segurança social e a obtenção da cura ou minimização dos efeitos da doença mental.

No caso em comento, não há qualquer indício de que o apelante seja pessoa violenta ou que faça presumir a sua periculosidade, o que possibilita que seu tratamento seja ambulatorial, permitindo-lhe a convivência em sociedade, principalmente no meio familiar.

Por todas estas razões, isto é, diante da expressa recomendação do Laudo Pericial e da atual ausência de periculosidade social do recorrente, é de ser acolhida a pretensão recursal.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento do recurso e pelo seu provimento para fixar a reprimenda em 04 (quatro) anos de reclusão, bem como para alterar a medida de segurança de internação para a de tratamento ambulatorial (artigo 96, II, do Código Penal), mantido o prazo mínimo de 01 (um) ano.

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

Apelação Criminal n. 2011.006391-0, de Jaraguá do Sul

Relator: Desembargador Ricardo Roesler

APELAÇÕES CRIMINAIS. CONCURSO DE CRIMES (CONTRAVENÇÃO DE JOGO DE AZAR, CRIME CONTRA A ECONOMIA POPULAR – ESTELIONATO COLETIVO, CORRUPÇÃO ATIVA, CORRUPÇÃO PASSIVA, PREVARICAÇÃO, FALSIDADE IDEOLÓGICA, VIOLAÇÃO DE SIGILO PROFISSIONAL, ADVOCACIA ADMINISTRATIVA E FORMAÇÃO DE QUADRILHA).

PRELIMINARES. INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO. ADMISSIBILIDADE DE RENOVAÇÃO DO PRAZO DE INVESTIGAÇÃO, JUSTIFICADA PELA COMPLEXIDADE DOS FATOS.

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. COMPLEXIDADE INVESTIGATÓRIA. LEGITIMIDADE. TESTEMUNHO DANDO CONTA DE INDÍCIO DA PRÁTICA DE ILÍCITOS LIGADOS A ATIVIDADE DE JOGOS DE AZAR (CONTRAVENÇÃO, VIDEOLOTERIA E FORMAÇÃO DE QUADRILHA). PROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PRORROGAÇÃO.

POSSIBILIDADE (STF, HC 106.129/MS, REL. MIN. DIAS TOFFOLI). PEDIDOS DEVIDAMENTE JUSTIFICADOS, E FUNDAMENTADAMENTE AUTORIZADOS. PROVA ORQUESTRADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, COM O AUXÍLIO DE SERVIDORES. LEGITIMIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE EVENTUAL VÍCIO. TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DOS ÁUDIOS. DESNECESSIDADE (STF, INQ 2.424/RJ, REL. MIN. CEZAR PELUSO). PERÍCIA. DISPENSA LEGAL. AUSÊNCIA DE QUALQUER INDÍCIO DE NECESSIDADE.

BUSCA E APREENSÃO. PROVA DERIVADA DAS INTERCEPTAÇÕES. LEGITIMIDADE. PERÍCIA DOS BENS APREENDIDOS. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO CONTRADITÓRIO. PROVA NÃO CONTESTADA PONTUALMENTE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO. LEVANTAMENTO DE LAUDOS SEM TESTEMUNHAS PRESENCIAIS. DILIGÊNCIAS AMPARADAS POR AMPLA INVESTIGAÇÃO. PRESCINDIBILIDADE NA HIPÓTESE, DADA A AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO OU MANIPULAÇÃO DA PROVA (STJ, HC 143.499/SP, REL. MIN. JORGE MUSSI).

INTERROGATÓRIO. RECUSA DO PEDIDO DE NÃO COMPARECIMENTO. DEDUÇÃO DE OFENSA AO DIREITO DE DEFESA. IMPERTINÊNCIA. NOMEAÇÃO DE PROCURADOR COMUM A PARTE DOS ACUSADOS PARA A SOLENIDADE. DEDUÇÃO DE PREJUÍZO EM FACE DO CONFLITO DE INTERESSE. IMPROPRIEDADE. FALTA DE PROVA DE CHOQUE DE INTERESSES.

INTIMAÇÃO TARDIA PARA COMPARECIMENTO. PREJUÍZO À DEFESA NÃO DEMONSTRADO.

INÉPCIA DA INICIAL. DENÚNCIA QUE PONTUA DIVERSAS CONDUTAS, APONTANDO A ESTRUTURA E DINÂMICA DE TODOS OS ACUSADOS. DEFESAS, ADEMAIS, QUE EXPLORAM EM TODA A EXTENSÃO OS FATOS DESCRITOS. IMPROPRIEDADE.

PROCEDIMENTO. DEDUÇÃO DE NULIDADE POR FALTA DE OBSERVAÇÃO À LITURGIA PRÓPRIA DO PROCESSAMENTO DE AGENTES PÚBLICOS (DISPENSA DA DEFESA PRELIMINAR). AUSÊNCIA DE PROVA DE PREJUÍZO. IRRELEVÂNCIA (STJ, RHC 31.752/MT, REL. MIN. MARCO AURÉLIO BELLIZZE). DENÚNCIA, NO MAIS, QUE DISPUTA A PRÁTICA DE CRIMES FUNCIONAIS E NÃO FUNCIONAIS, DISPENSANDO A OBSERVAÇÃO DAQUELA PROVIDÊNCIA EXCEPCIONAL (STJ, HC 39.267/TO, REL. MIN. LAURITA VAZ). APLICAÇÃO, ALÉM DISSO, DO ENTENDIMENTO FIRMADO NA SÚMULA 330/STJ. DEDUÇÃO DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE APENSAMENTO DOS AUTOS DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AOS PRINCIPAIS. OBSERVAÇÃO DO SIGILO. IMPROPRIEDADE. DEDUÇÃO DE LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO DE DEFESA, FUNDADO NA IMPOSSIBILIDADE DE VISTA DOS AUTOS DE INTERCEPTAÇÃO PARA DEDUÇÃO DE RAZÕES FINAIS. AUTOS QUE FICARAM À DISPOSIÇÃO DOS ACUSADOS AO LONGO DE TODO O CURSO DO PROCESSO. IMPERTINÊNCIA.

PROVA. PEDIDO DE INUTILIZAÇÃO DAS INTERCEPTAÇÕES, EM FACE DO SIGILO DO CONTEÚDO.

IMPROPRIEDADE. PROCESSO EM CURSO. DEDUÇÃO DE NULIDADE DE PROVA JUNTADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, APÓS A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. VISTA POSTERIOR ÀS PARTES, INCLUSIVE PARA DEDUÇÃO DAS ALEGAÇÕES FINAIS. CARÊNCIA, ADEMAIS, DE INDICAÇÃO PRECISA DO PREJUÍZO.

INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO DEDUZIDA EM FACE DA PRÁTICA DE UMA DAS CONDUTAS QUE COMPÕE A DENÚNCIA (FALSIDADE IDEOLÓGICA). IMPERTINÊNCIA. PROCESSAMENTO A UM SÓ TEMPO DE TODAS AS CONDUTAS, PORQUE CORRELATAS OU CONEXAS. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PROMOTOR NATURAL. IMPROPRIEDADE. ATUAÇÃO DE MAIS DE UM ACUSADOR EM FACE DA NATURAL TRANSITORIEDADE DOS MEMBROS NA RESPECTIVA PROMOTORIA. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE (STJ, HC 93.832/BA, REL. MIN. FELIX FISCHER). QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. VIABILIDADE EM FACE DA PROVA REUNIDA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE PONTUAL FUNDAMENTAÇÃO. INDIFERENÇA (STF, HC 101.971/SP, REL. MIN. CÁRMEN LÚCIA). SENTENÇA. POSTULAÇÃO DE NULIDADE POR OMISSÃO NA ANÁLISE DE DETERMINADAS TESES. RELATIVIDADE. MATÉRIA, ADEMAIS, A QUE NÃO SE APONTA PREJUÍZO EFETIVO.

PREJUDICIAIS DE MÉRITO. DECADÊNCIA EM FACE DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA FORA DO PRAZO DE 15 (QUINZE) DIAS. IMPROPRIEDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, NA FORMA RETROATIVA, EM FACE DA PENA APLICADA AOS ACUSADOS VINÍ-

CIUS E ÉVERSON PELA PRÁTICA CONTRAVENCIONAL DE "JOGO DO BICHO". RECONHECIMENTO. PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 10 DA LEI N. 9.034/95. FIXAÇÃO OBRIGATÓRIA DO REGIME INICIAL FECHADO À QUADRILHA RECONHECIDA COMO ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. TEMÁTICA REITERADAMENTE DECIDIDA PELO STF EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO (HC 111.840/ES, REL. MIN. DIAS TOFFOLI). POSSIBLIDADE DE JULGAMENTO DIRETAMENTE PELO COLEGIADO, EM FACE DA SIMETRIA (STF, AI 607.616-AGR/RJ, REL. MIN JOAQUIM BARBOSA). INCONSTITUCIONALIDADE EVIDENCIADA.

MÉRITO. CONTRAVENÇÃO DE "JOGO DO BICHO". AUTORIA E MATERIALIDADE EVIDENCIADA. DEMONSTRAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE EMPREENDIMENTO PRÓPRIO PARA A EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADE, COM AUXÍLIO DE EMPRESAS AUXILIARES. ATIVIDADE DE VULTO, COM REFINADA ESTRUTURAÇÃO. CONFIGURAÇÃO DO TIPO. CONSTATAÇÃO DE OFÍCIO, CONTUDO, DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, NA FORMA RETROATIVA.

PRÁTICA DE JOGOS ILÍCITOS DE VIDEOLOTERIA (CRIME CONTRA A ECONOMIA POPULAR). MÁQUINAS "CAÇA-NÍQUEIS". PROVA, EM PERÍCIA, DE MANIPULAÇÃO DOS EQUIPAMENTOS, EVIDENCIADA NA OSCILAÇÃO DA "TAXA DE RETORNO" (POSSIBILIDADE DE PREMIAÇÃO). FRAUDE CARACTERIZADA. CAPITULAÇÃO DA CONDUTA NOS TERMOS DO ART. 2.º,

IX, DA LEI N.º 1.521/51. PROVA DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE. DEDUÇÃO DE ERRO DE PROIBIÇÃO, EM FACE DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE REGEU, POR CURTO ESPAÇO DE TEMPO, A ATIVIDADE DE JOGOS DE SORTEIO ELETRÔNICO. IMPROPRIEDADE. LEGISLAÇÃO CUJA INCONSTITUCIONALIDADE FOI DECLARADA PELO PRÓPRIO STF (ADI 2.996/SC, REL. MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE). CONDUTAS, ADEMAIS, AMBIENTADAS FORA DO PERÍODO EM QUE VIGERA AQUELA LEGISLAÇÃO. CONFIGURAÇÃO DA CONDUTA. PRESCRIÇÃO, CONTUDO, RECONHECIDA DE OFÍCIO.

CORRUPÇÃO PASSIVA E CORRUPÇÃO ATIVA. PROVA BASTANTE DA SOLICITAÇÃO E DO OFERECIMENTO DE PROPINA ÀS ACUSADAS – DELEGADA REGIONAL DE POLÍCIA E ESCRIVÃ DA POLÍCIA CIVIL – PARA OMITIREM-SE DE SEU DEVER FISCALIZATÓRIO, PERMITINDO A EXPLORAÇÃO DAS ATIVIDADES ILÍCITAS DE JOGOS. PREVARICAÇÃO E QUEBRA DE SIGILO FUNCIONAL. CRIMES QUE, NO CONTEXTO DOS AUTOS, FIGURAM UNICAMENTE COMO DESDOBRAMENTOS DA CORRUPÇÃO. APLICAÇÃO DE OFÍCIO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO (TJSC, AC 2010.002030-2, DE ITUPORANGA. REL. DES. ALEXANDRE D´IVANENKO).

FALSIDADE IDEOLÓGICA. ACUSAÇÃO FIRMADA EM SUPOSTA DECLARAÇÃO FALSA, NO CUMPRIMENTO DE DILIGÊNCIA DE BUSCA E APREENSÃO. CONDUTA DESTACADA DA PRÁTICA DE CORRUPÇÃO (CELSO DELMANTO, *CÓDIGO DE PENAL COMENTADO*).

DILIGÊNCIA EFETUADA PELA ACUSADA JUREMA E OUTROS POLICIAIS, QUE ATESTAM – UM DELES EM JUÍZO, INCLUSIVE – QUE O ATO FOI CUMPRIDO DE MODO ESCORREITO. AUSÊNCIA DE PROVA DO ILÍCITO.

ADVOCACIA ADMINISTRATIVA. ALEGAÇÃO, NA DENÚNCIA, DA UTILIZAÇÃO DA INFLUÊNCIA PARA TOMAR CONHECIMENTO DAS DILIGÊNCIAS EFETUADAS NA CIDADE DE JARAGUÁ E REGIÃO, PELO DEIC, COM O FIM DE EVITAR O EMBARAÇO DAS ATIVIDADES DE JOGATINA ILÍCITA. MATERIALIDADE E AUTORIA SOBEJAMENTE DEMONSTRADAS. OCORRÊNCIA, CONTUDO, DA PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO.

FORMAÇÃO DE QUADRILHA. CONTEXTO QUE EVIDENCIA, COM FARTA PROVA, A UNIÃO DOS RECORRENTES PARA A PRÁTICA DE ATIVIDADES ILÍCITAS. DEMONSTRAÇÃO, TAMBÉM, DE ESTRUTURA ORGANIZACIONAL COM CERTO REFINAMENTO NA DIVISÃO DE TAREFAS. ELEMENTOS SUFICIENTES PARA CARACTERIZAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, CONFORME ORIENTA A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL (HC 101.265/SP, REL. MIN. JOAQUIM BARBOSA).

DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. PENA-BASE. DIA-MULTA. READEQUAÇÃO.

EFEITOS EXTRAPENAIS DA CONDENAÇÃO. PERDA DE BENS E VALORES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

AUSÊNCIA DE PROVA DA ORIGEM LÍCITA. MANUTENÇÃO DO PERDIMENTO EM FACE DOS ENVOLVIDOS CONDENADOS, E DAQUELES CUJOS BENS FORAM APREENDIDOS NO EXERCÍCIO DE ATIVIDADES AUXILIARES À PRÁTICA DE JOGOS ILÍCITOS. PEDIDO FORMULADO POR ADVOGADO SEM REPRESENTAÇÃO, EM RELAÇÃO A UMA DAS DENUNCIADAS. NÃO-CONHECIMENTO.

PERDA DO CARGO. IMPOSIÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. INCOMPATIBILIDADE DAS ACUSADAS, AGENTES PÚBLICAS (DELEGADA DE POLÍCIA E ESCRIVÃ DE POLÍCIA), COM A DISCIPLINA DO REGIME PÚBLICO. PROPRIEDADE DA MEDIDA. EVENTUAL JUBILAÇÃO DA ACUSADA DILVA. IMPOSSIBILIDADE DE PROJEÇÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA PENAL SOBRE A APOSENTADORIA (STJ, RMS 31.980/ES, REL. MIN. OG FERNANDES).

PREQUESTIONAMENTO. INVOCAÇÃO RECORRENTE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS CUJA REGÊNCIA TEMÁTICA SE DÁ NO CAMPO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. IMPROPRIEDADE. OFENSA REFLEXA. PREQUESTIONAMENTO IMPERTINENTE E PROTELATÓRIO. CONHECIMENTO PARCIAL, E DESPROVIMENTO DOS PEDIDOS.

RECURSOS CONHECIDOS EM PARTE, E PARCIALMENTE PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2011.006391-0, da comarca de Jaraguá do Sul (Vara Criminal), em que

é apelante Jurema Wulf e outros, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, afastar as preliminares arguidas e, no mérito, conhecer em parte e dar parcial provimento aos recursos, nos termos do acórdão. Custas legais. Julgamento tomado após apreciação de questão de ordem (pedido de adiamento do julgamento), nos termos da fundamentação constante na ata de julgamento.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Volnei Celso Tomazini e Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer.

Florianópolis, 13 de março de 2013.

Ricardo Roesler

RELATOR E PRESIDENTE

RELATÓRIO

Os acusados foram denunciados pela prática associada de diversos delitos. Da sentença consta como relatório:

> "O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA representado pelo Promotor de Justiça em exercício nesta Vara, no uso das atribuições que lhes conferem o artigo 129, I, da Constituição Federal de 1988, e o artigo 25, inciso III, da Lei n. 8.635/93 (Lei Orgânica do Ministério Público), mediante denúncia baseada em Procedimento de Investigação Criminal nº 01/2008, Intercepção Telefônica nº 036.07.009087-0 e Busca e Apreensão nº 036.08.010314-1, nos termos do artigo 100, § 1º, do Código Penal e dos artigos 24 e 41, do Código de Processo Penal, promoveu AÇÃO PENAL contra JUREMA WULF, brasileira, natural de Massaranduba/SC, filha de Harry Wulf e Lona a Krueger Wulf, nascida em 16/06/1963, registrada no CPF sob o

nº 464.077.909-72, Delegada de Polícia, residente na Rua Adolfo Tries, 629, Bairro Vieiras, em Jaraguá do Sul/SC, como incursa nas sanções do artigo 325 combinado com o artigo 327, §2º (duas vezes); do artigo 319 combinado com o artigo 327, § 2º (duas vezes); no artigo 317, §1º combinado com o artigo 327, §2º (vinte e oito vezes); no artigo 321 combinado com o artigo 327, § 2º e no artigo 299, parágrafo único, todos do Código Penal; DILVA DOLZAN, brasileira, natural de Rio do Sul/SC, filha de Cervino Dolzan e Domingas Dolzan, nascida em 29/12/1956, com CPF – 511.706.479-87, escrivã da Polícia Civil, residente na Rua Sérgio Sabia, 181, apartamento 101, Residencial Dom Geovane – Bairro Ilha da Figueira – Jaraguá do Sul/SC, como incursa nas sanções dos artigos 319 (duas vezes), 325 (duas vezes), 317, § 1º (dezenove vezes) e 299, parágrafo único, combinado com o artigo 29, todos do Código Penal; ÉDIO NEI DOLZAN, brasileiro, natural de Rio do Sul/SC, filho de Dilva Dolzan, nascido em 09.04.1977, com CPF – 963.550.699-68, despachante, residente na Rua Arthur Hunter, 225, Bloco 2, Apto 208 – Bairro Amizade – Jaraguá do Sul/SC, como incurso nas sanções do artigo 317, § 1º (três vezes) combinado com o artigo 29, ambos do Código Penal; JOSÉ WODZINSKY, conhecido popularmente por 'ZECA' ou 'ZECA BICHEIRO', brasileiro, natural de Jaraguá do Sul/SC, filho de João Wodzinsky e Maria Nadroski Wodzinsky, nascido em 06/10/1942, inscrito no CPF sob o nº 030.831.109-44, residente na Rua João Dobrawa, 305, Tifa da Pólvora – Bairro Czerniewicz– Jaraguá do Sul/SC, como incurso nas sanções dos artigos 288; 333, parágrafo único (vinte e sete vezes), ambos do Código Penal; artigo 58, §1º, 'a' do Decreto-lei nº 6.259/44; artigo 2º, inciso IX, da Lei 1.521/51 (cinco vezes) e artigo 1º, incisos V e VII, da Lei nº 9.613/98 (cinco vezes); VINICIUS JOSÉ WODZINSKY, conhecido popularmente por 'VINI', brasileiro, natural de Corupá/SC, filho de José Wodzinsky e Rosinha Dias Wodzinsky, nascido em 09/03/1971, inscrito no CPF sob o nº 710.475.659-00, residente na Rua Expedicionário Gumercindo da Silva, 555, Apto 52, Edifício Carvalho – Bairro Centro – Jaraguá do Sul/SC, como incurso nas sanções dos artigos 288; 333, parágrafo único (vinte e sete vezes), ambos do Código Penal; artigo 58, §1º, 'a' do Decreto-lei nº 6.259/44, artigo 2º, inciso IX, da Lei nº 1.521/51 (cinco vezes) e artigo 1º, incisos V e VII, da Lei nº 9.613/98 (cinco vezes); EVERSON FERNANDO WODZINSKY, conhecido popularmente por 'EVE', brasileiro, natural de Corupá/SC, filho de José Wodzinsky e Rosinha Dias Wodzinsky, nascido em 08.03.1970, inscrito no CPF sob o nº 760.887.319-15,

residente na Rua Frederico Bartel, 972, Apto 703 – Ed. Royal Barg – Bairro Centro – Jaraguá do Sul/SC, como incurso nas sanções dos artigos 288; 333, parágrafo único (vinte e sete vezes), ambos do Código Penal; artigo 58, §1°, 'a' do Decreto-lei n° 6.259/44, artigo 2º, inciso IX, da Lei nº 1.521/51 (cinco vezes) e artigo 1º, incisos V e VII, da Lei n° 9.613/98 (cinco vezes); LÍDIO CEPPLI, brasileiro, natural de Corupá/SC, filho de João Ceppli e Maria Ceppli, nascido em 26/02/1959, inscrito no CPF sob o n° 351.172.739-15, residente na Rua Adolfo Augusto A. Ziemann, 226, Bairro Czerniewicz – Jaraguá do Sul/SC, como incurso nas sanções do artigos 288; 333, parágrafo único (sete vezes), ambos do Código Penal e artigo 58, §1°, "a" do Decreto-lei n° 6.259/44; SILVIO ANTONIO SUTIL DE OLIVEIRA, brasileiro, natural de Rio das Antas/SC, filho de Valdevina Fernandes de Oliveira, nascido em 03/12/1972, registrado no CPF n° 690.846.619-15, residente na Rua José Theodoro Ribeiro, 2793, Apto 201, Bairro Ilha da Figueira, em Jaraguá do Sul/SC, como incurso nas sanções do artigo 288 do Código Penal e artigo 2º, inciso IX, da Lei nº 1.521/51 (cinco vezes); RUBENS ALCARRIA JUNIOR, conhecido popularmente por 'RUBINHO', brasileiro, natural de Jaraguá do Sul/SC, filho de Rubens Alcarria e Leonice Maria da Silva Alcarria, nascido em 30.06.1979, registrado no CPF nº 026.760.279-05, residente na Rua Tifa Fruete, 214, Bairro Ilha da Figueira, em Jaraguá do Sul, como incurso nas sanções do artigo 288 do Código Penal e artigo 2º, inciso IX, da Lei nº 1.521/51 (cinco vezes); LUCIANI MARIA WODZINSKY, brasileira, solteira, filha de José Wodzinsky e Rosinha Dias Wodzinsky, nascida em 05.08.1981, registrada no CPF nº 036.021.789-35, residente na Rua João Dobrawa, 305, Bairro Centro, em Jaraguá do Sul, como incursa nas sanções do artigo 1º, incisos V e VII, da Lei nº 9.613/98 combinado com o artigo 29 do Código Penal; CLAUDIR ODÉLI, brasileiro, filho de Rosalia Formagari, nascido em 25.10.1956, registrado no CPF nº 563.845.569-87, residente na Rua Herman Schutz, 40, em Jaraguá do Sul, como incurso nas sanções do artigo 1º, incisos V e VII, da Lei nº 9.613/98 combinado com o artigo 29 do Código Penal; WALTER PINTER, brasileiro, filho de Conrado Pinter e Irmã Haering, nascido em 21.07.1954, registrado no CPF nº 219.037.869-91, residente na Rua Julio Pedri, 51, em Jaraguá do Sul, como incurso nas sanções do artigo 1º, incisos V e VII, da Lei nº 9.613/98 combinado com o artigo 29 do Código Penal; e, VALDECIR BALSANELLI, brasileiro, filho de João Balsanelli e Leonice Nicocelli Balsanelli, nascido em 03.02.1968, com CPF n° 593.890.369-68, residente na Rua Aleixo Dellagiustina,

100, em Jaraguá do Sul/SC, como incurso nas sanções do artigo 1º, incisos V e VII, da Lei n. 9.613/98, c/c artigo 29 do Código Penal; pela prática dos fatos delituosos assim descritos na peça acusatória:

> 'A partir do mês de outubro do ano de 2007, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina deu início às investigações destinadas a apurar os responsáveis pela exploração dos jogos ilícitos de apostas mediante as máquinas de videoloteria conhecidas por 'caça-níqueis' e também da loteria clandestina conhecida por jogo do bicho, modalidades de jogo disseminadas por todo o Município de Jaraguá do Sul e regiões circunvizinhas, além das persistentes notícias de que essas atividades ilícitas funcionavam com a complacência e a proteção da Polícia Civil.
>
> Apurou-se que a exploração da loteria do jogo do bicho e dos jogos de apostas com máquinas caça-níqueis em Jaraguá do Sul e região foi operada por uma organização criminosa, constituída por uma rede bem articulada, envolvendo pessoas que uniram esforços para a consecução do objetivo criminoso de auferir lucro com os jogos ilícitos, finalidade para a qual contaram com a efetiva participação de policiais civis, sobretudo das denunciadas DILVA DOLZAN, Escrivã lotada na Delegacia de Polícia da Comarca de Guaramirim/SC e JUREMA WULF, Delegada de Polícia da Comarca de Guaramirim/SC e Delegada Regional de Polícia.
>
> Estas duas denunciadas, mediante a percepção de vantagens financeiras indevidas, ficaram encarregadas de garantir a ausência de fiscalização policial; de anunciar previamente aos seus comparsas qualquer medida fiscalizadora que fosse programada por outros órgãos e até de assessorar, prestando orientações sobre as formas mais eficazes para dificultar eventuais diligências que fossem efetuadas pela Polícia Militar ou por outros órgãos que não compactuavam com a quadrilha/organização criminosa.
>
> *1.1.Estrutura Hierárquico-Piramidal*

As organizações criminosas tradicionais revelam estrutura hierárquico-piramidal (chefe, sub-chefes, gerentes e cambistas/apontadores), com no mínimo 3 níveis;

1.1.1.Chefe: Nesta posição encontrava-se o patriarca da família, JOSÉ WODZINSKY. Coordenava a atuação de toda a organização criminosa, sendo que a Banca Zé-K situa-se dentro do pátio de sua própria residência. É ele também que possui o maior poder aquisitivo e bens móveis e imóveis, por óbvio, resultante da divisão dos lucros auferidos;

1.1.2.Sub-Chefes: Em posição hierárquica logo abaixo de seu pai, estão os denunciados EVERSON FERNANDO WODZINSKY e VINÍCIUS WODZINSKY. Eles também detêm poder de mando, embora limitado ao permissivo pelo chefe, contando com certa liberdade na conformidade dos parâmetros estabelecidos. São eles os principais responsáveis pelo outro braço da organização criminosa, a exploração de máquinas caça-níqueis;

1.1.3. Gerentes: Nesta posição situa-se o denunciado LÍDIO CEPPLI, sendo o responsável pela organização da banca de apostas (jogo-do-bicho) e também pelo contato direto com as agentes públicas que foram cooptadas pela organização para possibilitar sua livre atuação. Contudo, no que tange à exploração de máquinas caça-níqueis, a responsabilidade pela montagem, manutenção das máquinas, coleta das apostas e pagamentos dos prêmios era incumbência dos denunciados SILVIO ANTONIO SUTIL DE OLIVEIRA e RUBENS ALCARRIA FILHO.

1.1.4. Cambistas/Apontadores: Responsáveis pelas apostas diretas com a população em geral, assim como pelo transporte dos valores até a Banca ZÉ-K (utilizando-se de motocicletas), para apuração de eventuais valores a serem pagos a título de prêmio (jogo-do-bicho). No que concerne às máquinas caça-níqueis, são os proprietários dos bares em que as máquinas são instaladas.

1.1.5. 'Laranjas': Pessoas que se sujeitam a emprestar o seu nome para o registro de bens ou valores da organização criminosa,

posição ocupada por LUCIANI MARIA WODZINSKY, VALDECIR BALSANELLI, WALTER PINTER e CLAUDIR ODELI, em cujos nomes foram registrados diversos imóveis e veículos (motocicletas) e/ou que cediam suas contas bancárias para a movimentação financeira da organização criminosa. Aqui também está posicionada a empresa Vinex Moto Express Serv. Ltda ME, constituída licitamente e de modo dissimulado para amparar e dar sustentáculo à organização criminosa, pois cede seus bens para a prática dos ilícitos penais.

1.2.Divisão direcionada de tarefas

A divisão direcionada de tarefas costuma ser estabelecida segundo as especialidades, e subdividida em estrutura modular. No caso em tela, os apontadores/cambistas faziam as apostas e levavam-nas até a banca, no local eram conferidos os ganhadores e separados os prêmios a serem pagos. Após, os lucros são divididos entre o chefe e os sub-chefes, sendo que os demais integrantes recebem um valor previamente fixado, sendo que nos caça-níqueis o estratagema é o mesmo.

1.3. Membros restritos

A restrição dos membros que venham a integrar o grupo criminoso nos cargos mais elevados é praticamente condição de sua sobrevivência e manutenção. No caso em tela, os principais membros eram o pai e os dois filhos, ou seja, ocupavam eles os principais cargos, amparados por um ou dois funcionários da máxima confiança.

1.4. Orientação para a obtenção de dinheiro e de poder

É a característica mais marcante e comum às organizaçõe criminosas, e a aqui indicada não foge à regra, como adiante se revelará mais claramente, e cuja conseqüência torna-se facilmente evidenciada: A lavagem do dinheiro.

1.5.Domínio Territorial

A ora denunciada Organização Criminosa, para ser bem estabelecida, isso é, para ter bases mais sólidas, necessita manter

um domínio territorial considerado o seu Q.G. – que se situa especialmente na cidade de Jaraguá do Sul, embora com tentáculos nos municípios da região, mediante a exploração do jogo do bicho e máquinas caça-níqueis.

1.6. Mescla de atividades lícitas com atividades ilícitas

Esta fórmula torna-se essencial para o sucesso das atividades criminosas principalmente considerando a necessidade da Organização de lavar/ocultar o dinheiro sujo. Dentre as várias técnicas utilizadas, uma das mais usuais é a mistura de recursos de origem lícita – da atividade lícita, com os recursos das atividades ilícitas, denominado 'mescla'. Da mesma forma, característica marcante para a mescla é a utilização de empresas, legalmente constituídas, mas em grande parte fictícias ou de fachada.

2. Criação de empresas e utilização de 'Laranjas':

Dentre as várias empresas existentes no nome dos denunciados, cumpre destacar duas: a) Wodzinsky Adm. de Bens Ltda – CNPJ 02.834.610/0001-16; b) Vinex Moto Express Serv. Ltda ME – CNPJ 09.094.620/0001-01, cujo objetivo é desvirtuar a origem ilícita do patrimônio (Wodzinsky Administradora de Bens Ltda.), e a própria atuação da atividade (Vinex Moto Express Serv. Ltda ME).

3.Dos ilícitos penais

3.1. Contravenção do Jogo do Bicho

A loteria do jogo do bicho funciona com uma ou mais centrais de captação dos jogos, denominadas 'Bancas'. Os proprietários dessas bancas são denominados de 'Bicheiros'. Também nestas bancas são feitas as ditas apurações, que consistem na verificação dos bilhetes com as apostas e a contabilização do valor total recolhido dessas apostas, para posterior pagamento dos prêmios aos apostadores que acertam os números sorteados.

As apostas, por sua vez, são descentralizadas em centenas de pontos espalhados por toda a cidade e regiões circunvizinhas, onde são efetuadas pelos prepostos, conhecidos por 'apontadores'

ou 'cambistas', que em regra são os proprietários de bares, lanchonetes e outros estabelecimentos comerciais com bom fluxo de pessoas, ou mesmo em bancas especialmente destinadas a essa finalidade. Esses cambistas, mediante a remuneração por comissão, registram as apostas dos jogadores em blocos especialmente destinados a essa finalidade, recebendo o dinheiro e o repassando aos banqueiros.

Diariamente, momentos antes dos horários das extrações, os bilhetes e o dinheiro das apostas são recolhidos por funcionários das bancas, em regra motociclistas, que rapidamente se encarregam de transportar as apostas e o dinheiro até as bancas centralizadoras do jogo para a realização das apurações às 14h00min e às 18h00min.

O 'Banqueiro', chefe maior dessa organização criminosa é o denunciado JOSÉ WODZINSKY, muito conhecido na região por 'ZECA' ou 'ZECA BICHEIRO', proprietário da banca de jogo do bicho cuja denominação inclusive leva o seu pseudônimo (ZE-K).

A banca 'ZE-K' efetua as apurações do jogo do bicho nos seguintes endereços:

- Rua Tereza Marlli Floriano, 90, no fim da via – Rua João Doubrawa, Tifa da Pólvora, Bairro Czerniewicz, em Jaraguá do Sul/SC (residência de José Wodzinsky) e - Rua Alwin Koch, Bairro Nereu Ramos, 100 metros após o nº 1183, em Jaraguá do Sul/SC (sítio de José Wodzinsky).

Embora mantenha o poder de comando sobre as ações da banca 'ZE-K', o denunciado JOSÉ WODZINSKY delegou boa parte da administração do jogo do bicho aos seus dois filhos: os denunciados VINICIUS JOSÉ WODZINSKY, conhecido por 'VINI' e o denunciado EVERSON FERNANDO WODZINSKY, conhecido por 'EVE'.

Nessa atividade, além dos diversos motociclistas que efetuam o recolhimento das apostas, a quadrilha/organização criminosa conta com a colaboração de um funcionário de confiança,

o denunciado LÍDIO CEPPLI, o qual, sob as ordens dos denunciados JOSÉ WODZINSKY, VINICIUS JOSÉ WODZINSKY e EVERSON FERNANDO WODZINSKY, a eles vinculado pelos mesmos propósitos criminosos, encarrega-se de atividades operacionais diversas para a execução do jogo do bicho da banca 'Zé-K'.

Durante o período de outubro de 2007 a outubro de 2008, o denunciado LÍDIO CEPPLI gerencia a Banca ZÉ-K, pois também cuida da movimentação operacional e financeira do jogo do bicho, organizando as rotas de recolhimento das apostas, orientando os motociclistas e auxiliando nas apurações, assim como também é a pessoa incumbida de fazer a retirada de dinheiro da banca e de promover a sua entrega para a policial civil e co-denunciada DILVA DOLZAN, pagamentos de periodicidade mensal destinados à corrupção, cujo dinheiro é posteriormente partilhado e repassado pela escrivã para a Delegada de Polícia JUREMA WULF.

Os denunciados EVERSON FERNANDO WODZINSKY e VINICIUS JOSÉ WODZINSKY, por sua vez, são os sub-chefes da banca do jogo do bicho 'Zé-K', enquanto que o também denunciado, LÍDIO CEPPLI, tinha posição inferior na hierarquia da organização, mas participava ativamente como peça fundamental na operacionalização da contravenção, tudo sob o superior comando e supervisão de JOSÉ WODZINSKY.

No dia 18 de fevereiro de 2008, por volta das 18h00min, na Rua Luiz Marangoni, no Bairro Vila Nova, a Polícia Militar abordou a motocicleta Honda CG 125 Fan, de placas MCP-2955, conduzida por um dos motociclistas funcionário da quadrilha/organização criminosa. O motociclista transportava uma pasta contendo em seu interior diversas carteiras, as quais continham bilhetes de apostas da banca de jogo do bicho 'Ze-K', bem como os números e nomes identificando os "cambistas" de onde foram recolhidas as apostas: José nº 489; Norma nº 289; Helena nº 207; Tiago nº 355; Hilário nº 126; Dida nº 143; Máfia nº 548;

Juvenal nº (número ilegível); Valéria nº 364, conforme consta das cópias de fls. 24/28 do PIC 01/2008.

Dessa forma, a quadrilha explorava a loteria do jogo do bicho em todos os citados pontos de apostas. A referida motocicleta, de placas MCP-2955, está registrada em nome do denunciado EVERSON FERNANDO WODZINSKY, como se constata à fl. 39 do PIC nº 01/2008.

No dia 10 de novembro de 2007, por volta das 15h00min, a Polícia Militar foi chamada e compareceu à Vídeo Locadora Center, na Rua Ângelo Rubini, 914, Barra do Rio Cerro, onde foi apreendido bilhete de aposta do jogo do bicho da Banca 'Ze-K' (fls. 323/326 do PIC 01/2008).

Dessa forma, evidencia-se que a quadrilha formada pelos denunciados também explorava a loteria do 'jogo do bicho' no citado estabelecimento comercial, a exemplo de muitos outros.

No dia 15 de setembro de 2007, na Rua Walter Marquardt, próximo da empresa Winter Materiais de Construção, por volta das 13h30min, a Polícia Militar abordou a mesma motocicleta Honda CG 125, de placas MCP-2955, conduzida por ARI CORDEIRO DE MEIRA, de propriedade do denunciado EVERSON FERNANDO WODZINSKY. Nessa ocasião foi apreendida uma bolsa, na qual continha 53 pastas com bilhetes de apostas do jogo do bicho promovido pela banca 'Zé-K' e a importância de R$ 1.545,75 (um mil, quinhentos e quarenta e cinco reais e setenta e cinco centavos), tudo conforme cópias às fls. 356/362 dos autos do PIC 01/2008.

No dia 25 de fevereiro de 2008, por volta das 13h30min, na Rua Roberto Ziemann, a Polícia Militar abordou a motocicleta CG-125, de placas MEC-6326, conduzida por ODAIR APARECIDO BATISTA, motociclista funcionário da quadrilha, o qual transportava 23 carteiras contendo apostas do jogo do bicho da banca 'Ze-K', bem como a quantia de R$ 421,30 (quatrocentos e vinte e um reais e trinta centavos). A referida motocicleta, de placas MEC-6326, está registrada em nome

do denunciado EVERSON FERNANDO WODZINSKY, como consta da cópia do certificado de registro de veículo que instruiu o seu pedido de Restituição de Coisa Apreendida (autos nº 036.08.005612-7/001), tudo como consta das fls. 417/427 dos autos do PIC nº 01/2008.

Dessa forma, a organização criminosa realizava o jogo do bicho com a utilização do referido funcionário que, com o emprego da motocicleta, fazia o recolhimento das apostas efetuadas em diversos cambistas.

Também no dia 25 de fevereiro de 2008, por volta das 17h20min, na Rua Bertha Weege, Bairro Jaraguá 99, a Polícia Militar abordou a motocicleta Honda CG 125 Fan, de placas MES-2088, conduzida por ARI CORDEIRO DE MEIRA, motociclista funcionário da quadrilha, o qual transportava uma bolsa com 32 carteiras contendo apostas do jogo do bicho da banca 'Zé-K', bem como a quantia de R$ 699,20 (seiscentos e noventa e nove reais e vinte centavos). A referida motocicleta, de placas MES-2088, está registrada em nome da empresa Vinex – Moto Express Serviços Ltda. ME, a qual tem por sócios os denunciados EVERSON FERNANDO WODZINSKY e VINICIUS JOSÉ WODZINSKY, tudo como consta das fls. 40 e 477/470 dos autos do PIC nº 01/2008.

A quadrilha/organização criminosa expandiu o negócio do Jogo do Bicho com tamanha magnitude pela região de Jaraguá do Sul que somente no mês de setembro de 2008 contava com uma lista de mais de 500 (quinhentos) pontos diferentes de cambistas nos quais realizavam diariamente as apostas e somente naquele mês arrecadou, bruto, o valor de R$577.875,06 (quinhentos e setenta e sete mil, oitocentos e setenta e cinco reais e seis centavos) em apostas do jogo do bicho.

Tem-se, assim, que os JOSÉ WODZINSKY, EVERSON FERNANDO WODZINSKY, VINÍCIUS JOSÉ WODZINSKY E LÍDIO CEPPLI exploravam e realizavam a loteria denominada jogo-do-bicho, assim como realizavam diversos atos relativos a

sua exploração, como a efetivação e recolhimento das apostas, e os pagamentos dos respectivos prêmios.

3.2. Da exploração das máquinas caça-níqueis

No que diz respeito às máquinas eletrônicas de videoloteria, conhecidas por caça-níqueis, a quadrilha/organização criminosa formada pelos denunciados explorou-as diretamente, instalando-as em estabelecimentos clandestinos, especializados em jogos dessa natureza.

Nesse período, quadrilha/organização criminosa chefiada por JOSÉ WODZINSKY, sub-chefiada por seus filhos VINÍCIUS e EVERSON, com a participação dos funcionários SILVIO ANTONIO SUTIL DE OLIVEIRA e RUBENS ALCARRIA JÚNIOR, explorou os seguintes cassinos, todos mediante a instalação de máquinas caça-níqueis:

a) na Rua Leopoldo Mahnke, 92, sala 02, nos fundos da Farmácia Paraná (autos do Termo Circunstanciado nº 036.07.010357-2, em nome de VINICIUS JOSÉ WODZINSKY).

No dia 21 de setembro de 2007, foi realizada a apreensão por parte do Delegado de Polícia MARCOS ALESSANDRO VIEIRA ASSAD, juntamente com os Comissários de Polícia WANDERLEI JOÃO ZOCATELLI e LAURO CHUPEL, quando foram apreendidas 55 (cinquenta e cinco) máquinas caça-níqueis, bem como a importância de R$ 33.247,00 (trinta e três mil, duzentos e quarenta e sete reais), tudo conforme consta das cópias às fls. 241/263 dos autos do PIC nº 01/2007.

b) na Rua Marechal Deodoro da Fonseca, no andar superior ao Cartório, defronte à Loja Macol (autos do Termo Circunstanciado nº 036.07.011747-6, em nome de RODRIGO HENRIQUE PEREIRA);

No dia 08 de novembro de 2007 foi realizada a apreensão nesse local por parte do Delegado de Polícia CLÁUDIO MONTEIRO da DEIC, quando foram apreendidas 46 (quarenta e seis) máquinas caça-níqueis, bem como a importância de

R$ 9.277,00 (nove mil, duzentos e setenta e sete reais), tudo conforme consta das cópias às fls. 264/278 dos autos do PIC nº 01/2007.

c) na Rua 28 de Agosto, nos fundos da Lotérica, no Município de Guaramirim/SC, onde inicialmente não foi efetuada a apreensão das máquinas caça-níqueis em razão da diligência ter sido frustrada pela certidão falsa emitida pela Delegada Jurema Wulf, como se explicará na sequência desta denúncia (cópias às fls. 72/78 do PIC 01/2008).

No entanto, diante da omissão criminosa das policiais civis, naquele mesmo local a quadrilha continuou a explorar as máquinas caça-níqueis, tanto que no dia 18 de março de 2008, por volta das 15h00min, a Polícia Militar efetivamente ingressou no estabelecimento e realizou a apreensão de 07 (sete) máquinas em funcionamento e mais 11 (onze) gabinetes desativados, tendo ficado sob a responsabilidade de SIDNEI SANTOS DA SILVA, conhecido por 'Nei', tudo conforme Termo Circunstanciado cujas cópias se encontram às fls. 382/388.

d) no apartamento 73 do edifício Carvalho, situado na Rua Expedicionário Gumercindo da Silva, 555, centro, em Jaraguá do Sul (autos do Termo Circunstanciado nº 036.08.005172-9, em nome de RODRIGO HENRIQUE PEREIRA).

No dia 26 de março de 2008 foi realizada a busca e apreensão nesse local, por parte da Delegada de Polícia ANELIZE CHRISTINE FORSTER SCALCO, quando foram apreendidas 12 (doze) máquinas caça-níqueis, bem como a importância de R$ 6.005,55 (seis mil e cinco reais e cinquenta e cinco centavos), tudo conforme consta das cópias às fls. 489/514 dos autos do PIC nº 01/2007.

e) exploração mediante intermediários:

No entanto, a exploração dos jogos de azar com o uso de máquinas caça-níqueis não se limitava à instalação de casas específicas para essa finalidade, mas a quadrilha também explorou essa forma de jogo mediante a distribuição das máquinas em

diversos estabelecimentos comerciais, em regra, bares ou lanchonetes, os quais funcionaram como pontos de jogo, mediante a remuneração por comissão paga aos responsáveis por esses estabelecimentos.

Nesse sentido, foram muitas as apreensões de equipamentos dessa natureza que pertenciam à quadrilha dos denunciados.

A título de exemplificação, foram juntados ao incluso Procedimento de Investigação Criminal nº 01/2008 cópias de apenas algumas apreensões de máquinas de caça-níqueis exploradas pela quadrilha aqui denunciada nos seguintes estabelecimentos comerciais:

(...)

Apenas para se ter uma noção da grandiosidade do empreendimento, somente em uma única operação policial, elaborada pela Polícia Militar em cumprimento a mandado judicial de busca e apreensão, no dia 13 de Dezembro de 2007, segundo informado em conversa do próprio denunciado VINICIUS JOSÉ WODZINSKY, foram apreendidas cerca de 200 (duzentas) máquinas caça-níqueis de propriedade da quadrilha por ele integrada.

Para exploração das máquinas caça-níqueis, os denunciados JOSÉ WODZINSKY, VINICIUS JOSÉ WODZINSKY e EVERSON FERNANDO WODZINSKY contaram com a colaboração de dois outros funcionários de confiança: SILVIO ANTONIO SUTIL DE OLIVEIRA e RUBENS ALCARRIA FILHO, conhecido por 'RUBINHO', conhecedores de todo o mecanismo da atividade criminosa, cuja função era, substancialmente, fazer a montagem, instalação, manutenção e distribuição das máquinas, bem como a 'leitura', o recolhimento do dinheiro proveniente das apostas e também a logística de pagamento dos prêmios aos apostadores.

Os denunciados RUBENS ALCARRIA FILHO e SILVIO ANTONIO SUTIL DE OLIVEIRA nesse período receberam os chamados dos responsáveis pelos pontos de jogos e determinaram o pagamento de prêmios oriundos das apostas, bem como prestaram orientações técnicas a respeito das máquinas caça-níqueis instaladas pela quadrilha/organização criminosa, assim como receberam e transmitiram as informações sobre as apreensões realizadas pela polícia.

Ainda foi possível identificar outros pontos de jogos com máquinas caça-níqueis exploradas pela quadrilha, cujos responsáveis eram pessoas identificadas como Piti, Polaco, Bafo, Miruca, Ada, Jura, Adolar, Nei, Paraná, Elenir, Jonas, Laurita e Kátia, entre vários outros.

O local de trabalho dos denunciados SILVIO e RUBENS era na Rua Leopoldo Veloso, 29, Bairro Vila Lenzi, em Jaraguá do Sul, endereço que servia como uma espécie de depósito dos equipamentos destinado à montagem e manutenção das máquinas pertencentes a essa associação criminosa, ao qual costumava denominar como 'base'.

O mecanismo do jogo nas máquinas caça-níqueis se opera com a aposta pelo jogador, com a introdução de certa quantia de dinheiro em moedas ou cédulas, e o equipamento, independentemente da sua habilidade, pode contemplá-lo com o prêmio, de maneira que o ganho e a perda não dependem da habilidade, mas essencialmente da sorte.

Ocorre que o jogador que apostou suas economias nas máquinas 'caça-níqueis' da quadrilha/organização criminosa foi induzido a erro, na medida em que sua probabilidade de ganho não correspondia a mesma probabilidade matemática das combinações de símbolos ou de algarismos utilizados no jogo, pois as máquinas foram previamente programadas para limitar a probabilidade de ganho, com variações de acordo com a livre conveniência dos agentes, bastando para tanto que ajustassem as micro-chaves seletora 'dip switch' ou o botão 'reset', cujo simples acionamento

promovia a reinicialização do programa e, por conseqüência, zerava a premiação acumulada.

É por isso que as máquinas caça-níqueis constituem forma de obter ganhos ilícitos em detrimento de vítimas indeterminadas mediante processo fraudulento, pois a probabilidade de ganho é sempre inferior àquela do sorteio aleatório dos símbolos ou algarismos, de maneira que o fator 'sorte/azar' é controlado pelos agentes exploradores da atividade clandestina, não permitindo nunca que as máquinas sorteadoras apresentem resultados mais favoráveis aos apostadores do que a eles próprios.

Assim se operou o mecanismo de funcionamento da exploração dos jogos ilícitos pela quadrilha/organização criminosa liderada por JOSÉ, VINICIUS e EVERSON WODZINSKY, com a participação de SILVIO ANTONIO SUTIL DE OLIVEIRA e RUBENS ALCARRIA JÚNIOR, vindo a atingir a economia popular por obterem ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante processos fraudulentos, consistente na exploração de máquinas caça-níqueis.

3.3. Dos Crimes Contra Administração Pública

Para alcançar êxito nas suas atividades delituosas, a organização criminosa não poderia contar apenas com a complacência da polícia, mas angariou a efetiva participação e colaboração de alguns policiais.

A decisiva participação das policiais civis JUREMA WULF e DILVA DOLZAN proporcionou a estabilidade na execução das atividades ilícitas de jogo do bicho e de máquinas caça-níqueis, tanto porque deliberadamente se omitiram na fiscalização que sua função exigia, deixando de praticar indevidamente atos de ofício para satisfazer interesse pessoal, como porque transmitiam aos seus comparsas informações sigilosas sobre possíveis ações do Estado contra a organização, assim como instruíam o grupo a respeito da melhor forma de agir para se defenderem das fiscalizações por outros órgãos e patrocinavam interesses privados perante a administração pública.

A organização criminosa pagava mensalmente certa quantia em dinheiro para a policial civil DILVA DOLZAN, que funcionava como principal canal de conexão com a Delegada de Polícia de Guaramirim/SC e também Delegada Regional, a denunciada JUREMA WULF, para quem a primeira repassava parcela desses valores.

Por diversas vezes as duas policiais civis denunciadas, DILVA DOLZAN e JUREMA WULF orientaram tanto membros do grupo como sua advogada, sobre a forma como deveriam agir para se defenderem em procedimentos policiais (inquéritos, termos circunstanciais e buscas e apreensões) sofridos pela quadrilha/organização criminosa.

Além de assegurarem que a Polícia Civil não fiscalizaria as infrações penais praticadas pela quadrilha, o que legalmente deveriam fazer por dever de ofício, os pagamentos serviam também como contraprestação para que as denunciadas DILVA DOLZAN e JUREMA WULF repassassem informações sigilosas que recebiam no exercício da função, sobretudo para que obtivessem informações prévias de ações eventualmente desencadeadas por órgãos da Polícia Civil ou por outras Instituições.

Assim, a quadrilha/organização criminosa tinha suas atividades ilícitas extremamente facilitadas, na medida em que contavam com a colaboração da policial civil e da Delegada JUREMA WULF, as quais, subjetivamente vinculadas, recebiam mensalmente vantagens financeiras pagas pela quadrilha tanto para deixarem de cumprir com suas obrigações de combater o jogo ilícito, como também para prestar informações privilegiadas sempre que tomassem conhecimento que outros estivessem planejando operações de fiscalização contra o jogo do bicho ou contra a exploração das máquinas caça-níqueis.

Esses pagamentos foram realizados com habitualidade, mensalmente, sempre por volta do dia 15 (quinze), e efetuados mediante entrega do dinheiro por parte do denunciado LÍDIO CEPPLI, por vezes no edifício em que reside a escrivã, por vezes no seu próprio local de trabalho, na Delegacia de Polícia de

Guaramirim/SC, sendo os pagamentos algumas vezes também intermediados pelo denunciado ÉDIO NEI DOLZAN.

Em contrapartida, por várias ocasiões as denunciadas JUREMA WULF e DILVA DOLZAN efetivamente auxiliaram a quadrilha, destacando-se os episódios a seguir descritos:

a) Informações de Operação da DEIC

No dia 1° de novembro de 2007, às 08h49min, a denunciada JUREMA WULF recebeu uma informação proveniente do Delegado Márcio Collato, responsável pelas Delegacias de Polícia do Litoral, no sentido de que policiais civis da DEIC estariam vindo para Jaraguá do Sul, com a finalidade de realizar operação de fiscalização de máquinas caça-níqueis.

Evidenciando o vínculo com a quadrilha, imediatamente a denunciada JUREMA WULF tratou de transmitir essa informação sigilosa para a co-denunciada DILVA DOLZAN, bem como determinou que esta repassasse a informação para a família WODZINSKY.

Com o igual intuito de prestar auxílio à quadrilha/organização criminosa, a denunciada DILVA DOLZAN rapidamente entrou em contato com o denunciado VINICIUS WODZINSKY informando-lhe que haveria operação policial pela DEIC e o orientou para esconder os equipamentos ilícitos.

Posteriormente, a denunciada DILVA DOLZAN manteve contato com o seu filho ÉDIO NEI DOLZAN, também denunciado, o qual funcionava como canal de contato, sobretudo com os irmãos VINICIUS e EVERSON WODZINSKY, ocasião em que lhe informou sobre a operação policial.

Logo após, o denunciado VINICIUS solicitou maiores informações para DILVA e esta tratou de falar novamente com a Delegada JUREMA, com o fim de extrair maiores detalhes, especialmente se a fiscalização seria somente sobre as casas de caça-níqueis ou se os policiais da DEIC também poderiam

abordar a casa de JOSÉ WODZINSKY, pai de VINICIUS, local onde funcionava a banca de jogo do bicho 'Zé-K'.

Na sequência, a denunciada DILVA voltou a falar com o denunciado VINICIUS, orientando-o para que cuidassem com tudo, inclusive com a banca do jogo do bicho.

No dia seguinte, em 02 de novembro de 2007, o denunciado JOSÉ WODZINSKY, demonstrando o poder hierárquico e o controle que mantinha sobre a quadrilha/organização criminosa, conversou com seu filho VINICIUS, querendo informações sobre 'o negócio de ontem', referindo-se a informação que os policias da DEIC estariam em Jaraguá do Sul.

Dessa forma, as denunciadas JUREMA WULF e DILVA DOLZAN violaram sigilo profissional, na medida em que revelaram ou facilitaram a revelação de fato de que tiveram ciência em razão do cargo e que deveria permanecer em segredo.

b) Busca e Apreensão nos fundos da lotérica

Após receber relatório de diligência efetuada pela Polícia Militar dando conta de que funcionava um cassino clandestino na Rua 28 de agosto, nos fundos da Lotérica Guaramirim, em Guaramirim/SC, o Ministério Público pleiteou em Juízo a expedição de mandado de busca e apreensão.

Deferido o pedido, no dia 06 de novembro de 2007, a denunciada Delegada JUREMA WULF recebeu do Juiz da Comarca de Guaramirim/SC o mandado determinando a *'BUSCA e APREENSÃO de todas as máquinas de jogos de azar (vídeo loteria interativa, caça-níqueis e caça-cédulas) existentes no estabelecimento comercial situado na rua 28 de agosto, fundos da Lotérica Guaramirim, nesta cidade e Comarca*' (cópia à fl. 77 dos autos PIC 01/2008).

Na mesma tarde, o denunciado VINÍCIUS WODZINSKY recebeu a informação de que a polícia estava rondando defronte à lotérica em busca de máquinas caça-níqueis, tendo prestado a

orientação para que a porta fosse mantida fechada, a fim de evitar a ação policial contra os equipamentos de jogos de quadrilha.

De posse da informação, ato contínuo o denunciado VINÍCIUS WODZINSKY acionou sua colaboradora na Policia Civil, qual seja, a denunciada DILVA DOLZAN, comunicando-lhe da operação na Lotérica, quando esta respondeu que naquele instante não teria como conversar com a Delegada JUREMA, mas comprometeu-se a telefonar para prestar esclarecimentos.

Pouco tempo depois, utilizando o aparelho de telefone celular da denunciada JUREMA WULF, a denunciada DILVA DOLZAN telefonou para o denunciado VINÍCIUS WODZINSKY, recebendo dele a confirmação de que este possuía máquinas caça-níqueis em sala atrás da lotérica, exatamente no local onde determina a busca e apreensão.

Nesse momento, a denunciada DILVA DOLZAN disse ao denunciado VINÍCIUS que estava vendo o mandado judicial nas mãos da Delegada, mas que a denunciada JUREMA WULF iria certificar que nada foi encontrado no local. Não obstante a insistência do denunciado VINICIUS reiterando que as máquinas estavam nos fundos da lotérica, a denunciada DILVA lhe orientou a deixar exatamente como estava, assegurando que nada seria apreendido, tudo com a supervisão, orientação, conhecimento e concordância da denunciada JUREMA WULF.

Naquela tarde, a denunciada JUREMA WULF retornou com a Informação de que '*foi dado fiel cumprimento ao Mandado de Busca e Apreensão encaminhado a esta Delegacia [...]',* mas que *'realizada a busca, foi constatado que não há máquinas de jogos de azar (vídeo loteria interativa, caça-níqueis e caça-cédulas) no local'* (cópia à fl. 73 dos autos do PIC 01/2008).

Como se verifica, embora o mandado judicial fosse expresso no sentido de que a busca e apreensão se realizasse nos fundos da Lotérica Guaramirim, a denunciada JUREMA WULF e os policiais a ela subordinados não chegaram a vistoriar o local determinado, limitando-se a olhar a parte frontal da lotérica.

Ainda na mesma tarde a denunciada DILVA DOLZAN, escrivã de Polícia da Comarca de Guaramirim/SC, que se encontrava ao lado da Delegada daquela Comarca, inclusive utilizando o seu aparelho de telefone celular, tomou conhecimento da veracidade da existência de máquinas caça-níqueis naquele local pela confissão do próprio proprietário do cassino clandestino, VINÍCIUS WODZINSKY.

Ambas as denunciadas, no entanto, com o deliberado intuito de favorecer a quadrilha, não retornaram ao local e tomaram a decisão de encaminhar a Juízo uma certidão com conteúdo sabidamente falso, chegando DILVA DOLZAN a mencionar expressamente para VINICIUS 'ficar tranquilo' porque a resposta (ao Juiz) seria essa mesma, de que foi cumprido, mas não foi localizado nada.

Dessa forma, as policiais civis denunciadas JUREMA WULF e DILVA DOLZAN deixaram de praticar indevidamente ato de ofício ao se omitirem em proceder à apreensão de máquinas de videoloteria, embora tivessem a ordem judicial para essa finalidade e a confirmação exata do local pelo próprio responsável pelo delito, seja para satisfazerem seus interesses ou sentimentos pessoais, seja porque recebiam vantagens ou promessas de vantagens indevidas da família WODZINSKY em razão da função pública que desempenhavam.

A denunciada JUREMA WULF, com o auxílio da denunciada DILVA DOLZAN, também inseriu declarações falsas ou diversas da que deveriam ser escritas, em documento público (informação destinado ao Juízo da Comarca de Guaramirim/SC) e omitiu informações relevantes que deveriam constar, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

c) Apreensão da DEIC na casa de jogos sobre o Cartório

No dia 08 de novembro de 2007, uma equipe de policiais civis da DEIC liderada pelo Delegado CLÁUDIO MONTEIRO esteve na cidade de Jaraguá do Sul efetuando uma operação de combate aos jogos de azar em dois cassinos clandestinos,

um deles de propriedade da quadrilha/organização criminosa liderada por JOSÉ, VINÍCIUS e EVERSON WODZINSKY, este situado na Rua Marechal Deodoro da Fonseca, em frente à loja 'Macol', no mesmo prédio do Cartório desta cidade, no pavimento superior.

Logo que tomou conhecimento de que o cassino de sua propriedade estava sofrendo a fiscalização policial, o denunciado VINÍCIUS WODZINSKY acionou a denunciada DILVA DOLZAN, solicitando o seu auxílio para barrar a operação.

Em seguida o denunciado VINÍCIUS telefonou para sua advogada, pedindo para esta comparecer ao local porque 'bateram no nosso bingo'.

Demonstrando que agiam em conjunto, mediante colaboração mútua, a denunciada DILVA comunicou a denunciada JUREMA que estouraram cassino 'deles', passando ambas a especular sobre quem poderia ter sido o responsável pela operação, uma vez que ninguém da Polícia Civil da Região poderia ter feito diligência dessa natureza contra seus aliados.

Na sequência, a denunciada DILVA entrou em contato novamente com o denunciado VINICIUS para prestar contas de sua atuação, dizendo já ter informado a denunciada JUREMA e que ela está estranhando.

Minutos depois, o denunciado VINÍCIUS informou a denunciada DILVA que o Chefe da Operação era o Delegado Cláudio Monteiro, da DEIC, pedindo para que esta falasse com a Delegada e insistindo que 'tem como conversá', de maneira a oferecer o pagamento de propina adicional, porque não poderia perder as máquinas recentemente adquiridas.

Logo a seguir, a denunciada DILVA entrou em contato com a denunciada JUREMA, informando-lhe que o responsável pela operação era o Delegado Cláudio Monteiro e que o denunciado VINICIUS lhe pediu que fosse lá para fazer o 'meio de campo'.

Embora a denunciada JUREMA tenha respondido para a sua comparsa que por ser uma operação da DEIC não havia como influenciar, prestou auxílio para que a Advogada agisse na defesa de VINÍCIUS WODZINSKY contra a ação da Polícia Civil, orientando-a para exigir a identificação do Delegado e a apresentação de mandado judicial, colocando-se ao final à disposição para que a Advogada ligasse diretamente para ela.

A denunciada DILVA DOLZAN prosseguiu a intermediação com o denunciado VINÍCIUS WODZINSKY, transmitindo-lhe exatamente as orientações que lhe foram transmitidas pela denunciada JUREMA, bem como lhe disse para que sua Advogada telefonasse diretamente para o telefone celular particular da Delegada, para ela 'coordenar'.

E foi exatamente o que fez a Advogada de VINÍCIUS WODZINSKY, vindo a telefonar diretamente para a denunciada JUREMA WULF, quando esta lhe prestou assessoria, orientando-a sobre a suposta necessidade de mandado judicial. Durante a conversa, lamentou que em se tratando de operação da DEIC não teria como influenciar para impedir a ação policial. Mais tarde, demonstrando que as casas de jogos não são empreendimentos individuais de um ou de outro integrante, mas constituem atividade de toda a quadrilha/organização criminosa, foi o denunciado EVERSON WODZINSKY quem contatou com a denunciada DILVA, perguntando-lhe se não haveria alguma maneira de corromper os Policias da DEIC. No entanto, a denunciada DILVA respondeu-lhe negativamente, tratando seus colegas da Polícia Civil como 'demônios'. Ainda não satisfeito, o denunciado EVERSON indagou-lhe sobre a possibilidade de substituir o material apreendido por outros estragados ou de menor valor, com a finalidade de reduzir o prejuízo financeiro da quadrilha. Sem afastar a possibilidade de permitir a violação de bens apreendidos pela Polícia, a denunciada DILVA se comprometeu em verificar com a denunciada JUREMA a viabilidade de executar a fraude.

Inconformada com a ação da DEIC, pois não conseguiu avisar seus corruptores a tempo para que fechassem a casa de jogos, a denunciada JUREMA WULF, no dia 14 de novembro de 2007, patrocinou, indiretamente, interesse privado ilegítimo perante a Administração Pública, pois mandou e-mail para o Diretor de Polícia do Litoral, Del. Márcio Luiz Colatto, reclamando da ação policial dirigida pela DEIC. Em referido e-mail a denunciada reclama por não ter sido comunicada, como Delegada Regional, da ação policial, medida esta adotada com a nítida finalidade de facilitar a atuação de seus comparsas na exploração ilegal de jogos ilícitos.

Após, valendo-se do e-mail da denunciada, o Diretor de Polícia do Litoral enviou expediente para o Diretor Geral da Polícia Civil, Del. Maurício José Eskudlark, que determinou que todas as ações desenvolvidas pela DEIC fossem comunicadas ao respectivo Delegado Regional.

d) Prisão de Jorge Schulz – Cambista da Organização Criminosa

No dia 07 de dezembro de 2007, por volta das 20h30min, foi preso um funcionário da quadrilha/organização criminosa, chamado JORGE SCHULZ, o qual transitava pela Rua 28 de Agosto, em frente ao Mercado Zico, em Guaramirim/SC, com a motocicleta HONDA/FAN, de placas MES-1998, transportando material de aposta do jogo do bicho, conforme se depreende das cópias às fls. 390/391 dos autos do PIC nº 01/2008.

JORGE SCHULZ era encarregado de promover o recolhimento das apostas da banca de jogo do bicho.

Quando abordado pela polícia, JORGE SCHULZ, em contato com o denunciado VINICIUS, perguntou-lhe se não seria mais vantajoso deixar-se conduzir para a Delegacia de Polícia, indagando-lhe *'será qui a Jurema não dá pra ... um jeito, né?'*.

Para resolver a situação em favor do seu funcionário, o denunciado VINÍCIUS rapidamente comunicou a denunciada DIVA DOLZAN, sobre a prisão, além de lhe solicitar que avisasse a

Delegada JUREMA que *'depois a gente vê como é que faz'*, insinuando o pagamento de propina.

O diálogo entre ambos deixou clara a atuação da denunciada DILVA em lhe prestar favorecimento ilícito, afirmando com todas as letras que se o conduzido vier *'pra nós'*, entenda-se para ela e para a Delegada JUREMA, *'daí não tem problema nenhum'*.

Em seguida o denunciado VINICIUS orientou seu funcionário a não prestar nenhuma declaração, especialmente se indagado para quem trabalhava, determinando que este dissesse aos policiais que somente prestaria depoimento em Juízo.

Com a finalidade de auxiliar a quadrilha, a denunciada DILVA falou com a denunciada JUREMA, a quem disse que 'nosso amigo' lhe havia informado da prisão de um funcionário deles e que 'se for aí pra vocês ta limpo'. DILVA ainda comunicou a Delegada que informaria VINÍCIUS de que ela, a Delegada JUREMA, estaria aguardando a chegada do motociclista detido, com o que a denunciada JUREMA concordou.

A seguir, a denunciada DILVA acalmou o denunciado VINÍCIUS ao dizer que a Delegada JUREMA está na Delegacia de Polícia e que vai *se 'aprumar do que se trata'*.

Na sequência, o detido JORGE SCHULTZ levou ao conhecimento de VINICIUS que se não assinasse o compromisso de comparecimento no Termo Circunstanciado elaborado pela Polícia Militar seria preso em flagrante. O denunciado VINÍCIUS, demonstrando confiança absoluta de que a denunciada JUREMA iria facilitar a situação para o seu funcionário, orientou-o para se deixar conduzir preso para a Delegacia de Polícia, com o que este concordou.

O denunciado VINÍCIUS recebeu a informação de que JORGE SCHULZ foi liberado e que a Delegada JUREMA apenas teria lavrado um Termo Circunstanciado, ocasião em que VINÍCIUS perguntou se a Delegada JUREMA não pediu nada, referindo-se à propina, vindo a completar que *'a semana que vem vem a mordida'*, evidenciando-se assim que os favores prestados pela

denunciada JUREMA são recompensados financeiramente pela quadrilha/organização criminosa.

Posteriormente, o denunciado VINÍCIUS conversou diretamente com JORGE SCHULZ, prometendo-lhe que conseguiria influenciar para que o procedimento criminal não seguisse adiante, como já teria ocorrido anteriormente.

Mais tarde, naquela noite, o denunciado VINÍCIUS comunicou seu irmão e comparsa EVERSON da prisão do funcionário do grupo, quando comentam que o procedimento foi facilitado pela intervenção da denunciada JUREMA, a quem trataram como *'amiga'*.

Assim é que, no dia 07 de dezembro de 2007, embora JORGE SCHULTZ estivesse preso em flagrante pela Polícia Militar, porque não assumiu o compromisso de comparecer em Juízo no Termo Circunstanciado, a denunciada JUREMA WULF, com a intensa colaboração da co-denunciada DILVA DOLZAN, deixou de executar o que manda a lei processual penal, na medida em que, para favorecer a quadrilha/organização criminosa da família WODZINSKY, deixou de lavrar o competente Auto de Prisão em Flagrante ou colher a assinatura do conduzido no respectivo Termo de Comparecimento em audiência designada no Juizado Especial Criminal, como prevê a lei processual penal.

Agindo desta maneira, a denunciada JUREMA WULF, com a efetiva participação e interferência da denunciada DILVA DOLZAN, retardou e deixou de praticar indevidamente ato de ofício ou o praticou contra disposição expressa de lei, seja para satisfazer seu interesse ou sentimento pessoal, seja porque recebia vantagens ou promessas de vantagens indevidas da quadrilha/organização criminosa em razão da função pública que desempenhava.

e) Informações sobre operação desenvolvida pela Polícia em 13/12/2007

Depois de deferido pedido de busca e apreensão (autos nº 036.07.011782-4, cuja cópia da decisão se encontra às fls.

440/449 dos autos do PIC 01/2008), no dia 13 de dezembro de 2007, foi executada uma operação da Polícia Militar destinada a promover a apreensão de máquinas 'caça-níqueis' em estabelecimentos comerciais tanto na Comarca de Jaraguá do Sul como em Guaramirim/SC.

Ao final dessa operação, somente na Comarca de Jaraguá do Sul foram apreendias 170 (cento e setenta) máquinas 'caça-níqueis' em 39 (trinta e nove) estabelecimentos comerciais distintos, conforme se depreende do documento Ofício nº 514/Cmdo/14º BPM, de 14 de Dezembro de 2007 (fl. 449/451).

Naquele dia, a denunciada JUREMA WULF, como Delegada de Polícia da Comarca de Guaramirim/SC, recebeu uma informação sigilosa por parte da Promotora de Justiça daquela Comarca, precisamente às 12h00min, informando-lhe que nas próximas horas seria deflagrada a operação naquela Comarca.

Cerca de quinze minutos depois, a denunciada JUREMA WULF enviou mensagem pelo telefone celular para sua comparsa DILVA DOLZAN, com o seguinte conteúdo: *'Vai ter batida PM p/pegar mqinas hoje em Gmirim e região. Uma hora.'*

Imediatamente a denunciada DILVA DOLZAN transmitiu a informação para o denunciado VINÍCIUS WODZINSKY, em conversa rápida e objetiva, orientando-lhe para fechar suas casas de jogos e tentar esconder as máquinas.

Dessa forma, as denunciadas JUREMA WULF e DILVA DOLZAN, mediante prévio acordo e comunhão de vontades, violaram sigilo profissional, na medida em que revelaram ou facilitaram a revelação de fato de que tiveram ciência em razão do cargo e que deveria permanecer em segredo.

f) Dos pagamentos efetuados às denunciadas

Conforme já mencionado, os favores prestados pelas Policiais Civis denunciadas, JUREMA WULF e DILVA DOLZAN, eram remunerados mediante quantia paga mensalmente pela

quadrilha/organização criminosa liderada por JOSÉ, VINÍCIUS e EVERSON WODZINSKY.

Esses valores em regra eram pagos após contatos da denunciada DILVA com os denunciados VINÍCIUS ou EVERSON WODZINSKY. Porque já suspeitavam do monitoramento, os denunciados costumavam empregar um código para dificultar a compreensão de suas conversas, fazendo referência ao dinheiro da corrupção policial como *'documentos', 'documentos do apartamento'* ou *'documentos do dia 15',* em referência à data pré-estipulada para esses pagamentos mensais.

A quadrilha/organização criminosa liderada pela família WODZINSKY geralmente designava o funcionário e também denunciado LÍDIO CEPPLI, o qual, plenamente ciente da sua conduta delituosa, encarregava-se da retirada do dinheiro da banca do jogo do bicho e o transportava até entregá-lo nas mãos da denunciada DILVA, a qual, por sua vez, incumbia-se de posteriormente dividir a quantia com a denunciada JUREMA WULF.

Essa rotina de operacionalização da corrupção por algumas vezes também contou com a colaboração do denunciado ÉDIO NEI DOLZAN, filho de DILVA, o qual por vezes se incumbiu de receber as quantias e entregá-las à sua mãe, também ciente e vinculado subjetivamente aos mesmos propósitos criminosos.

f.1. NOVEMBRO DE 2007

No dia 13 de novembro de 2007, por volta das 16h00min, a denunciada DILVA DOLZAN solicitou que o denunciado VINÍCIUS viesse ao seu apartamento, quando este, compreendendo que sua pretensão era receber o dinheiro da corrupção, imediatamente lhe respondeu que iria no dia seguinte e levaria *'os documentos'.*

No mesmo dia 13.11.2007, cerca de uma hora mais tarde, a denunciada DILVA entrou em contato com o denunciado EVERSON WODZINSKY, dizendo-lhe já ter falado com seu irmão VINÍCIUS sobre o dinheiro que deveria ser pago

amanhã, mas como seria feriado, solicitou a antecipação para o final daquela mesma tarde, na sua casa. A denunciada DILVA ressaltou que seria bom receber naquele mesmo dia, *'pra mim fazer a entrega pra elá'*, referindo-se à necessidade de transferir no mesmo dia a parte do dinheiro da corrupção que cabia à denunciada JUREMA WULF, de maneira a deixar claro que a Delegada de Polícia recebia seu quinhão das quantias entregues para DILVA DOLZAN pela quadrilha liderada por JOSÉ, VINÍCIUS e EVERSON WODZINSKY.

No entanto, o pagamento não aconteceu no dia 13.11.2007.

No dia seguinte (14.11.2007), por volta das 17h20min, o denunciado EVERSON WODZINSKY lembrou seu irmão VINÍCIUS de trazer o dinheiro para DILVA, ocasião em que comentaram que a entrega é normalmente feita pelo denunciado LÍDIO CEPPLI.

Mais tarde, naquele mesmo dia 14.11.2007, o denunciado VINÍCIUS informou para a denunciada DILVA que estava levando o dinheiro, ao que DILVA respondeu que chegaria em casa em quinze minutos.

Ato contínuo, o denunciado VINÍCIUS falou com o denunciado LÍDIO, pedindo para era de R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais).

No horário combinado, às 18h45min, a denunciada DILVA recebeu ligação telefônica de LÍDIO, pedindo que esperasse em frente do prédio em cinco minutos, para que fizesse a entrega do dinheiro.

E, finalmente, não deixando dúvidas de que o dinheiro pago pela quadrilha também se destinava à denunciada JUREMA WULF, apenas dez minutos depois da ligação de LÍDIO CEPPLI, a denunciada DILVA DOLZAN entrou em contato com a denunciada JUREMA WULF, indagando-lhe se queria que lhe entregasse o dinheiro naquele momento ou poderia ser na segunda-feira, tendo esta respondido que não iria usar o

dinheiro naquele final de semana, podendo deixar para receber na Delegacia de Polícia, na segunda-feira.

Nesse contexto, as denunciadas DILVA DOLZAN e JUREMA WULF solicitaram e receberam, em razão da função pública que exerciam, a importância de R$3.500,00 (três mil e quinhentos reais) da quadrilha/organização criminosa liderada por JOSÉ WODZINSKY, VINÍCIUS JOSÉ WODZINSKY e EVERSON FERNANDO WODZINSKY para que permanentemente retardassem ou deixassem de praticar atos de ofício ou os praticassem infringindo os deveres funcionais, tal como de fato ocorrido nos episódios antes descritos.

Por outro lado, a quadrilha/organização criminosa liderada pelos denunciados JOSÉ WODZINSKY, VINÍCIUS JOSÉ WODZINSKY e EVERSON FERNANDO WODZINSKY, com a efetiva participação do denunciado LÍDIO CEPPLI, ofereceu e entregou vantagem indevida, consistente na importância de R$3.500,00 (três mil e quinhentos reais) a funcionários públicos para determiná-los a praticar, omitir ou retardar atos de ofício, tal como de fato ocorrido nos episódios antes descritos.

f.2. DEZEMBRO/2007

No mês seguinte, em dezembro de 2007, o pagamento do dinheiro da corrupção proveniente da quadrilha/organização criminosa liderada por JOSÉ WODZINSKY, VINÍCIUS WODZINSKY e EVERSON FERNANDO WODZINSKY às Policiais Civis DILVA DOLZAN e JUREMA WULF se operou com a intermediação do denunciado ÉDIO NEI DOLZAN, o qual recebeu um envelope contendo o dinheiro.

No dia 14 de dezembro de 2007, por volta das 16h00min, o denunciado ÉDIO NEI DOLZAN falou com sua mãe, a denunciada DILVA DOLZAN, informando a ela que *'nosso amigo'* lhe entregou um envelope.

Logo depois, novamente conversaram sobre o envelope e o denunciado ÉDIO lhe respondeu que o guardou no cofre, mas que o pegaria naquele mesmo dia.

Às 20h30min daquele mesmo dia, ÉDIO promoveu a entrega para sua mãe do envelope contendo o dinheiro pago pela quadrilha/organização criminosa liderada por JOSÉ WODZINSKY, VINÍCIUS WODZINSKY e EVERSON FERNANDO WODZINSKY, em frente ao prédio onde esta residida.

Assim, as denunciadas DILVA DOLZAN e JUREMA WULF solicitaram e receberam direta ou indiretamente, em razão da função, vantagem financeira indevida, com o efetivo auxílio do denunciado ÉDIO NEI DOLZAN, para que permanentemente retardassem ou deixassem de praticar atos de ofício ou os praticassem infringindo os deveres funcionais, tal como de fato ocorrido nos episódios antes descritos.

Por outro lado, a quadrilha/organização criminosa liderada pelos denunciados JOSÉ WODZINSKY, VINÍCIUS WODZINSKY e EVERSON WODZINSKY, ofereceram e entregaram vantagem indevida a funcionários públicos para determiná-los a praticar, omitir ou retardar atos de ofício, tal como de fato ocorrido nos episódios antes descritos.

f.3.) SEGUNDA CORRUPÇÃO EM DEZEMBRO

Além do pagamento mensal referente ao mês de dezembro de 2008, as denunciadas DILVA DOLZAN e JUREMA WULF esperavam receber também valores adicionais como uma espécie de presente de natal dos seus aliados da quadrilha/organização criminosa liderada por JOSÉ WODZINSKY, VINÍCIUS WODZINSKY e EVERSON FERNANDO WODZINSKY.

Para tanto, por intermédio da denunciada DILVA, a denunciada JUREMA WULF solicitou insistentemente um *"presente de natal"* do denunciado Vinícius, pois pretendia um adicional da corrupção anteriormente recebida.

Foi assim que a denunciada DILVA manteve contato por diversas vezes com o denunciado Vinícius, entre os dias 21 e 26 de dezembro de 2007, solicitando, para si, e para a denunciada Jurema, o pagamento de valores a título de presente de natal.

Assim, as denunciadas DILVA DOLZAN e JUREMA WULF solicitaram direta ou indiretamente, em razão da função pública que exerciam, vantagem financeira indevida para que permanentemente retardassem ou deixassem de praticar atos de ofício ou os praticassem infringindo os deveres funcionais, tal como de foto ocorrido nos episódios antes descritos.

f.4.) FEVEREIRO DE 2008

No início do mês de fevereiro do ano de 2008, as denunciadas JUREMA WULF e DILVA DOLZAN encontravam-se trabalhando no litoral catarinense, na habitual operação 'veraneio', anualmente realizada pela Polícia Civil.

Em razão de supostas despesas extraordinárias decorrentes do período no litoral, a denunciada DILVA DOLZAN passou a solicitar junto a VINÍCIUS WODZINSKY o pagamento de quantias adicionais.

O primeiro contato a esse respeito foi feito no dia 1º.02.2008, por intermédio do denunciado ÉDIO NEI DOLZAN, pois sua mãe DILVA lhe enviou uma mensagem de celular, com o pedido de R$1.500,00 (um mil e quinhentos reais) para que fosse transmitido a VINÍCIUS: *'Agradeca o presente diga que precisamos de um e meio não e pra dizer não pois o negocio ta feio'.*

Como a mensagem ficou bastante truncada, posteriormente, DILVA falou com seu filho ÉDIO, esclarecendo que o dinheiro extra seria para pagar uma 'pensão' para ela e para a Delegada JUREMA. Desta feita, a denunciada DILVA deixou muito claro para o seu filho que o dinheiro é por conta de favores que ela e a Delegada prestam para a quadrilha/organização criminosa que, quando precisam de seus favores, ligam *'enchendo o saco'*, mas pelo Natal não deram nenhuma quantia adicional.

Dias depois, em 05 de fevereiro de 2008, a denunciada DILVA DOLZAN voltou a tratar do assunto com o denunciado ÉDIO, dizendo a ele que VINÍCIUS iria procurá-lo, ocasião em que deveria lhe informar que ela precisaria da quantia de R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

Então, no dia 07.02.2008, como ainda não havia recebido o dinheiro solicitado por intermédio de ÉDIO, a denunciada DILVA enviou uma mensagem para o denunciado VINÍCIUS: *'Oi o que pedi e uma ajuda de custo para pagar o aluguel de onde estamos pois esta pesado falta mil e quintos ajude e não te arrependeras esta ajuda e for o que já das por favor não diga não entregue ao edio que ele me manda obrigado beijos me liga ou mensage'*.

No dia seguinte, em 08.02.2008, por volta das 12h30min, a denunciada DILVA enviou mensagem de texto para VINICIUS voltando a solicitar o pagamento da propina:

'Preciso daquilo antecipado para nos pagar nossa estadia depois do dia dezoito falo contigo espero que tenhas entendido senão pergunte ao edio pois coment'.

No dia 11.02.2008, por volta das 12h30min, a denunciada DILVA enviou nova mensagem para VINÍCIUS: *'oi, espero que tenha entendido a mensagem ou falado com edio pois precisamos para amanhã abracos'*.

Finalmente, no dia 20.02.2008, às 10h49min, o denunciado VINÍCIUS entrou em contato com o denunciado LÍDIO para que este efetuasse o pagamento da quantia de R$3.000,00 (três mil reais) para a denunciada DILVA.

No mesmo dia 20.02.2008, depois de apanhar o dinheiro, o denunciado LÍDIO telefonou para DILVA, pedindo a ela para que o recebesse na frente do prédio, quando DILVA lhe pediu que aguardasse um pouco.

Nesse contexto, as denunciadas DILVA DOLZAN e JUREMA WULF, com a efetiva participação do denunciado ÉDIO NEI DOLZAN, solicitaram a quantia de R$1.500,00 (mil e quinhentos reais), e efetivamente receberam a quantia de R$3.000,00 (três mil reais), em razão da função pública que exerciam, para que permanentemente retardassem ou deixassem de praticar atos de ofício ou os praticassem infringindo os deveres funcionais, tal como de fato ocorrido nos episódios antes descritos.

Por outro lado, a quadrilha/organização criminosa liderada pelos denunciados JOSÉ WODZINSKY, VINÍCIUS WODZINSKY e EVERSON FERNANDO WODZINSKY, com a efetiva participação do denunciado LÍDIO CEPPLI, ofereceu e entregou vantagem indevida, consistente na importância de R$3.000,00 (três mil reais), a funcionários públicos para determiná-los a praticar, omitir ou retardar atos de ofício, tal como de fato ocorrido nos episódios antes descritos.

f.5) MARÇO DE 2008

No mês de março de 2008 os contatos destinados ao pagamento da corrupção pela quadrilha se iniciaram com a conversa da denunciada DILVA DOLZAN com seu filho ÉDIO, pedindo-lhe que falasse com o denunciado VINÍCIUS para que este mandasse dinheiro para 'elas', referindo-se a DILVA e JUREMA.

No dia 17.03.2008, por volta das 10h00min, o denunciado ÉDIO enviou uma mensagem para VINÍCIUS, pedindo que este ligasse para determinado número e pedisse para falar com DILVA. No mesmo dia, DILVA conversou com seu filho, perguntando se este conseguiu contato com VINÍCIUS e ele respondeu ter deixado o recado.

Então, a denunciada DILVA e o denunciado VINÍCIUS passaram a trocar mensagens de texto pelo telefone celular:

a) 'Oi vem aqui em casa agora preciso urgente falar'.

b) Pode ser o Eve????

c) Até hoje a noite quinta feriado'

No dia seguinte, em 18.03.2008, após ter retirado a quantia de R$3.000,00 da banca 'ZÉ-K', o denunciado VINÍCIUS enviou uma mensagem para DILVA, perguntando a que horas estaria em casa e ela respondeu que chegaria às quatro horas.

Às 13h09min, do dia 18.03.2008, VINÍCIUS informou DILVA: *'Vou levar os documentos',* referindo-se ao pagamento do dinheiro destinado à corrupção.

Por fim, como de praxe, o denunciado LÍDIO, encarregado da organização criminosa/quadrilha com a tarefa de transportar o dinheiro da propina até DILVA DOLZAN, telefonou a ela às 15h25min, combinando a entrega para dentro de dez minutos, dizendo que iria subir até o seu apartamento, o que de fato se concretizou.

Nesse contexto, as denunciadas DILVA DOLZAN e JUREMA WULF, com a colaboração do denunciado ÉDIO NEI DOLZAN, solicitaram ou receberam vantagem indevida, em razão da função pública que exerciam, para que permanentemente retardassem ou deixassem de praticar atos de ofício ou os praticassem infringindo os deveres funcionais, tal como de fato ocorrido nos episódios antes descritos.

Por outro lado, a quadrilha/organização criminosa liderada pelos denunciados JOSÉ WODZINSKY, VINICIUS WODZINSKY e EVERSON FERNANDO WODZINSKY, com a efetiva participação do denunciado LÍDIO CEPPLI, ofereceu ou prometeu e entregou vantagem indevida a funcionários públicos para determiná-los a praticar, omitir ou retardar atos de ofício, tal como de fato ocorrido nos episódios antes descritos.

f.6) ABRIL DE 2008

No mês de abril de 2008, os contatos destinados ao pagamento da propina tiveram início no dia 16, com uma seqüência de mensagens entre a denunciada DILVA e o denunciado VINÍCIUS:

'Oi como fica os documentos do dia quinze'

'Amanhã já t entrego'

'Ok'

E no dia seguinte, em 17 de abril de 2008:

'Oi to em casa'

'O documento já ta comigo estou saindo de Curitiba e passo na sua casa'

'Ok'

Prosseguiu no dia 18 de abril de 2008:

'Que horas vc esta atarde em casa'

'As quinze horas'

'Meu amigo passa as 15:30'

'Ok'.

Como estava sendo programado por seus superiores hierárquicos na quadrilha/organização criminosa, o denunciado LÍDIO CEPPLI telefonou para DILVA e combinou com ela a entrega do dinheiro em seu prédio, situado no Bairro Ilha da Figueira.

Logo na seqüência, o denunciado VINICIUS telefonou para LÍDIO, com a finalidade de confirmar se este promoveu a entrega do dinheiro para DILVA, usando o já conhecido código de tratamento da propina como *'documentos',* recebendo resposta afirmativa.

Neste dia 18 de abril de 2008, o denunciado LÍDIO CEPPLI esteve defronte ao prédio onde reside a denunciada DILVA DOLZAN dirigindo o veículo VW/Gol, cor preta, de placas MHS-0005, que se encontra registrado em nome de JOSÉ WODZINSKY.

A denunciada DILVA desceu de seu apartamento, ingressou no automóvel de LÍDIO e de lá saiu com algo parecido com um envelope em suas mãos, onde continha o dinheiro da corrupção.

Nesse contexto, as denunciadas DILVA DOLZAN e JUREMA WULF, solicitaram e receberam vantagem indevida, em razão da função pública que exerciam, para que permanentemente retardassem ou deixassem de praticar atos de ofício ou os praticassem infringindo os deveres funcionais, tal como de fato ocorrido nos episódios antes descritos.

Por outro lado, a quadrilha/organização criminosa liderada pelos denunciados JOSÉ WODZINSKY, VINÍCIUS WO-

DZINSKY e EVERSON FERNANDO WODZINSKY, através da efetiva participação de LÍDIO CEPPLI, ofereceu ou prometeu e entregou vantagem indevida a funcionários públicos para determiná-los a praticar, omitir ou retardar atos de ofício, tal como de fato ocorrido nos episódios antes descritos.

f.7. MAIO DE 2008

No dia 12 de maio de 2008, a denunciada DILVA DOLZAN enviou uma mensagem de texto para VINÍCIUS: *'Vi preciso falar contigo hoje ou amanhã assunto particular urgente'.* Como aparentemente não houve retorno, no dia seguinte, 13.05.2008, a denunciada DILVA insistiu, quando então combinaram um encontro pessoal na parte da tarde.

Contudo, aparentemente VINÍCIUS também não compareceu ao encontro, pois no dia seguinte, em 14.05.2008, às 13h32min, a denunciada DILVA lhe enviou mensagem solicitando o pagamento da propina: *'Oi esperei ontem o retorno mas como não deu peco se possil os documentos de amanhã ser hoje devido um problema meu o restante da conversa tem ser ao vivo'.*

No dia 15 de maio de 2008, a denunciada DILVA DOLZAN insistiu na solicitação do dinheiro da corrupção para VINÍCIUS, novamente lhe enviando mensagem de texto: *'Oi aquilo que te pedi ontem a noite pode ser ate as dez horas pois preciso urgente desculpe ser chata e te incomodar'.*

Frente à insistência, VINÍCIUS disse a DILVA para que ficasse tranqüila que depois LÍDIO iria efetuar a entrega do dinheiro.

De fato, o denunciado VINÍCIUS acionou o co-denunciado LÍDIO CEPPLI para que promovesse a entrega do dinheiro para DILVA *"no endereço de sempre",* quando este ainda lhe lembrou que o valor seria de R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais).

Após a retirada do dinheiro da banca 'Zé-K' com uma espécie de 'vale' em favor de VINÍCIUS WODZINSKY, no qual além do valor continha a inscrição *'não é meu',* a seguir, o denunciado LÍDIO dirigiu-se com o veículo Ford/Escort, de placas MJR-

5555 (este registrado em seu próprio nome) até a Rua Sérgio Sabia, 181, residencial Dom Geovane, Bairro Ilha da Figueira, em que reside a denunciada DILVA DOLZAN, onde chegou por volta das 11h00min.

O denunciado LÍDIO saiu do veículo com uma sacola azul, na qual acondicionou o dinheiro e ingressou no prédio, onde permaneceu por cerca de dez minutos e retornou sem nada trazer nas mãos.

Após a entrega da propina por LÍDIO, a denunciada DILVA DOLZAN conversou com seu filho ÉDIO, ocasião em que este lhe perguntou se já pegou *'o negócio'* (referindo-se ao dinheiro), ao que esta respondeu positivamente.

Nesse contexto, as denunciadas DILVA DOLZAN e JUREMA WULF, solicitaram e receberam vantagem indevida, consistente na quantia de R$3.500,00 (três mil e quinhentos reais), em razão da função pública que exerciam, para que permanentemente retardassem ou deixassem de praticar atos de ofício ou os praticassem infringindo os deveres funcionais, tal como de fato ocorrido nos episódios antes descritos.

Por outro lado, a quadrilha liderada pelos denunciados JOSE WODZINSKY, VINÍCIUS WODZINSKY e EVERSON WODZINSKY, com a efetiva participação do denunciado LÍDIO CEPPLI, ofereceu ou prometeu e entregou vantagem indevida a funcionários públicos para determiná-los a praticar, omitir ou retardar atos de ofício, tal como de fato ocorrido nos episódios antes descritos.

f.8) JUNHO DE 2008

No mês de junho de 2008, a denunciada DILVA também fez contatos com o denunciado VINICIUS, solicitando o pagamento da vantagem financeira mediante uma sucessão de mensagens de texto.

No dia 17 de junho de 2008, logo após os denunciados DILVA e VINÍCIUS terem combinado hora e local para a entrega do

dinheiro da corrupção, o denunciado LÍDIO CEPPLI, sempre encarregado de fazer a entrega, entrou em contato com DILVA.

No entanto, houve um desencontro, visto que DILVA o aguardava na Delegacia de Polícia e LÍDIO estava o prédio onde esta reside, tendo então este combinado de se dirigir até a Delegacia.

Naquela ocasião foi efetivamente entregue o dinheiro, o que veio a ser confirmado por mensagens trocadas entre os denunciados VINÍCIUS e DILVA.

Nesse contexto, as denunciadas DILVA DOLZAN e JUREMA WULF, solicitaram e receberam vantagem indevida, em razão da função pública que exerciam, para que permanentemente retardassem ou deixassem de praticar atos de ofício ou os praticassem infringindo os deveres funcionais, tal como de fato ocorrido nos episódios antes descritos.

Por outro lado, a quadrilha liderada pelos denunciados JOSÉ WODZINSKY, VINÍCIUS WODZINSKY e EVERSON WODZINSKY, com a efetiva participação do denunciado LÍDIO CEPPLI, ofereceu ou prometeu e entregou vantagem indevida a funcionários públicos para determiná-los a praticar, omitir ou retardar atos de ofício, tal como de fato ocorrido nos episódios antes descritos.

f.9) JULHO DE 2008

No dia 15 de julho de 2008 a solicitação do pagamento teve início com o contato de DILVA para VINÍCIUS, mas este respondeu que não poderia conversar naquele momento.

No dia seguinte, em 16 de julho de 2008, a partir das 08h21min, a denunciada DILVA DOLZAN cobrou o pagamento da verba mensal da corrupção mediante a troca de mensagens de texto com o denunciado VINÍCIUS WODZINSKY pelos respectivos telefones celulares.

Naquela tarde, por volta das 16h00min, o denunciado VINICIUS acionou o denunciado LÍDIO CEPPLI para, como de costume, efetuar a entrega do dinheiro no apartamento onde

reside DILVA DOLZAN, desta feita no valor de R$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Sob as ordens de seu superior hierárquico na organização criminosa, a ele vinculado pelo mesmo propósito criminoso, agora já na posse do dinheiro da corrupção, o denunciado LÍDIO CEPPLI fez contato com a denunciada DILVA DOLZAN, combinando a entrega do dinheiro no seu apartamento, quando esta, por mais uma vez, expressou que a propina estava sendo cobrada pela Delegada JUREMA WULF.

Nesse contexto, as denunciadas DILVA DOLZAN e JUREMA WULF, solicitaram ou receberam vantagem indevida, consistente no valor de R$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), em razão da função pública que exerciam, para que permanentemente retardassem ou deixassem de praticar atos de ofício ou os praticassem infringindo os deveres funcionais, tal como de fato ocorrido nos episódios antes descritos.

Por outro lado, a quadrilha liderada pelos denunciados JOSÉ WODZINSKY, VINICIUS WODZINSKY e EVERSON WODZINSKY, com a colaboração do denunciado LÍDIO CEPPLI, ofereceu ou prometeu e entregou vantagem indevida a funcionários públicos para determiná-los a praticar, omitir ou retardar atos de ofício, tal como de fato ocorrido nos episódios antes descritos.

f.10) Demais pagamentos efetuados

Os registros contábeis da Banca 'Zé-K', no entanto, indicam que a quadrilha/organização criminosa já pagava mensalmente quantias em dinheiro para as denunciadas muito antes do início das investigações e continuaram efetuando após o encerramento do período de interceptações telefônicas.

Com efeito, também nos meses de Janeiro, Fevereiro, Março, Abril, Maio, Junho e Julho do ano de 2006, a denunciada JUREMA WULF recebeu vantagem indevida, oferecida e entregue pelos denunciados José Wodzinsky, Everson Wodzinsky e Vinícius José Wodzinsky, consistente no valor de R$2.500,00

(dois mil e quinhentos reais), em razão da função pública que exercia, para que permanentemente retardasse ou deixasse de praticar atos de ofício ou os praticasse infringindo os deveres funcionais, notadamente deixar de fiscalizar as atividades ilegais perpetradas pelos denunciados.

Nos meses de Agosto e Setembro do ano de 2006, a denunciada JUREMA WULF recebeu vantagem, indevida, oferecida e entregue pelos denunciados José Wodzinsky, Everson Fernando Wodzinsky e Vinicius José Wodzinsky, consistente no valor de R$3.500,00 (três mil e quinhentos reais), em razão da função pública que exercia, para que permanentemente retardassem ou deixasse de praticar atos de ofício ou os praticassem infringindo os deveres funcionais.

Nos meses de Março, Abril, Maio, Junho, Julho, Agosto, Setembro e Outubro do ano de 2007, a denunciada JUREMA WULF recebeu vantagem indevida, consistente no valor de R$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), enquanto a denunciada DILVA DOLZAN recebeu vantagem indevida, consistente no valor de R$1.000,00 (um mil reais), oferecidas e entregues pelos denunciados José Wodzinsky, Everson Fernando Wodzinsky e Vinícius José Wodzinsky, em razão da função pública que exerciam, para que permanentemente retardassem ou deixassem de praticar atos de ofício ou os praticassem infringindo os deveres funcionais.

Nos meses de Agosto e Setembro de 2008, a denunciada JUREMA WULF recebeu vantagem indevida, consistente no valor de R$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), enquanto a denunciada DILVA DOLZAN recebeu vantagem indevida, consistente no valor de R$1.000,00 (um mil reais), oferecidas e entregues pelos denunciados José Wodzinsky, Everson Fernando Wodzinsky e Vinícius José Wodzinsky, em razão da função pública que exerciam, para que permanentemente retardassem ou deixassem de praticar atos de ofício ou os praticassem infringindo os deveres funcionais.

3.4. Da quadrilha/organização criminosa

Frente aos fatos acima descritos, constata-se que os denunciados JOSÉ WODZINSKY, seus filhos VINÍCIUS JOSÉ WODZINSKY e EVERSON FERNANDO WODZINSKY, bem como seus funcionários de confiança LÍDIO CEPPLI, SILVIO ANTONIO SUTIL DE OLIVEIRA e RUBENS ALCARRIA JUNIOR, associaram-se em quadrilha ou bando de maneira estável e permanente, com planejamento e divisão de tarefas, para o objetivo de cometer crimes contra a economia popular com a obtenção de ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante processos fraudulentos, consistente na exploração de máquinas caça-níqueis, bem como para o fim de cometer crimes contra a Administração Pública, notadamente os crimes de corrupção ativa/passiva.

3.5. Da lavagem ou ocultação de bens, direitos ou valores

É certo que, em virtude das vultosas somas arrecadadas com as práticas delitivas acima narradas, precisariam os denunciados JOSÉ WODZINSKY, EVERSON FERNANDO WODZINSKY e VINÍCIUS JOSÉ WODZINSKY tornar lícitas as quantias arrecadadas dentro da ilicitude ou ocultar os valores percebidos.

Para tanto, os denunciados utilizaram-se dos expedientes abaixo narrados:

a) Valdecir Balsanelli:

No decorrer da1s investigações verificou-se que a organização criminosa, chefiada por José Wodzinsky e sub-chefiada seus filhos Vinícius José Wodzinsky E Everson Fernando Wodzinsky, ocultou a propriedade de diversos bens imóveis adquiridos com o proveito direto do crime de estelionato coletivo e indireto do crime de corrupção ativa. Para que referidos bens não fossem identificados, os denunciados adquiriram os imóveis e transferiram sua propriedade para Valdecir Balsanelli, que aderiu à conduta dos demais e concordou em tomar a propriedade dos bens para si, como se seus fossem. Os 16 (dezesseis) imóveis

adquiridos pelos denunciados e registrados em nome de Valdecir Balsanelli são:

Endereço do Imóvel

Rua Olívio Domingos Brugnago, lote 17, Vila Nova

Rua Arthur Gumz, Lote 21, Vila Nova

Rua Olívio Domingos Brugnago, lote 18, Vila Nova

Rua Arthur Gumz, Lote 20, Vila Nova

Rua Guilherme Cristiano Wackerhagen, Pionei, Lote 26

Rua Guilherme Cristiano Wackerhagen, Pionei, Lote 47

Rua Emmerich Ruysam, Lote 23

Rua Emmerich Ruysam, Lote 24

Rua Guilherme Cristiano Wackerhagen, Pionei, Lote 25

Rua Guilherme Cristiano Wackerhagen, Pionei, Lote 51

Rua Guilherme Cristiano Wackerhagen, Pionei, Lote 48

Rua Guilherme Cristiano Wackerhagen, Pionei, Lote 49

Rua Guilherme Cristiano Wackerhagen, Pionei, Lote 50

Rua Guilherme Cristiano Wackerhagen, Pionei, Lote 27

Rua Arthur Gumz, Lote 19

Rua Emmerich Ruysam, Lote 22, Vila Nova

Tem-se, assim que a organização criminosa chefiada por José Wodzinsky e sub-chefiada por seus filhos Vinícius José Wodzinsky e Everson Fernando Wodzinsky, agindo diretamente e indiretamente, utilizando-se de Valdecir Balsanelli, que aderiu à prática dos crimes, todos sempre previamente ajustados e com unidade de propósitos, ocultaram e dissimularam a natureza, a origem a disposição e a propriedade dos bens acima referidos, provenientes direta e indiretamente de crimes praticados pela

organização criminosa que chefiavam e continuam chefiando em caráter permanente.

Claudir Odeli: b)

Constatou-se, ainda, que a organização criminosa, chefiada por José Wodzinsky e sub-chefiada por seus filhos Vinícius José Wodzinsky e Everson Fernando Wodzinsky, utilizou-se de outros expedientes para ocultar rendas e bens provenientes de atividades ilícitas.

Com as provas amealhadas aos autos percebe-se que os denunciados José, Everson e Vinícius ocultaram a propriedade de diversas motocicletas adquiridas com o proveito direto do crime de estelionato coletivo e indireto do crime de corrupção ativa. Para que referidos bens não fossem identificados, notadamente em virtude de sua origem ilícita, os denunciados adquiriram as motocicletas e registraram-nas em nome de Claudir Odeli, que conscientemente aderiu à conduta dos demais e concordou em tomar a propriedade dos bens para si, como se seus fossem. Segue abaixo o rol de motocicletas:

- Placas – MCA0226 – Claudir Odeli;

- Placas – MCL4158 – Claudir Odeli;

- Placas – MCR9031 - Claudir Odeli;

- Placas – MCT8396 - Claudir Odeli;

- Placas – MCT8469 - Claudir Odeli;

- Placas – MCY5851 - Claudir Odeli;

- Placas – MDP4332 - Claudir Odeli;

- Placas – MFP1710 - Claudir Odeli;

Cumpre observar que as motocicletas supra referidas eram utilizadas pela organização criminosa, através dos cambistas/apontadores, que eram os responsáveis pela coleta das apostas e pagamento dos prêmios referentes ao 'jogo-do-bicho'.

Tem-se, assim que a organização criminosa chefiada por José Wodzinsky e sub-chefiada por seus filhos Vinicius José Wodzinsky e Everson Fernando Wodzinsky, agindo diretamente e indiretamente, utilizando-se de Claudir Odeli, que aderiu à prática dos crimes, todos sempre previamente ajustados e com unidade de propósitos, ocultaram e dissimularam a natureza, a origem a disposição e a propriedade dos bens acima referidos, provenientes diretamente do crime de estelionato coletivo e indiretamente do crime de corrupção ativa.

Vinex Moto Express Serv. Ltda ME:

Não bastasse a utilização de terceiras pessoas para ocultar a propriedade de bens, a organização criminosa chefiada por José Wodzinsky e sub-chefiada por seus filhos Vinicius José Wodzinsky e Everson Fernando Wodzinsky, também criou uma empresa com a única finalidade de subsidiar a atividade ilícita, adquirindo bens em seu nome.

Aí aparece a empresa Vinex Moto Express Serv. Ltda ME – CNPJ 09.094.620/0001-01, de propriedade dos denunciados Vinícius e Everson Wodzinsky.

Embora na verdade não desenvolva nenhuma atividade empresarial, a referida empresa é proprietária de várias motocicletas utilizadas na atividade ilícita, pois os cambistas/apontadores utilizavam-se delas para fazer o recolhimento das apostas e pagamentos dos prêmios referentes ao 'jogo-do-bicho'. Segue abaixo o rol de motocicletas:

- Placas – MCO4098 – Vinex Moto Express Serv.;

- Placas – MES1918 - Vinex Moto Express Serv.;

- Placas – MES1998 - Vinex Moto Express Serv.;

- Placas – MES2058 - Vinex Moto Express Serv.;

- Placas – MES2088 - Vinex Moto Express Serv.

Tem-se, assim que a organização criminosa chefiada por José Wodzinsky e sub-chefiada por seus filhos Vinícius José Wo-

dzinsky e Everson Fernando Wodzinsky, constituiu licitamente a empresa Vinex Moto Express Serv., para que fosse utilizada para fins ilícitos, dissimulando a natureza dos bens de sua propriedade, provenientes diretamente do crime de estelionato coletivo e indiretamente do crime de corrupção ativa.

Luciani Maria Wodzinsky:

Mas os denunciados não ocultavam apenas bens. Segundo apurou-se, utilizaram-se da conta corrente da filha do denunciado José, irmã dos denunciados Vinícius e Everson, para ocultar e movimentar valores provenientes da atividade ilícita.

Entre dezembro de 2006 e outubro de 2008, segundo extratos anexados ao presente procedimento, a Conta Corrente nº 66.014-0, agência 0405-7, Banco do Brasil, de Luciani foi movimentada por várias vezes por vultosas somas provenientes da atividade ilícita, sejam elas resgates de investimentos ou depósitos. Seguem, abaixo, a título exemplificativo, algumas das movimentações, cujo montante total será apurado com maior precisão ao final da instrução processual:

(...)

Tem-se, assim, que a organização criminosa chefiada por José Wodzinsky e sub-chefiada por seus filhos Vinícius Jose Wodzinsky e Everson Fernando Wodzinsky, em comunhão de vontades com Luciani Maria Wodzinsky, sempre previamente ajustados e com unidade de propósitos, ocultaram a origem, movimentação e propriedade de valores provenientes diretamente do crime de estelionato coletivo e indiretamente do crime de corrupção ativa, utilizando-se da conta corrente da denunciada Luciani para tal desiderato.

Walter Pinter: e)

O mesmo expediente foi utilizado com Walter Pinter, que também cedeu uma conta bancária para que os denunciados José Wodzinsky, Vinícius José Wodzinsky e Everson Fernando

> Wodzinsky ocultassem e movimentassem valores auferidos com a prática delitiva.
>
> Entre dezembro de 2006 e outubro de 2008, segundo extratos anexados ao presente procedimento, a Conta Corrente nº 18.954-5, agência 0405-7, Banco do Brasil, de Walter Pinter foi movimentada por várias vezes por vultosas somas provenientes da atividade ilícita.
>
> Apenas a título de exemplo, segue a tabela abaixo contendo alguns dos depósitos de valores originários das infrações penais que foram efetuados na conta bancária de Walter Pinter, cujo montante total será apurado com maior precisão ao final da instrução processual:
>
> (...)
>
> Desse modo, a organização criminosa chefiada por José Wodzinsky e sub-chefiada por seus filhos Vinícius José Wodzinsky e Everson Fernando Wodzinsky, em comunhão de vontades com Walter Pinter, sempre previamente ajustados e com unidade de propósitos, ocultaram a origem, movimentação e propriedade de valores provenientes diretamente do crime de estelionato coletivo e indiretamente do crime de corrupção ativa, utilizando-se da conta corrente do denunciado Walter Pinter para tal desiderato'.

Finalmente, o Órgão Ministerial pleiteou o recebimento da peça acusatória; a citação dos acusados; a inquirição das testemunhas arroladas; a condenação dos acusados nos termos da peça exordial; a decretação da perda dos cargos dos agentes públicos condenados; e, a decretação da perda dos instrumentos, produto e qualquer bem e valor que constitua proveito das infrações denunciadas.

Registre-se que com os presentes autos, acompanham os Autos de Investigação Criminal nº 01/2008, Autos de Interceptação Telefônica nº 036.07.009087-0, Autos de Busca e Apreensão nº 036.08.010314-1, Autos de Restituição de Coisa Apreendida nº 036.08.010314-1/001, Autos de Prisão Temporária/Preventiva nº 036.08.010317-6 (decretada prisão preventiva dos acusados Édio Nei Dolzan, Vinícius José Wodzinsky, Everson Fernando Wodzinsky, Lídio Ceppli, Sílvio Antônio Sutil de Oliveira, Rubens Alcarria Junior, José Wodzinsky, Dilva Dolzan

e Jurema Wulf – fls. 74/90), Autos de Quebra de Sigilo Bancário nº 036.08.01739-3 e Autos 'Outros' nº 036.07.010357-2.

Laudo Pericial de placas eletrônicas acostado às fls.176/195.

Antecedentes criminais certificados às fls. 970/997.

Em seguida, estando preenchidos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal (CPP), a denúncia foi recebida em 18.11.2008, nos termos do artigo 396 do CPP, com a citação dos denunciados para apresentar defesa em 10(dez) dias (fl. 998).

O defensor de Dilva Dolzan requereu a aplicação do artigo 514 do Código de Processo Penal, em razão de a acusada ser funcionária pública aposentada (fls. 1.038/1.039), o que foi indeferido sob o fundamento da existência de concurso de crimes (crime funcional com crimes comuns), afastando-se, assim, o seu direito à notificação para manifestação prévia ao recebimento da denúncia (fls. 1.045/1.047).

O defensor de Jurema Wulf requereu, também, a aplicação do artigo 514 do Código de Processo Penal, ao argumento de a acusada ser funcionária pública e porque os crimes imputados a sua pessoa são todos contra a administração pública (fls. 1.068/1.069), o que foi indeferido sob o fundamento da existência de concurso de crimes. Na oportunidade, foi deferido o pedido de exame pericial nos materiais e aparelhos apreendidos (itens 4 e 5 da denúncia) (fls. 1.072/1.074).

Através da decisão de fl. 1.097, foi deferido o pedido de transferência requerida por Jurema Wulf.

Citado (fl. 1.023), o acusado Edio Nei Dolzan, por defensor constituído, apresentou resposta à acusação, refutando a denúncia, com a juntada de rol de testemunhas (fls. 1.406/1.407).

Citado (fl. 1.025), o acusado Rubens Alcarria Junior, por defensor constituído, apresentou resposta à acusação, na qual argüiu as seguintes preliminares: a) a ilegalidade da investigação criminal conduzida por membro do Ministério Público; b) ilegalidade da interceptação telefônica; e c) ilicitude das provas por derivação, quais sejam, busca e apreensão, quebra de sigilo bancário e sequestro de bens. No mérito, negou os fatos narrados na denúncia, com apresentação de rol de testemunhas (fls. 1.413/1.429).

Citado (fl. 1.021), o acusado Walter Pinter, por defensor constituído, apresentou resposta à acusação, arguindo as seguintes preliminares: a) a ilegalidade da investigação criminal conduzida por membro do Ministério Público; b) ilegalidade da interceptação telefônica; e c) ilicitude das provas por derivação, quais sejam, busca e apreensão, quebra de sigilo bancário e sequestro de bens. No mérito, negou os fatos narrados na denúncia, com apresentação de rol de testemunhas (fls. 1.430/1.446).

Citado (fl. 1.021), o acusado Claudir Odéli, por defensor constituído, apresentou resposta à acusação, na qual argüiu as seguintes preliminares: a) a ilegalidade da investigação criminal conduzida por membro do Ministério Público; b) ilegalidade da interceptação telefônica; e c) ilicitude das provas por derivação, quais sejam, busca e apreensão, quebra de sigilo bancário e sequestro de bens. No mérito, negou os fatos narrados na denúncia, com apresentação de rol de testemunhas (fls. 1.446-A/1.462).

Citado (fl. 1.025), o acusado Valdecir Balsanelli, por defensor constituído, apresentou resposta à acusação, na qual argüiu as seguintes preliminares: a) a ilegalidade da investigação criminal conduzida por membro do Ministério Público; b) ilegalidade da interceptação telefônica; e c) ilicitude das provas por derivação, quais sejam, busca e apreensão, quebra de sigilo bancário e sequestro de bens. No mérito, negou os fatos narrados na denúncia, com apresentação de rol de testemunhas (fls. 1.463/1.479).

Citado (fl. 1.025), o acusado Silvio Antonio Sutil de Oliveira, por defensor constituído, apresentou resposta à acusação, na qual argüiu as seguintes preliminares: a) a ilegalidade da investigação criminal conduzida por membro do Ministério Público; b) ilegalidade da interceptação telefônica; e c) ilicitude das provas por derivação, quais sejam, busca e apreensão, quebra de sigilo bancário e sequestro de bens. No mérito, negou os fatos narrados na denúncia, com apresentação de rol de testemunhas (fls. 1.480/1.496).

Citado (fl. 1.032), o acusado Lídio Ceppli, por defensor constituído, apresentou resposta à acusação, na qual argüiu as seguintes preliminares: a) a ilegalidade da investigação criminal conduzida por membro do Ministério Público; b) ilegalidade da interceptação telefônica; e c) ilicitude das provas por derivação, quais sejam, busca e apreensão, quebra de sigilo bancário e sequestro de bens. No mérito, negou os

fatos narrados na denúncia, com apresentação de rol de testemunhas (fls. 1.499/1.515).

Citados (fls. 1.030, 1.035, 1.405 e 1.552, 1.556), os acusados José Wodzinsky, Vinícius José Wodzinsky, Everson Fernando Wodzinsky e Luciani Maria Wodzinsky, por defensor constituído, apresentaram resposta à acusação, na qual arguiram as seguintes preliminares: a) a ilegalidade da investigação criminal conduzida por membro do Ministério Público; e b) ilegalidade da interceptação telefônica. No mérito, negou os fatos narrados na denúncia, com apresentação de rol de testemunhas (fls. 1.517/1.547). Os acusados Vinícius José Wodzinsky e Everson Fernando Wodzinsky aditaram as defesas para apresentar o rol de testemunhas (fls. 1.563 e 1.601, respectivamente).

Citada (fls. 1.405), a acusada Dilva Dolzan, por defensor constituído, apresentou resposta à acusação, na qual arguiu as seguintes preliminares: a) a ilegalidade da investigação criminal conduzida por membro do Ministério Público e b) ilegalidade da interceptação telefônica. No mérito, pugnou pela absolvição sumária e juntou rol de testemunhas (fls. 1.567/1.580).

Citada (fls. 1.410 e 1.554) a acusada Jurema Wulf, por defensor constituído, apresentou resposta à acusação, na qual arguiu as seguintes preliminares: a) a ilegalidade da investigação criminal conduzida por membro do Ministério Público e pela não observância do princípio do promotor natural; b) a incompetência do Juízo de Jaraguá do Sul para processar e julgar infração relacionada a fatos que ocorreram no município de Guaramirim; c) a não observância do rito legal (artigos 513 e seguintes do Código de Processo Penal); d) ilegalidade da interceptação telefônica e; e) irregularidades na quebra de sigilo bancário. No mérito, pugnou pela absolvição sumária e juntou rol de testemunhas (fls. 1.582/1.598).

Em análise decisão às fls. 1.602/1.603, foram afastadas as seguintes preliminares: a) a ilegalidade da investigação conduzida pelo Ministério Público; e b) a nulidade das fundamentações das decisões que concederam a prorrogação das escutas telefônicas. Restou consignado que as demais preliminares aventadas pelas defesas seriam analisadas por ocasião da prolação da sentença, não ensejando absolvição sumária.

Na oportunidade, após analisados pedidos de realização de perícia e dos materiais apreendidos, foram designadas audiências de instrução

fracionadas, diante do grande número de testemunhas e réus a serem ouvidos.

Às fls. 1.605/1.606 e 1.687/1.689, em correição permanente, foram deferidos alguns pedidos formulados pelas defesas.

Acostados aos autos Laudo Pericial nº 037/IC/2009, às fls. 1.807/1.819 (material utilizado para a prática da loteria ilegal do 'Jogo do Bicho').

Aportaram aos autos os esclarecimentos médicos a respeito da saúde do acusado José Wodzinsky (fls. 1.821/1.822).

Decisão de *Habeas Corpus* interposto em favor dos acusados José Wodzinsky, Everson Fernando Wodzinsky e Vinícius José Wodzinsky (fls. 1.824/1.825), – negando o Tribunal de Justiça Catarinense a ordem pleiteada.

Realizada audiência de instrução, foram ouvidas: 5 (cinco) testemunhas de acusação (fls. 1.829/1.842); 4 (quatro) testemunhas de defesa da acusada Dilva Dolzan (fls. 2.241/2.242, 2.352, 2.632, 2.812); 2 (duas) testemunhas de defesa do acusado Édio Nei Dolzan (fls. 2.243/2.246); 4 (quatro) testemunhas de defesa da acusada Jurema Wulf (fls. 2.405/2.408, 2.962); 2 (duas) testemunhas de defesa do acusado Vinícius José Wodzinsky (fls. 2.949/2.954); 3 (três) testemunha de defesa do acusado Lídio Ceppli (fls. 2.963/2.968); 2 (duas) testemunhas de defesa do acusado José Wodzinsky (fls. 2.987/2.988); 1 (uma) testemunha de defesa do acusado Everson Fernando Wodzinsky (fls. 2.989).

O Representante Ministerial desistiu da oitiva de 4 (quatro) testemunhas (fl. 1.827). A defesa da acusada Luciani Maria Wodzinsky desistiu da oitiva de todas as suas testemunhas (fl. 1.827). A defesa do acusado Everson Fernando Wodzinsky desistiu da oitiva de 3 (três) testemunhas (fl. 1.827). A defesa do acusado Vinícius José Wodzinsky desistiu da oitiva de 1 (uma) testemunha (fl. 1.827). A defesa do acusado José Wodzinsky desistiu da oitiva de 6 (seis) testemunhas (fl. 1.828). A defesa da acusada Dilva Dolzan desistiu da oitiva de 1 (uma) testemunha (fl. 1.828). A defesa dos acusados Silvio Antonio Sutil de Oliveira, Rubens Alcarria Filho, Claudir Odeli, Walter Pinter e Waldecir Balsanelli desistiu de todas as testemunhas arroladas (fl. 1.864). A defesa do acusado Lídio Ceppli desistiu da oitiva de 5 (cinco) testemunhas (fls. 1.865 e. 2.961). A defesa dos acusados Édio Nei Dolzan e Dilva Dolzan desistiu da oitiva de 7 (sete) testemunhas (fl. 2.240). A defesa da acusada Jurema desistiu da oitiva de 4 (quatro) testemunhas (fl. 2.404).

A defesa dos acusados José Wodzinsky, Vinícius Wodzinsky e Everson Wodzinsky apresentou pedido de revogação da prisão preventiva destes, assim como as defesas dos acusados Dilva Dolzan e Édio Nei Dolzan (fls. 1.827/1.828) e Jurema Wulf (fls. 1.828). Após parecer desfavorável do Representante Ministerial (fls.1.853/1.863), foram indeferidos os pedidos pela magistrada (fls. 2.247/2.248)

Foram acostados os Laudos Periciais de números 706/IC/2009 (fls. 1.895/1.904), 708/IC/2009 (fls. 1.905/1.915), 709/IC/2009 (fls. 1.916/1.926), 710/IC/2009 (fls. 1.927/1.965), 711/IC/2009 (fls. 1.966/1.987), 712/IC/2009 (fls. 1.988/2.002), 714/IC/2009 (fls. 2.003/2.014), 713/IC/2009 (fls. 2.015/2.047), 715/IC/2009 (fls. 2.048/2.065), 716/IC/2009 (fls. 2.066/2.082), 717/IC/2009 (fls. 2.083/2.094), 718/IC/2009 (fls. 2.095/2.105), 719/IC/2009 (fls. 2.106/2.117), 720/IC/2009 (fls. 2.118/2.128), 721/IC/2009 (fls. 2.129/2.141), 722/IC/2009 (fls. 2.142/2.156), 723/IC/2009 (fls. 2.157/2.169), 724/IC/2009 (fls. 2.170/2.185), 725/IC/2009 (fls. 2.186/2.201), 726/IC/2009 (fls. 2.202/2.215), 727/IC/2009 (fls. 2.216/2.227), 728/IC/2009 (fls. 2.228/2.238).

Juntados diversos ofícios pelo Representante do Ministério Público (fls. 2.249/2.264).

Decisão de *Habeas Corpus* interposto em favor dos acusados José Wodzinsky, Everson Fernando Wodzinsky, Vinícius José Wodzinsky, Lídio Ceppli, Silvio Sutil de Oliveira e Rubens Alcarria Júnior (fls. 2.333/2.336), julgado prejudicado, pela Corte Catarinense, ante a perda de objeto.

Determinada a remoção do acusado José Wodzinsky para a Penitenciária de Joinville, tendo em vista a condição de saúde deste, em 25/03/2009 (fls. 2.450).

Acostado aos autos Laudo Pericial de Levantamento em Local de Busca e Apreensão e Complementação de outros Laudos (fls. 2.535/2.616).

Decisão de *Habeas Corpus* interposto em favor do acusado José Wodzinsky (fl. 2.634), deferindo o Tribunal de Justiça Catarinense o pedido de prisão domiciliar.

Em seus interrogatórios, os acusados Lídio Ceppli, Sílvio de Oliveira, Claudir Odeli, Walter Pinter e Valdecir Balsanelli reservaram-se ao direito de permanecer em silêncio (fl. 2.690). Da mesma forma pro-

cederam os acusados Rubens Alcarria Filho (fl. 2.691), Dilva Dolzan (fl. 2.737), Lídio Ceppli (fl. 2.768), Silvio Antonio Sutil de Oliveira (fls. 2.769), Claudir Odeli (fls. 2.770), Walter Pinter (fl. 2.771), Valdecir Balsanelli (fl. 2.772), José Wodzinsky (fl. 2.843/2.844), Everson Fernando Wodzinsky (fl. 2.845), Vinícius José Wodzinsky (fl. 2.846), Luciani Maria Wodzinsky (fl. 2.847).

Os acusados Edio Nei Dolzan e Jurema Wulf foram interrogados às fls. 2.781/2.784 e 2.796/2.802, respectivamente.

Decisão de *Habeas Corpus* interposto em favor dos acusados José Wodzinsky, Everson Fernando Wodzinsky, Vinícius José Wodzinsky, Jurema Wulf, Dilva Dolzan, Édio Nei Dolzan, Lídio Ceppli, Silvio Antonio Sutil de Oliveira, Rubens Alcarria Júnior, Luciani Maria Wodzinsky, Claudir Odeli, Walter Pinter e Valdecir Balsanelli (fls. 2.856/2.861), denegando o Tribunal de Justiça a ordem pleiteada, por entender inexistente qualquer ilegalidade na decisão que recebeu a denúncia.

Decisão de *Habeas Corpus* interposto em favor do acusado José Wodzinsky (fls. 2.884/2.885), deferindo a Corte Catarinense a liminar para admitir assistente técnico para acompanhar perícia.

Pugnada pela defesa de Jurema Wulf a revogação da prisão preventiva (fl. 2.795), por ocasião de seu interrogatório, o mesmo foi indeferido às fls. 2.886/2.888.

Em sede de diligências, o Ministério Público requereu a juntada dos documentos de fls. 2.897/2.905. A defesa dos acusados José Wodzinsky, Everson Fernando Wodzinsky, Vinícius José Wodzinsky e Luciani Maria Wodzinsky requereu a realização de perícia de voz nas gravações telefônicas em que seus clientes são interlocutores, ante a negativa destes de serem os autores dos diálogos (fls. 2.991/2.995), o que foi indeferido às fls. 3.021/3.024.

Concedida prisão domiciliar ao acusado José Wodzinsky, em caráter excepcional, após apresentação de laudo pericial, em 22/05/2009 (fl. 2.911).

A defesa dos acusados José Wodzinsky, Vinícius Wodzinsky e Everson Wodzinsky apresentou pedido de revogação da prisão preventiva destes (fls. 2.912/2.921). Após parecer desfavorável do Representante Ministerial (fls. 2.923/2.927), foram os pedidos indeferidos (fls. 2.973/2.975).

Decisão de *Habeas Corpus* interposto em favor do acusado José Wodzinsky, Everson Fernando Wodzinsky e Vinícius José Wodzinsky (fls. 2.935/2.939), denegando a revogação da prisão preventiva.

À fl. 3.055, foi determinado às partes o oferecimento de alegações finais.

Em alegações finais (fls. 3.056/3.406), o Ministério Público pugnou pela rejeição das preliminares suscitadas pelos acusados, sustentando a possibilidade de investigação criminal direta por parte de membro do Ministério Público; a legalidade das interceptações deferidas; e, a não violação do princípio do promotor natural. No mérito, requereu a condenação dos acusados nos termos da denúncia, com a decretação da perda dos objetos apreendidos. Postulou, por fim, a decretação da perda do cargo das agentes públicas Jurema Wulf e Dilva Dolzan.

Comunicação da decisão em *Habeas Corpus* interposto em favor do acusado Everson Fernando Wodzinsky (fl. 3.406), concedendo a ordem pleiteada para sua soltura, o que foi cumprido à fl. 3.407).

Decisões de *Habeas Corpus* interposto em favor dos acusados Vinícius José Wodzinsky, Jurema Wulf, Dilva Dolzan e Everson Wodzinsky às fls. 3.435/3.436), negando o Tribunal de Justiça Catarinense a ordem; às fls. 3.437/3.446, decisão do Superior Tribunal de Justiça, negando a ordem; e, às fls. 3.452/3.459, decisão do Tribunal de Justiça Catarinense confirmando a liminar que deferiu prisão domiciliar até realização de exame cardiológico do acusado José Wodzinsky.

Comunicação da decisão de *Habeas Corpus* interposto em favor da acusada Jurema Wulf (fls. 3.461/3.462), concedendo a ordem de soltura pelo Superior Tribunal de Justiça.

A defesa do acusado Vinícius José Wodzinsky apresentou pedido de revogação da prisão preventiva às fls. 3.464/3.470.

Em alegações finais (fls. 3.473/3.596), a defesa dos acusados José Wodzinsky, Vinícius José Wodzinsky, Everson Fernando Wodzinsky e Luciani Maria Wodzinsky requereu: a) nulidade do processo pela iniciativa investigatória do Ministério Público; b) ilegalidade das interceptações telefônicas, em razão das seguintes irregularidades: (1) deferimento da interceptação telefônica e posteriores prorrogações em virtude de terem sido deferidas de forma ilegal, posto que totalmente desfundamentadas; (2) ilegalidade da escuta telefônica por mais de um ano; (3) nulidade em função da falta de formalidade quanto à nomeação do perito; (4)

ausência de degravação das escutas na integralidade; (5) não realização de perícia para a comprovação da voz. No mérito, pugnou pelas suas absolvições, ratificando suas alegações preliminares, acrescentando que não restou caracterizada a organização criminosa, tampouco a corrupção ativa, pois o ato de 'entregar' dinheiro não está inserto no núcleo penal apontado. Com relação à lavagem de dinheiro, arguiu ausência de tipicidade: a) em razão da ausência da elementar típica 'crime'; b) em razão da ausência de crime antecedente constante no rol taxativo; c) em razão dos supostos crimes antecedentes terem se configurado posteriormente à aquisição de bens; d) ausência de dolo para ocultar os valores depositados na conta de Luciani Maria Wodzinsky e de Walter Pinter. Juntou os documentos de fls. 3.597/3.736.

A defesa de Vinícius Wodzinsky formulou novo pedido de revogação da prisão preventiva (fls. 3.740/3.741), indeferido à fl. 3.742.

Em alegações finais (fls. 3.744/3.763), a defesa do acusado Lídio Ceppli requereu sua absolvição suscitando, preliminarmente, a ilegalidade do poder investigatório do Ministério Público e a ilegalidade das interceptações telefônicas realizadas, bem como das provas obtidas através do cumprimento dos mandados de busca e apreensão. No mérito, pugnou pela absolvição, por não restarem comprovadas as acusações da denúncia. Sustentou que o crime de formação de quadrilha não restou caracterizado por não incidir sobre a contravenção do jogo do bicho; por não estar provado o crime de corrupção ativa; e, ainda, por tratar-se de único crime, e não de crimes variados.

Determinada a expedição de alvará de soltura em favor da acusada Dilva Dolzan (fl. 3.765) e do acusado Vinícius José Wodzinsky (fl. 3.785).

A defesa do acusado José Wodzinsky formulou novo pedido de liberdade provisória (fls. 3.787/3.788), indeferido à fl. 3.787.

Em alegações finais (fls. 3.794/3.818), a defesa do acusado Silvio Antonio Sutil de Oliveira requereu sua absolvição suscitando, preliminarmente, a ilegalidade do poder investigatório do Ministério Público e a ilegalidade das interceptações telefônicas realizadas, bem como das provas obtidas através do cumprimento dos mandados de busca e apreensão. No mérito, pugnou pela absolvição, por não restarem comprovadas as acusações da denúncia. Afirmou que o crime contra a economia popular não restou caracterizado diante da ausência da materialidade e atipicidade do crime referido, e porque caracterizada

a contravenção do jogo de azar. Em relação ao crime de formação de quadrilha, alegou que este não restou caracterizado ante a ausência de constituição do tipo penal.

Em alegações finais (fls. 3.819/3.843), a defesa do acusado Rubens Alcarria Junior requereu sua absolvição suscitando, preliminarmente, a ilegalidade do poder investigatório do Ministério Público e a ilegalidade das interceptações telefônicas realizadas, bem como das provas obtidas através do cumprimento dos mandados de busca e apreensão. No mérito, pugnou pela absolvição pela ausência da constituição dos tipos penais.

Em alegações finais (fls. 3.861/3.888), a defesa do acusado Walter Pinter requereu sua absolvição suscitando, preliminarmente, a ilegalidade do poder investigatório do Ministério Público e a ilegalidade das interceptações telefônicas realizadas, bem como das provas obtidas através do cumprimento dos mandados de busca e apreensão. No mérito, pugnou pela absolvição do acusado quanto ao crime de lavagem de dinheiro, diante da ausência de qualquer vinculação do mesmo aos crimes antecedentes. Alternativamente, em caso de condenação, pugnou pela condenação no crime de jogo de azar em concurso de pessoas.

Em alegações finais (fls. 3.889/3.916), a defesa do acusado Valdecir Balsanelli requereu sua absolvição suscitando, preliminarmente, a ilegalidade do poder investigatório do Ministério Público e a ilegalidade das interceptações telefônicas realizadas e das provas obtidas através destas, bem como das provas obtidas mediante o cumprimento dos mandados de busca e apreensão. No mérito, pugnou pela absolvição do acusado quanto ao crime de lavagem de dinheiro, diante da ausência de qualquer vinculação do mesmo aos crimes antecedentes. Alternativamente, em caso de condenação, pugnou pela condenação no crime de jogo de azar em concurso de pessoas.

Em alegações finais (fls. 3.917/3.944), a defesa do acusado Claudir Odeli requereu sua absolvição, suscitando preliminarmente, a ilegalidade do poder investigatório do Ministério Público e a ilegalidade das interceptações telefônicas realizadas e das obtidas através destas, bem como das provas obtidas mediante o cumprimento dos mandados de busca e apreensão. No mérito, pugnou pela absolvição do acusado quanto ao crime de lavagem de dinheiro, diante da ausência de qualquer vinculação do mesmo aos crimes antecedentes. Alternativamente, em

caso de condenação, pugnou pela condenação no crime de jogo de azar em concurso de pessoas.

Nomeada defensora dativa às acusadas Dilva Dolzan e Jurema Wulf, à fl. 3.959.

Determinada a expedição de alvará de soltura em favor do acusado José Wodzinsky, à fl. 3.964.

Em alegações finais (fls. 3.973/3.985), a defesa do acusado Edio Nei Dolzan requereu sua absolvição suscitando, preliminarmente: a) a nulidade do processo pelo cerceamento de defesa, por não haver tido acesso aos autos de interceptação telefônica quando da apresentação das suas razões finais; b) ausência de incidente de apensamento da interceptação telefônica e de sua inutilização; c) incompetência do Ministério Público em proceder a investigação das infrações penais; d) ilicitude das degravações; e) ilegalidade da prova, em decorrência das prorrogações das interceptações telefônicas; f) nulidade do processo a partir do despacho de fl. 1.576, por ofensa ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa, determinando-se a intimação do defensor constituído para que se manifeste sobre a nomeação de assistente e apresentação de quesitos. No mérito, pugnou pela absolvição do acusado por não estar provado que este tenha praticado qualquer dos fatos narrados na inicial acusatória.

Em alegações finais (fls. 3.987/4.008), a defesa dativa da acusada Jurema Wulf requereu sua absolvição suscitando, preliminarmente: a) ilegitimidade do poder investigatório do Ministério Público; b) ilegalidade das interceptações telefônicas. No mérito, sustentou que as provas testemunhais de acusação e as interceptações telefônicas não provam a ocorrência dos crimes imputados à acusada, bem como que o testemunho de Willian da Silva foi contraditório. Acrescentou que: a) as testemunhas de defesa comprovaram sua conduta ilibada; b) a denúncia por violação de sigilo profissional é inepta, pois não expõe nexo de causa e efeito entre a imputada revelação e a mesma; c) a denúncia por prevaricação é inepta, porquanto não indicou o interesse ou sentimento pessoal que moveu a acusada; d) a denúncia por advocacia administrativa é inepta, pois não foi demonstrado o dolo de a acusada patrocinar interesse privado perante a administração pública; e) a denúncia por falsidade ideológica é inepta, por não restar comprovado que o teor do documento tenha alterado a verdade dos fatos.

Decisões de *Habeas Corpus* interpostos em favor do acusado Everson Fernando Wodzinsky Vinícius José Wodzinsky, às fls. 4.011/4.014 e 4.016/4.020, concedendo o Tribunal de Justiça Catarinense as ordens de soltura pleiteadas.

Em alegações finais (fls. 4.021/4.031), a defesa da acusada Dilva Dolzan requereu sua absolvição suscitando, preliminarmente: a) ausência de fundamentação na renovação das escutas telefônicas, com consequente nulidade de todas as provas advindas da interceptação telefônica; b) ofensa ao artigo 159 do Código de Processo Penal; c) incompetência do Ministério Público em proceder a investigação das infrações penais; d) interceptações telefônicas renovadas de maneira sucessiva; e) nulidade pela não realização de perícia para comprovação da voz na degravação das escutas na integralidade e verificação da sua idoneidade; f) nulidade do processo a partir do despacho de fl. 1.576, por ofensa ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa, determinando-se a intimação do defensor constituído para que se manifeste sobre a nomeação de assistente e apresentação de quesitos. No mérito, pugnou pela absolvição da acusada por não estar provado que esta tenha praticado qualquer dos fatos narrados na inicial acusatória.

A defesa dos acusados José Wodzinsky, Everson Fernando Wodzinsky, Vinícius José Wodzinsky e Luciani Wodzinsky apresentou 'reforço às alegações finais', às fls. 4.032/4.041, salientando: 1) nulidade das perícias, com os seguintes argumentos: a) nulidade decorrente da negativa aos quesitos apresentados pela defesa de Jurema Wulf; b) negativa de jurisdição (não análise pelo juízo de petição apresentando um quinto quesito para a realização da perícia); c) nulidade de Laudos Periciais ns. 706 a 728/IC/2009 (prova unilateral – somente quesitos da acusação; ausência de publicidade; não foi oportunizada a nomeação de assistentes técnicos; frustradas as perícias requeridas pelas partes); d) nulidade específica ao laudo pericial 709/IC/2009; e) nulidade específica ao laudo pericial 722/IC/2009; f) nulidade do laudo pericial 730/IC/2009; g) nulidade do laudo pericial 037/IC/2009; 2) nulidade por negativa de prova; 3) nulidade dos interrogatórios e testemunhos, diante da: a) ofensa ao princípio da não autoincriminação; b) falta de intimação das defesas com antecedência razoável; c) nulidade do interrogatório de Jurema Wulf por defesa conflitante; 4) nulidade da juntada de prova pela acusação.

> A defesa constituída da acusada Jurema Wulf, às fls. 4.045/4.172, apresentou novas razões derradeiras, aduzindo preliminarmente: a) ilegalidade da investigação Ministerial, em razão de o inquérito Ministerial não possuir forma prevista em lei; b) ofensa ao princípio constitucional do promotor natural; c) inobservância do rito processual (nulidade absoluta); d) nulidade absoluta em relação à fundamentação das quebras de sigilo telefônico, bem como do tempo de duração das interceptações telefônicas e suas sucessivas renovações por mais de um ano; d) nulidade absoluta ante a quebra de sigilo bancário da acusada; e) nulidade do recebimento da denúncia; f) nulidade da ação penal pela prova ilícita; g) nulidade da prova pericial realizada em juízo; h) não abertura de vista do processo para alegações finais; i) incompetência deste juízo para processar e julgar infração relacionada à suposta falsidade ideológica. No mérito, argumentou que não há provas para condenação e, consequentemente, pugnou pela absolvição.
>
> Atualizados os antecedentes criminais dos acusados às fls. 4.185/4.213" (fls. 4.214-4.263, como no original).

Sobreveio adiante sentença, com parcial provimento da denúncia, nos seguintes termos:

> "Ante o exposto, AFASTO as preliminares e, no mérito, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido deduzido da denúncia para, em consequência:
>
> (1) CONDENAR Jurema Wulf: *(a)* por infração ao art. 299, parágrafo único, do CP e art. 317, *caput*, e §1°,c/c o art. 327, § 2°, na forma do art. 71, *caput*, todos do CP (28 vezes), ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 11 (onze) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime inicial fechado; *(b)* por infração ao art. 319, c/c art. 327, § 2º, do CP; art. 321, parágrafo único, c/c art. 327, § 2º, do CP; e art. 325, *caput*, c/c art. 327, §2°, do CP, na forma do art. 71, *caput*, do CP (02 vezes), ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 03 (três) anos, 05 (cinco) meses e 50 (cinquenta) dias de detenção, no regime inicial semiaberto; *(c)* por infração aos dispositivos acima, ao pagamento de pena pecuniária fixada em *)* 155 (cento e cinquenta e cinco) dias-multa, no valor unitário de 1/3 (um terço) do salário mínimo da época, corrigido para a ocasião do pagamento.
>
> CONDENAR a acusada ao pagamento das custas processuais, *pro rata.*

DECRETAR a perda do cargo público da ré (art. 92, I, do CP).

(2) CONDENAR Dilva Dolzan: *(a)* por infração ao art. art. 299, parágrafo único do CP, e art. 317, *caput*, e §1°, na forma do art. 71, *caput*, do CP (19 vezes), ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 09 (nove) anos de reclusão, no regime inicial fechado; *(b)* por infração ao art. 319 do CP e art. e 325, *caput*, na forma do art. 71, *caput*, ambos do CP (02 vezes), ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 02 (dois anos e 20 (vinte) dias de detenção, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de sanção pecuniária de 109 (cento e nove) dias-multa, no valor unitário de 1/5 (um quinto) do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigido monetariamente para a data do pagamento.

CONDENAR a acusada ao pagamento das custas processuais, *pro rata*.

DECRETAR a perda do cargo público do réu(art. 92, I, do CP).

(3) CONDENAR Édio Nei Dolzan por infração ao art. 317, § 1º, c/c o art. 61, I, do CP, na forma do art. 71, *caput*, do CP (três vezes), ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 04 (quatro) anos, 03 (três) meses e 06 (seis) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado; e por infração ao dispositivo acima citado, ao pagamento de pena pecuniária de 21 (vinte e um) dias-multa, no valor unitário de 1/5 (um quinto) do salário mínimo vigentes à época, atualizados monetariamente.

CONDENAR o acusado ao pagamento das custas processuais, *pro rata*.

(4) CONDENAR José Wodzinsky: *(a)* por infração ao art. 333, parágrafo único, do CP, na forma do art. 71, *caput*, do CP (vinte e oito vezes), e ao art. 288, *caput*, do CP, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 09 (nove) anos de reclusão, no regime inicial fechado; (b) por infração ao art. 2º, inciso IX, da Lei nº 1.521/51, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 01 (um) ano e 09 (nove) meses de detenção; *(c)* por infração ao art. 58, *caput*, do Decreto-Lei n. 6.259/44, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 01 (um) ano de prisão simples, em regime inicial semiaberto; e *(d)* por infração a todos os dispositivos acima citados, ao pagamento de pena pecuniária fixada em 97 (noventa e sete) dias-multa, no valor unitário de 2 (dois) salários mínimos vigente à época, atualizado para a data do pagamento.

ABSOLVER o acusado da imputação referente à infração ao art. 1°, inc. V e VII, da Lei n. 9.613/98, com fundamento jurídico no art. 386, inc. III, do CPP. CONDENAR o acusado ao pagamento das custas processuais, *pro rata*.

(5) CONDENAR Vinícius José Wodzinsky: *(a)* por infração ao art. 333, parágrafo único, do CP, na forma do art. 71, *caput*, do CP (28 vezes), e ao art. 288, *caput*, do CP, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 03 (seis) dias de reclusão, sendo que o regime inicial para o cumprimento da pena do crime organizado (1 ano e 6 meses) é o fechado (art. 10 da Lei n. 9.034/95), enquanto para os demais crimes é o semiaberto; *(b)* por infração ao art. 2º, inciso IX, da Lei nº 1.521/51, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 01 (um) ano e 06 (dois) meses de detenção; *(c)* por infração ao art. 58, *caput*, do Decreto-Lei n. 6.259/44, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 10 (dez) meses de prisão simples, em regime inicial semiaberto; e *(d)* por infração a todos os dispositivos acima citados, ao pagamento de pena pecuniária fixada em 96 (noventa e seis) dias-multa, no valor unitário de 1/2 (meio) salário mínimo vigentes à época, atualizado para a data do pagamento.

ABSOLVER o acusado da imputação referente à infração ao art. 1°, inc. V e VII, da Lei n. 9.613/98, com fundamento jurídico no art. 386, inc. III, do CPP.

CONDENAR o acusado ao pagamento das custas processuais, *pro rata*.

(6) CONDENAR Everson Fernando Wodzinsky: *(a)* por infração ao art. 333, parágrafo único, do CP, na forma do art. 71, *caput*, do CP (28 vezes), e ao art. 288, *caput*, do CP, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 03 (seis) dias de reclusão, sendo que o regime inicial para o cumprimento da pena do crime organizado (1 ano e 6 meses) é o fechado (art. 10 da Lei n. 9.034/95), enquanto para os demais crimes é o semiaberto; *(b)* por infração ao art. 2º, inciso IX, da Lei nº 1.521/51, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 01 (um) ano e 06 (dois) meses de detenção; *(c)* por infração ao art. 58, *caput*, do Decreto-Lei n. 6.259/44, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 10 (dez) meses de prisão simples, em regime inicial semiaberto; e *(d)* por infração a todos os dispositivos acima citados, ao pagamento de pena pecuniária fixada em 96 (noventa e seis) dias-multa, no valor unitário de 1/2 (meio) salário mínimo vigentes à época, atualizado para a data do pagamento.

ABSOLVER o acusado da imputação referente à infração ao art. 1°, inc. V e VII, da Lei n. 9.613/98, com fundamento jurídico no art. 386, inc. III, do CPP.

CONDENAR o acusado ao pagamento das custas processuais, *pro rata*.

(7) CONDENAR Lídio Ceppli: *(a)* por infração ao art. 333, parágrafo único, na forma do art. 71, *caput*, do CP (7 vezes), e ao art. 288, *caput*, do CP, cumprimento de pena privativa de liberdade de 07 (seis) anos, 05 (cinco) meses e 03 (três) dias de reclusão, sendo que o regime inicial para o cumprimento da pena do crime organizado (1 ano e 6 meses) é o fechado (art. 10 da Lei n. 9.034/95), enquanto para os demais crimes é o semiaberto; *(b)* por infração ao art. 58, *caput*, do Decreto-Lei n. 6.259/44, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 10 (dez) meses de prisão simples, em regime inicial semiaberto; e *(c)* por infração a todos os dispositivos acima citados, ao pagamento de pena pecuniária fixada em 66 (sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário de 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época, atualizado para a ocasião do pagamento da multa.

CONDENAR o acusado ao pagamento das custas processuais, pro rata.

(8) CONDENAR Sílvio Antônio Sutil de Oliveira: *(a)* por infração ao art. 288, *caput*, do CP, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 01 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado (art. 10 da Lei n. 9.034/95); *(b)* por infração ao art. 2º, inciso IX, da Lei nº 1.521/51, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 01 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, em regime inicial aberto; (c) ao pagamento de sanção pecuniária de 46 (quarenta e seis) dias-multa, no valor unitário de 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigido monetariamente para a data do pagamento; e *d)* SUBSTITUIR penas privativas de liberdade por 02 (duas) sanções restritivas de direitos (art. 44, incs. e §§°, do CP) consistentes em: (a) prestação pecuniária no valor de 07 (sete) salários mínimos, a ser paga em favor de entidade a definir-se em sede de execução penal (art. 45, §§, do CP); b) prestação de serviços à comunidade, por prazo equivalente ao total da pena substituída (três anos), à razão de 01 (uma) hora tarefa por dia de condenação, também em entidade a designar-se em execução penal (art 46, §§, do CP).

CONDENAR o acusado ao pagamento das custas processuais, *pro rata*.

(9) CONDENAR Rubens Alcarria Junior: *(a)* por infração ao art. 288, *caput*, do CP, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 01 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado (art. 10 da Lei n. 9.034/95); *(b)* por infração ao art. 2º, inciso IX, da Lei nº 1.521/51, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 01 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, em regime inicial aberto; (c) ao pagamento de sanção pecuniária de 46 (quarenta e seis) dias-multa, no valor unitário de 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigido monetariamente para a data do pagamento; e *d)* SUBSTITUIR penas privativas de liberdade por 02 (duas) sanções restritivas de direitos (art. 44, incs. e §§°, do CP) consistentes em: (a) prestação pecuniária no valor de 07 (sete) salários mínimos, a ser paga em favor de entidade a definir-se em sede de execução penal (art. 45, §§, do CP); b) prestação de serviços à comunidade, por prazo equivalente ao total da pena substituída (três anos), à razão de 01 (uma) hora tarefa por dia de condenação, também em entidade a designar-se em execução penal (art 46, §§, do CP).

CONDENAR o acusado ao pagamento das custas processuais, *pro rata*.

(10) ABSOLVER Luciani Maria Wodzinsky, Claudir Odelli, Walter Pinter e Valdecir Balsanelli da imputação relativa à infração ao art. 1°, incs. V e VII, da Lei n. 9.613/98, com fundamento jurídico no art. 386, inc. III, do CPP.

DENEGO aos réus JUREMA WULF, DILVA DOLZAN, JOSÉ WODZINSKY, VINICIOS JOSÉ WODZINSKY, EVERSON FERNANDO WODZINSKY e LÍDIO CEPPLI o direito de recorrer em liberdade (art. 387, parágrafo único, do CPP) porque responderam a boa parte do processo segregadas, diante da decretação das suas prisões preventivas, somente logrando a liberdade após a impetração de diversos *habeas corpus*, inclusive perante o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal de Federal, e agora restaram condenados à elevada pena privativa de liberdade em regime inicialmente fechado e semiaberto, fazendo-se necessárias as suas prisões para garantia da ordem pública e da própria credibilidade da Justiça, posto que os delitos pelos quais restaram condenadas tiveram grande repercussão, inclusive no âmbito estadual, e trouxeram imensurável desprestígio à Administração Pública, notadamente no que diz respeito às rés Jurema e Dilva, ocupantes do cargos de Delegada de Polícia Civil e Escrivã da Polícia Civil, respecti-

vamente, contribuindo para que as práticas antijurídicas toleradas com a corrupção produzissem seus efeitos sociais negativos.

Acrescente-se que a ré Jurema Wulf também restou condenada no Processo Crime 036.08.011257-4 (que apurou fatos semelhantes aos presentes autos, envolvendo organização criminosa composta por pessoas diversas), pelos crimes de corrupção passiva e violação de sigilo profissional, à penal privativa de liberdade de seis anos e oito meses de reclusão e um ano e três meses de detenção, em regime inicialmente fechado e semiaberto, respectivamente, encontrando-se o feito em grau de recurso.

Ademais, durante a instrução do feito, a ré em referência manifestou a intenção de se aposentar, o que efetivamente não veio a ocorrer. Além disso, mesmo respondendo a este processo, foi designada para atuar como delegada cooperadora, ou termo equivalente, no município de Balneário Piçarras, situação que somente foi revertida pelos superiores hierárquicos diante da manifesta indignação popular, que tomou conhecimento do fato através da imprensa. Não bastasse, até hoje não se tem notícias de que tenha sofrido alguma punição administrativa.

Com relação aos réus José Wodzinsky, Vinícius José Wodzinsky, Everson Fernando Wodzinsky e Lídio Ceppli, registro que, como restou comprovado, a exploração do jogo do bicho e de máquinas caça-níqueis vem sendo praticada nesta cidade há muito tempo e de forma escancarada, sem o menor constrangimento, pela família Wodzinsky, diretamente auxiliada pelo seu sócio minoritário da banca e pessoa de confiança Lídio Ceppli, organizador da banca e também encarregado de entregar a propina para que as autoridades corrompidas continuassem garantindo o desenvolvimento da atividade ilícita.

A prática do jogo do bicho e da exploração de máquinas caça-níqueis traduziu no caso presente uma série de crimes encadeados e, diante da magnitude desta atividade capitaneada pelos acusados em questão, submeteu a dano potencial e efetivo um sem número de cidadãos.

E como já dito, a prática não pode ser considerada inofensiva por possuir aceitação social, porque, além de dúbia essa aceitação, o costume, no sistema romano-germânico, não ab-roga e não derroga preceitos proibitivos de conduta. E longe de constituir uma prática lúdica, essas práticas representam atividade marginal à lei altamente reprovável, tendo em vista que a riqueza nela produzida, antijurídica e, logo, não declarada,

não reverte aos cofres públicos sob a forma de impostos, que traduzem, no Direito Financeiro, forma de receita derivada pela qual o Estado custeia as necessidades gerais de seus cidadãos (cf. Luiz Emygdio F. da Rosa Júnior. *Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário*. 14º ed. Renovar: 2000, pág. 60), mas desvirtuam-se, não raro, na apropriação antirrepublicana pelos exploradores, na corrupção de agentes públicos ou no financiamento de campanhas políticas.

E fato ainda mais grave e que traduz à sociedade o legítimo sentimento de impunidade, é que mesmo após a instauração da presente ação penal e depois de obterem a liberdade, ao que tudo indica, o réus continuam, sem qualquer pudor, desenvolvendo as suas atividades ilícitas. Prova disso é que foram instaurados pelo menos sete Termos Circunstanciados devido a apreensão de máquinas caças níqueis e material de jogo do bicho nos estabelecimentos comerciais de propriedade de ALCIR PAVANELLO (Autos n. 036.10.002865-4 e 036.10.009820-2, GILBERTO KLEINE e HERIBERTO SCHULZ (Autos n. 036.10.009163-1), JOSÉ RINCAWESKY (Autos n. 036.10.09.004670-1), OSVALDO BERNARDINO (Autos n. 036.10.009905-5), HERIBERTO SCHUZ (Autos n. 036.09.010269-5) e RUBENS ALCARRIA FILHO (Autos n. 036.09.008008-0), pessoas estas ligadas aos acusados porque trabalhavam - e muito certamente continuam trabalhando -, com máquinas caças níqueis e material de jogo do bicho pertencentes à organização criminosa da família Wodzinsky, conforme restou comprovado nestes autos e bem explicitado pelo Ministério Público em suas alegações finais às fls. 3.250.

Está devidamente, demonstrado, portanto que a segregação dos acusados efetivamente se faz necessária para garantia da ordem pública e da própria credibilidade da Justiça, diante da reiteração dessa repugnante prática criminosa.

Imprescindível ter em vista, como ensina Guilherme de Souza Nucci, que a garantia da ordem pública *'trata-se da hipótese de interpretação mais extensa na avaliação da necessidade da prisão preventiva. Entende-se pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, em regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente. A garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo binômio*

gravidade da infração + repercussão social. (...). Note-se, também, que a afetação da ordem pública constitui importante ponto para a própria credibilidade do Judiciário, como vêm decidindo os tribunais. Ver: TJSP: 'É providência acautelatória, inserindo-se no conceito de ordem pública, visando não só prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão, convindo a medida quando revelada pela sensibilidade do juiz à reação do meio à ação criminosa' (HC 288.405-3, Bauru, 3ª C., rel. Walter Guilherme, 10.08.1999).'

E, relativamente ao clamor público, observa:

'Neste aspecto, a decretação da prisão preventiva pode ser uma necessidade para a garantia da ordem pública, pois se aguarda uma providência do Judiciário como resposta a um delito grave, envolvendo pessoa conhecida (autor ou vítima). Se a prisão não for decretada, o recado à sociedade poderá ser o de que a lei penal é falha e vacilante, funcionando apenas contra réus e vítima anônimas' (Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Revista do Tribunais, 2006, 5ª ed., p. 608-9). Grifei.

No caso presente, o binômio 'gravidade da infração + repercussão social' está plenamente evidenciado, como já demonstrado, acrescentando-se que a simples publicação da sentença, sem o recolhimento do réus à prisão, que certamente se valerão de todos os recursos legais possíveis para retardar ao máximo a execução desta sentença ou até frustrá-la pela prescrição, traria uma repercussão muito negativa na sociedade local, gerando um sentimento de que somente pessoas menos favorecidas e anônimas é que são verdadeiramente punidas.

Por consequência, DETERMINO a expedição dos competentes mandados de prisões. Desde já, para o caso de justificada necessidade, AUTORIZO arrombamento das respectivas residências.

Por outro vértice, por não vislumbrar a presença dos pressupostos da custódia preventiva (art. 312 do CPP), CONCEDO aos demais condenados o direito de recorrer em liberdade.

DECRETO a perda, em favor da União, de todos os bens e valores apreendidos e sequestrados no processo e em seus incidentes, por consistirem em instrumentos ou produtos de atos ilícitos, com base no art. 91, II, b, do CP c/c art. 1º da LCP. Comunique-se o Cartório de Registro de Imóveis competente e o Órgão de Trânsito.

> FIXO remuneração, na forma da lei, aos defensores dativos, devendo ser expedida(s) a(s) correspondente(s) Certidão(ões) de URHs (cf. LCE n. 155/97).
>
> DEFIRO o pedido constante no Ofício nº 1479/IC/2010 – AF, protocolado no dia 20/08/2010 e pendente de juntada aos autos.
>
> DETERMINO a juntada de eventuais documentos pendentes nos autos correspondente.
>
> Transitada em julgado a presente decisão: (a) lancem-se os nomes dos réus no rol dos culpados; (b) comunique-se a Corregedoria-Geral de Justiça, para o registro das condenações nos cadastros de antecedentes; (c) oficie-se a Justiça Eleitoral, para a suspensão dos direitos políticos (art. 15, III, da CF); (d) expeçam-se Processos de Execução Criminal (PEC), adotando-se as medidas necessárias ao cumprimento das sanções; e (f) notifiquem-se os acusados para o pagamento da pena de multa, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de conversão em dívida ativa; (g) proceda-se à destinação dos bens e valores cuja perda foi decretada (confisco) e dos demais bens apreendidos, podendo ser incinerados aqueles de valor irrelevante (art. 286 do CNCGJ); (h) notifique(m)-se o(s) órgão(s) público(s) a que vinculados os servidores condenados, remetendo cópia da presente sentença e cientificando, para fins de cumprimento, acerca da decisão impositiva da perda do(s) cargo(s) público(s); (i) realize-se a cobrança das custas processuais via sistema GECOF; e (j) cumprida todas as determinações e observadas as demais formalidades legais, arquivem-se.
>
> Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se" (fls.4431-4442, como no original).

Pelo acusado José Wodzinsky foi reclamada a restauração do benefício de prisão domiciliar (fls. 4468-4471). O Ministério Público opinou pela transferência a estabelecimento prisional, diante da perícia realizada (fl. 4497, verso). O pedido foi então indeferido (fls. 4498-4499).

Deferiu-se liminar em *habeas corpus*, autorizando o acusado Lídio Ceppli a aguardar em liberdade seu julgamento (fls. 4514-4515). Deferiu-se igualmente ordem ao acusado José Wodzinsky, para que aguardasse em prisão domiciliar perícia cardiológica (fls. 4544-4546).

O acusado Édio interpôs recurso, postulando a apresentação de razões nesta instância (fl. 4541).

Os acusados José, Vinícius e Everson Wodzinsky interpuseram aclaratórios, alegando erro material, omissão e contradição em face da variação de critério para cálculo da agravante e distinção de critério de aumento entre as penas privativas de liberdade e as multas, além de contradição entre a pena fixada na dosimetria e a imposta na parte dispositiva (fls. 4568-4572).

O acusado Rubens também interpôs declaratórios (fls. 4573-4582), sustentando omissão quanto à análise de preliminar (utilização de interceptação telefônica como meio de prova), assim como em relação ao mérito (ausência de materialidade, atipicidade da conduta e desclassificação do crime contra a economia popular para contravenção de manutenção de jogos de azar).

O acusado Lídio manejou embargos, também aduzindo omissão quanto à preliminar de nulidade por utilização da interceptação telefônica. Em relação ao mérito cogitou de contradição, por imprecisão no que se refere ao número de condutas de corrupção capituladas. Alegou, ainda, haver contradição - na verdade erro material - no que se refere ao tempo de prisão, referendado em determinada hipótese diferentemente entre o algarismo e a descrição por extenso. Por fim, deduziu contradição porque mencionado no dispositivo a manutenção de sua segregação, nada obstante houvesse respondido o processo em liberdade (fls. 4583-4591).

O denunciado Sílvio, em embargos de declaração (fls. 4592-4601), aduziu de omissão quanto à preliminar de nulidade da interceptação. Com relação ao mérito, asseverou que, em relação à condenação pela prática de crime contra a economia popular que olvidou-se a análise de teses defensivas (ausência de materialidade, atipicidade da conduta e desclassificação do crime contra a economia popular para contravenção de manutenção de jogos de azar).

Nada obstante a interposição de embargos, os acusados Rubens, Silvio e Lídio peticionaram recursos de apelação (fls. 4602-4604, respectivamente), aguardando oportunidade para oferta de contrarrazões (art. 600, § 4.º, do CPP). A denunciada Jurema, bem como os acusados Valdecir, Walter e Claudir interpuseram recursos nos mesmos moldes (fls. 4606-4609).

Concedida em definitivo ordem para que José, Vinícius e Everson Wodzinsky aguardassem em liberdade o julgamento de seus apelos (fl. 4615), estendeu-se os efeitos da decisão à acusada Dilva, e indeferiu-se em relação à denunciada Jurema (fls. 4631-4632).

Julgou-se conjuntamente os declaratórios, nos termos que seguem:

> "III – Isto posto, ACOLHO PARCIALMENTE os embargos de declaração para: a) excluir a pena de multa imposta ao crime previsto no artigo 288 do Código Penal; b) ratificar os erros de digitação constantes na parte dispositiva da sentença; c) ratificar a divergência entre as penas fixadas na dosimetria (fundamentação) e as constantes na parte dispositiva da sentença; e d) reconhecer a contradição existente na parte dispositiva da sentença em relação a fundamentação de decretação da prisão preventiva do embargante Lídio Ceppli.
>
> Assim, em face dos erros reconhecidos, a sentença de fls. 4214/4442 passa a contar com a seguinte redação em relação a dosimetria das penas (fundamentação) e o dispositivo, sendo que as alterações se encontram grifadas em negrito, itálico e sublinhado:
>
> *a) Em relação ao embargante JOSÉ WODZINSKY:*
>
> a.1) Dosimetria:
>
> *'d) Crime de quadrilha ou bando.*
>
> [...]
>
> *Pena-base: 1 ano e 6 meses de reclusão.*
>
> [...]

Na terceira fase da dosimetria, não se aplicam causas gerais ou especiais de aumento ou diminuição, tornando definitiva a reprimenda anteriormente aplicada.

Resultado: 1 ano e 9 meses de reclusão.

d) Regime. Substituição. Valor do dia-multa. Sursis.

[...]

As penas impostas ao acusado totalizam: (a) 01 (um) ano de prisão simples; (b) 01 (um) ano e 09 (nove) meses de detenção; (c) *09 (nove) anos, 01 (um) mês e 26 (vinte e seis) dias de reclusão*, além de *81 (oitenta e um) dias-multa*. Dada a situação econômico-financeira do réu e a expressão das movimentações financeiras advindas dos negócios, o valor unitário dos dias-multa será 02 (dois) salários mínimos (art. 60 do CP).

a.2) Dispositivo:

[...]

(4) CONDENAR José Wodzinsky: *(a)* por infração ao art. 333, parágrafo único, do CP, na forma do art. 71, *caput*, do CP (vinte e oito vezes), e ao art. 288, *caput*, do CP, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de *09 (nove) anos, 01 (um) mês e 26 (vinte e seis) dias de reclusão*, no regime inicial fechado; (b) por infração ao art. 2º, inciso IX, da Lei nº 1.521/51, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 01 (um) ano e 09 (nove) meses de detenção; *(c)* por infração ao art. 58, *caput*, do Decreto-Lei n. 6.259/44, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 01 (um) ano de prisão simples, em regime inicial semiaberto; e *(d)* por infração a todos os dispositivos acima citados, ao pagamento de pena pecuniária fixada em *81 (oitenta e um) dias-multa*, no valor unitário de 2 (dois) salários mínimos vigente à época, atualizado para a data do pagamento.

[...].'

b) Em relação ao embargante VINÍCIUS WODZINSKY:

b.1) Dosimetria:

'*d) Crime de quadrilha ou bando.*

[...]

Pena-base: 1 ano e 6 meses de reclusão.

[...]

Na terceira fase da dosimetria, não se aplicam causas gerais ou especiais de aumento ou diminuição, tornando definitiva a reprimenda inicialmente cominada.

Resultado: 1 ano e 6 meses de reclusão.

e) Regime. Substituição. Valor do dia-multa. Sursis.

[...]

As penas impostas ao acusado totalizam: (a) 10 (dez) meses de prisão simples; (b) 01 (um) ano e 06 (seis) meses de detenção; (c) 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 03 (*três*) dias de reclusão, além de *80 (oitenta) dias-multa*. Dada a situação econômico-financeira do réu, o valor unitário de cada dia-multa é fixado em 1/2 (meio) salário mínimo (art. 60, *caput*, c/c arts. 49, *caput*, e 58 do CP).

[...]

b.2) Dispositivo:

(5) CONDENAR Vinícius José Wodzinsky: *(a)* por infração ao art. 333, parágrafo único, do CP, na forma do art. 71, *caput*, do CP (28 vezes), e ao art. 288, *caput*, do CP, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 03 (*três*) dias de reclusão, sendo que o regime inicial para o cumprimento da pena do crime organizado (1 ano e 6 meses) é o fechado (art. 10 da Lei n. 9.034/95), enquanto para os demais crimes é o semiaberto; *(b)* por infração ao art. 2º, inciso IX, da Lei nº 1.521/51, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 01 (um) ano e 06 (dois) meses de detenção; *(c)* por infração ao art. 58, *caput*, do Decreto-Lei n. 6.259/44, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 10 (dez) meses de prisão simples, em regime inicial semiaberto; e *(d)* por infração a todos os dispositivos acima citados, ao pagamento de pena pecuniária fixada em *80 (oitenta) dias-multa*, no valor unitário de 1/2 (meio) salário mínimo vigentes à época, atualizado para a data do pagamento.

[...].'

c) Em relação ao embargante EVERSON FERNANDO WODZINSKY:

c.1) Dosimetria:

'd) Crime de quadrilha ou bando.

[...]

Pena-base: 1 ano e 6 meses de reclusão.

[...]

Na terceira fase da dosimetria, não se aplicam causas gerais ou especiais de aumento ou diminuição, tornando definitiva a reprimenda inicialmente cominada.

Resultado: 1 ano e 6 meses de reclusão.

e) Regime. Substituição. Valor do dia-multa. Sursis.

[...]

As penas impostas ao acusado totalizam: (a) 10 (dez) meses de prisão simples; (b) 01 (um) ano e 06 (seis) meses de detenção; (c) 07 (sete) anos, 05 (cinco) meses e 03 (três) dias de reclusão; além de *80 (oitenta) dias-multa*. Dada a situação econômico-financeira do réu, o valor unitário de cada dia-multa é fixado em 1/2 (meio) salário mínimo (art. 60, *caput*, c/c arts. 49, *caput*, e 58 do CP).

[...]

c.2) Dispositivo:

(6) CONDENAR Everson Fernando Wodzinsky: *(a)* por infração ao art. 333, parágrafo único, do CP, na forma do art. 71, *caput*, do CP (28 vezes), e ao art. 288, *caput*, do CP, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 03 (*três*) dias de reclusão, sendo que o regime inicial para o cumprimento da pena do crime organizado (1 ano e 6 meses) é o fechado (art. 10 da Lei n. 9.034/95), enquanto para os demais crimes é o semiaberto; *(b)* por infração ao art. 2º, inciso IX, da Lei nº 1.521/51, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 01 (um) ano e 06 (*seis*) meses de detenção; *(c)* por infração ao art. 58, *caput*, do Decreto-Lei n. 6.259/44, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 10 (dez) meses de prisão simples, em regime inicial semiaberto; e *(d)* por infração a todos os dispositivos acima citados, ao pagamento de pena pecuniária fixada em *80 (oitenta) dias-multa*, no valor unitário de 1/2 (meio) salário mínimo vigentes à época, atualizado para a data do pagamento.

[...].'

d) Em relação ao acusado LIDIO CEPPLI:

d.1) Dosimetria:

'c) Crime de quadrilha ou bando.

[...]

Pena-base: 1 ano e 6 seis meses de reclusão.

[...]

Na terceira fase da dosimetria, não se aplicam causas gerais ou especiais de aumento ou diminuição, tornando definitiva a reprimenda inicialmente cominada.

Resultado: 1 ano e 6 meses de reclusão.

d) Regime. Substituição. Valor do dia-multa. Sursis.

[...]

As penas impostas ao acusado totalizam: (a) 10 (dez) meses de prisão simples; (b) 07 (sete) anos, 05 (cinco) meses e 03 (três) dias de reclusão, além de *50 (cinquenta) dias-multa*. Dada a situação econômico-financeira do réu, o valor unitário de cada dia-multa é fixado em 1/3 (um terço) do salário mínimo (art. 60 c/c arts. 49, caput, e 58 do CP).

[...]

d.2) Dispositivo:

(7) CONDENAR Lídio Ceppli: *(a)* por infração ao art. 333, parágrafo único, na forma do art. 71, *caput*, do CP (7 vezes), e ao art. 288, *caput*, do CP, cumprimento de pena privativa de liberdade de 07 (*sete*) anos, 05 (cinco) meses e 03 (três) dias de reclusão, sendo que o regime inicial para o cumprimento da pena do crime organizado (1 ano e 6 meses) é o fechado (art. 10 da Lei n. 9.034/95), enquanto para os demais crimes é o semiaberto; *(b)* por infração ao art. 58, *caput*, do Decreto-Lei n. 6.259/44, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 10 (dez) meses de prisão simples, em regime inicial semiaberto; e *(c)* por infração a todos os dispositivos acima citados, ao pagamento de pena pecuniária fixada em *50 (cinquenta) dias-multa*, no valor unitário de 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época, atualizado para a ocasião do pagamento da multa.

[...].'

e) Em relação ao acusado SILVIO ANTONIO SUTIL DE OLIVEIRA:

e.1) Dosimetria:

'b) Crime de quadrilha ou bando.

[...]

Pena-base: 1 ano e 6 meses de reclusão.

[...]

Na terceira fase da dosimetria, não se aplicam causas gerais ou especiais de aumento ou diminuição, tornando definitiva a reprimenda inicialmente cominada.

Resultado: 1 ano e 6 seis meses de reclusão.

c) Regime. Substituição. Valor do dia-multa. Sursis.

[...]

As penas impostas ao acusado totalizam: (a) 01 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção; (b) 01 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, além de *30 (trinta)dias-multa*. Dada a situação econômico-financeira do réu, o valor unitário de cada dia-multa é fixado em 1/3 (terço) salário mínimo (art. 60 do CP).

[...]

e.2) Dispositivo:

(8) CONDENAR Sílvio Antônio Sutil de Oliveira: *(a)* por infração ao art. 288, *caput*, do CP, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 01 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado (art. 10 da Lei n. 9.034/95); *(b)* por infração ao art. 2º, inciso IX, da Lei nº 1.521/51, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 01 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, em regime inicial aberto; (c) ao pagamento de sanção pecuniária de *30 (trinta) dias-multa*, no valor unitário de 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigido monetariamente para a data do pagamento; e *d)* SUBSTITUIR penas privativas de liberdade por 02 (duas) sanções restritivas de direitos (art. 44, incs. e §§°, do CP) consistentes em: (a) prestação pecuniária no valor de 07 (sete) salários mínimos, a ser paga em favor de entidade a definir-se em sede de execução penal (art. 45, §§, do CP); b) prestação de serviços à comunidade, por prazo equivalente ao total da pena substituída (três anos), à razão de 01 (uma) hora

tarefa por dia de condenação, também em entidade a designar-se em execução penal (art 46, §§, do CP).

[...].'

f) Em relação ao acusado RUBENS ALCARRIA JUNIOR:

f.1) Dosimetria:

"b) Crime de quadrilha ou bando.

[...]

Pena-base: 1 ano e 6 meses de reclusão.

[...]

Na terceira fase da dosimetria, não se aplicam causas gerais ou especiais de aumento ou diminuição, tornando definitiva a reprimenda inicialmente cominada.

Resultado: 1 ano e 6 meses de reclusão.

c) Regime. Substituição. Valor do dia-multa. Sursis.

[...]

As penas impostas ao acusado totalizam: (a) 01 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção; (b) 01 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, além de *30 (trinta)dias-multa*. Dada a situação econômico-financeira do réu, o valor unitário de cada dia-multa é fixado em 1/3 (terço) salário mínimo (art. 60 do CP).

[...].

f.2) Dispositivo:

(9) CONDENAR Rubens Alcarria Junior: *(a)* por infração ao art. 288, *caput*, do CP, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 01 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado (art. 10 da Lei n. 9.034/95); *(b)* por infração ao art. 2º, inciso IX, da Lei nº 1.521/51, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 01 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, em regime inicial aberto; (c) ao pagamento de sanção pecuniária de *30 (trinta) dias-multa*, no valor unitário de 1/3 (um terço) do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigido monetariamente para a data do pagamento; e *d)* SUBSTITUIR penas privativas de liberdade por 02 (duas) sanções

> restritivas de direitos (art. 44, incs. e §§°, do CP) consistentes em: (a) prestação pecuniária no valor de 07 (sete) salários mínimos, a ser paga em favor de entidade a definir-se em sede de execução penal (art. 45, §§, do CP); b) prestação de serviços à comunidade, por prazo equivalente ao total da pena substituída (três anos), à razão de 01 (uma) hora tarefa por dia de condenação, também em entidade a designar-se em execução penal (art 46, §§, do CP).
>
> [...].'" (fls. 4644-4650, como no original).

Ratificados os pedidos recursais e recebidos os apelos, ascenderam os autos.

O denunciado Silvio deduziu, em preliminar, a "incompetência" do Ministério Público para dirigir as investigações. Alegou, também, a nulidade da prova obtida por interceptação telefônica, tendo em vista que produzida a partir de um único testemunho, sem relação com os autos, e sem alguma base mais concreta (o que em tese violaria o art. 2.º, I e II, da Lei n.º 9.296/96). No mais, não seria admissível a interceptação porque, à época de sua instauração, reuniam-se quando muito elementos apenas para justificar a imputação de prática contravencional (manutenção de "jogo do bicho"), o que não seria admissível segundo o art. 2.º, III, da lei de interceptações telefônicas (nada obstante a investigação viesse a revelar adiante outras condutas maiores).

Ainda quanto à prova testemunhal é questionada a competência dos policiais militares que postulavam a renovação dos pedidos de escuta, tal como as transcrições a cargo de funcionários do Ministério Público, o que segundo a defesa implicaria nulidade por ausência de previsão legal, violando o art. 6.º da Lei n.º 9.296/96. Além disso, os funcionários não teriam firmado compromisso a cada reiteração. Logo, afora o primeiro período (15 dias), todos os demais seriam imprestáveis, por violação ao disposto no art. 159, § 2.º, do CPP. No mais, o procedimento seria inválido porque foram selecionadas as conversas que serviram à base investigatória.

Por outro lado, houve sucessiva e indevida renovação das escutas, sem fundamentação idônea, ofendendo o disposto no art. 93, IX, da CR, e art. 2.º, II, e 5.º, ambos da Lei n.º 9.296/96; e em muitos casos sequer houve comunicação de renovação, o que se deu unicamente pelo próprio Ministério Público, causa então de nulidade.

Alegou-se, também, a nulidade da busca e apreensão, por se cuidar de prova ilícita por derivação. Também seria nula a prova inquisitória, porque derivada da investigação preliminar, ordenada pelo Ministério Público.

Quanto ao mérito, afirmou não haver prova para induzir a condenação por prática de crime contra a economia popular (decorrente da atividade de jogos com máquinas "caça-níqueis"), tendo em conta que a jogatina reger-se-ia unicamente pela sorte. A materialidade seria duvidosa, sobretudo porque não se dera oportunidade para oferecer quesitos quando da elaboração da perícia. Além disso, não seria válido cogitar-se de prova emprestada de outros autos, porque não certificou-se a origem, e o recorrente não responderia outro processo que pudesse justificar a migração. Por fim, a se cuidar de prova indiciária, não serviria à condenação.

Ademais, a conduta seria atípica, pois não há prova da manipulação das máquinas, mas apenas da possibilidade de fazê-lo. Por outro lado, não se poderia utilizar o parâmetro de retorno apontado pela Codesc para justificar a manipulação, visto que outros sistemas de apostas teriam projeção de retorno ainda menor. Se, todavia, fosse reconhecida a prática de jogo de azar, ter-se-ia o imperativo da desclassificação para o tipo contravencional.

Nesse passo, postulou também a atipicidade do crime de quadrilha, pois que incompatível com a prática de contravenção. Com relação ao reconhecimento de organização criminosa, asseverou ainda a impossibilidade de aplicação do art. 10 da Lei n.º 9.034/95, por ausência de conceituação válida de organização criminosa (além disso, não se admitiria na hipótese

de ser reconhecida unicamente contravenção, já que a figura exige a vocação para a prática de *crimes*).

Por fim, postulou-se a redução da pena de multa, tendo em conta a ausência de elementos que identifiquem a condição econômica do recorrente.

O acusado Lídio Ceppli (fls. 4737-4775) questionou as mesmas preliminares já apontadas. Quanto ao mérito, alegou a ausência de prova de cometimento de qualquer ato de corrupção (oferta ou promessa de pagamento) a quem quer que fosse. Se, no entanto, fosse reconhecida a prática criminosa, dever-se-ia tomar por referência a prática de seis condutas, e não sete.

O acusado também aduziu a ausência de crime de formação de quadrilha, e questionou igualmente a caracterização de organização criminosa. Por fim postulou a redução da pena de multa.

Rubens Alcarria Filho apresentou razões em fls. 4776-4814, deduzindo as mesmas preliminares de nulidades probatórias. Quanto ao mérito discute a atipicidade e a ausência de materialidade, tal como feito alhures, em recurso antecedente; e, sucessivamente, postulou a desclassificação para o tipo de contravenção. Rediscutiu, ainda, o crime de formação de quadrilha, e a qualificação de organização criminosa. Por fim, investiu na redução da multa aplicada, em caráter sucessivo.

Walter Pinter, em razões de fls. 4815-4821, reclamou a liberação de seus bens, tendo em vista sua absolvição do que lhe fora imputado. O mesmo foi postulado por Claudir Odeli (fls. 4846-4852), e também por Valdecir Balsanelli (fls. 4877-4883).

José Wodzinsky, Vinícius José Wodzinsky e Éverson Wodzinsky recorreram em fls. 4922-5189. No primeiro plano discute-se a nulidade da investigação, ordenada com base em "portaria genérica", sem funda-

mentação. Ademais, a investigação orquestrada a partir de 18.05.08 seria nula porque ultrapassado o prazo de 90 dias desde a instauração do procedimento, nos termos da Portaria Conjunta 01/04/PGJ/CGMP-SC (art. 14). Cogitou-se então de ofensa ao ato conjunto da PGJMPSC, e ao art. 4.º da Res. n.º 13/06/CNMP. Alegou-se ainda a nulidade da prova porque produzida com o auxílio de policiais militares, ofendendo o disposto no art. 144, §4.º, e 5.º, todos da CR.

Em passo seguinte foi deduzida ampla nulidade da prova, topicamente. De início apontou-se a nulidade das interceptações telefônicas, porque: *a*) iniciou-se a partir de um único depoimento, em tese de desafeto de uma das acusadas, ofendendo o disposto no art. 2.º, I, II e III, da Lei n.º 9.296/96, seja porque ressentia-se de alguma justificativa palmar, seja porque se podia lançar mão de outros meios de prova; *b*) violaria a intimidade dos acusados, inclusive de sua advogada, ofendendo o disposto no art. 5.º, XII, LXIII, e 133, da CR, e art. 7.º, II, da Lei n.º 8.906/94; *c*) nulidade da interceptação telemática, em face da entrega de e-mails por terceiro ao Ministério Público, em ofensa ao princípio da oficialidade e, por consequência, ao art. 5.º, XII, da CR; *d*) ausência de fundamentação idônea nas decisões autorizadoras, sem atenção ao que dispõe o art. 93, IX, da CR e o art. 1.º da Lei n.º 9.296/96; *e*) nulidade em face da autorização por tempo além do legalmente fixado e no excesso de prorrogações, contrariando a razoabilidade e o disposto no art. 5.º, XII, LIV, LV e LVI, da CR, e arts. 5.º e 6.º da Lei n.º 9.296/96; *f*) nulidade em face da captação de escutas sem prévia autorização, em ofensa ao disposto nos arts. 5.º, XII, da CR, e 1.º da Lei n.º 9.296/96; *g*) nulidade por ausência de transcrição integral das interceptações, atentando contra o disposto no art. 6.º, § 1.º, da Lei n.º 9.296/96 e os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, e; *h*) nulidade por ausência de perícia das escutas, ofendendo o que dispõe os arts. 158 e 265 do CPP, arts. 364 e 383, parágrafo único, do CPC, e art. 5.º, LVII, da CR.

Também é deduzida a nulidade da prova decorrente das ações controladas, notadamente no que importa ao reconhecimento do pagamento de propina, tendo em vista a ausência de autorização policial. Seria igualmente sem validade a prova que deflui das buscas e apreensões, seja porque se cuida de prova emprestada, sem inserção formal neste processo ou mesmo conexão, ofendendo assim o disposto nos art. 93, IX, da CR, e art. 381, III, do CPP, seja porque não se deu fundamentação idônea.

A nulidade seria igualmente sentida na apreensão da máquina de jogos encontrada em poder de Juraci Terezinha Pedroso, sem fundamentação idônea, e porque teria sido coagida a permitir o ingresso dos policiais em sua residência, contrariando o art. 5.º, LVI, da CR. Por desdobramento o vício alcançaria a perícia 1257/IC/08. Além disso, os termos de apreensão também revelariam vício pela falta de assinatura de testemunhas presenciais, e pela ausência de autos circunstanciados, ofendendo o art. 245, § 7.º, do CPP.

Enfim, a prova seria nula pela derivação, considerando sua origem comum (a prova decorrente das interceptações telefônicas), em contrariedade ao art. 5.º, LVI, da Constituição.

Invocou-se também a nulidade da prova pericial, por ausência de contraditório, porque determinadas em autos distintos (de busca e apreensão), sem a "citação" dos envolvidos naquele processo. Não teria igualmente havido intimação para formular quesitação ou indicar assistentes técnicos. Além disso, algumas perícias ou não identificavam com precisão o objeto peritado ou não o faziam adequadamente. Particularmente em relação à peritagem das máquinas "caça-níqueis", a prova seria essencialmente "inquisitorial", sem participação da defesa (perícia 1257/IC/08), ofendendo o disposto nos arts. 5.º, LV, 37, *caput* e 93, IX, da CR, além dos arts. 170 e 181 do CPP. Também o laudo n.º 730/IC/09 seria unilateral, contrariando o art. 5.º, LIV e LV, da CR.

Também a perícia efetuada no material gráfico seria unilateral, contrariando o art. 5.º, LIV da CR, bem como o art. 159, §§ 3.º, 4.º e 5.º do CPP. Alegou-se, ainda, que o material teria sido violado antes do exame, em afronta ao art. 159, § 6.º, do Código de Processo. E seriam inválidas porque sua juntada se deu menos de 10 dias antes dos interrogatórios, impedindo o exercício da defesa.

Cogitou-se adiante de nulidade da prova oral, tendo em vista que os acusados José, Vinícius e Éverson tiveram negado o pedido para não serem interrogados, por ausência de previsão legal. Falar-se-ia então de ofensa ao art. 5.º LXIII, da CR, e do art. 457 do CPP. Também não se observara a intimação tempestiva da defesa para acompanhar os interrogatórios (dos corréus Lídio, Sílvio, Claudir, Walter, Valdecir e Jurema); em todos esses casos ela se deu às vésperas da solenidade, contrariando o art. 5.º, LIV, da Constituição.

Por outro lado, seria nulo o interrogatório da acusada Jurema, pois somente sua defesa teria comparecido (as dos demais corréus, não), quando então nomeou-se uma única advogada para os acusados Lídio, Sílvio, Rubens, José, Vinícius, Éverson, Luciani, Claudir, Walter e Valdecir. Considerando a defesa conflitante destes acusados, a nomeação seria nula, por ofensa ao art. 5.º, LV, da CR.

Logo adiante se falou da inépcia da denúncia, por ausência de descrição de fatos, referindo-se genericamente a determinados episódios, o que implicaria na ofensa ao direito de defesa (arts. 1.º, III, e 5.º, LIV, LV, da CR).

Apontou-se também nulidade por prejuízo à defesa, considerando a preconcepção da prova (os acusados só tiveram conhecimento da acusação quando a prova já estava em avançado estado de maturação), após mais de um ano de investigações.

No mais, a defesa reclamou prejuízo porque lhe fora negado diversos pedidos, a propósito da realização de perícia ou de oitiva dos peritos oficiais. Também se falou de nulidade pela ausência de apresentação de ofícios dirigidos às companhias telefônicas determinando a gravação das conversas. Além disso, seriam nulas as provas juntadas pelo Ministério Público em fls. 2897 e segs., porque consumada a preclusão.

Em passo seguinte cogitou-se da nulidade da sentença. Inicialmente falou-se em omissão da sentença, que não teria analisado as teses ventiladas pela defesa em fls. 4032 a 4041 ("*nulidade decorrente da negativa aos quesitos apresentados pela defesa de Jurema Wulf*", "*negativa de jurisdição*", "*nulidade dos laudos periciais ns. 706 a 728/IC/2009*", "*nulidade específica ao laudo pericial 709/IC/2009*", "*nulidade específica ao laudo pericial 722//IC/2009*", "*nulidade ao laudo pericial 730/IC/2009*", "*nulidade do laudo pericial 037/IC/2009*", nulidade por "*ofensa ao princípio da não incriminação*", por "*falta de intimação das defesas com antecedência razoável*", "*nulidade do interrogatório de Jurema Wulf por defesa conflitante*" e "*nulidade de juntada de prova pela acusação*" - fl. 5023), implicando ofensa ao disposto no art. 5.º, XXXV, LIV e LV, e art. 93, IX, da CR, bem como ao disposto no art. 381, III, do CPP e ao art. 458, II, do CPC.

Quanto ao mérito, asseverou a prescrição em face da condenação pela prática de jogo do bicho, tendo em vista o provimento dos embargos declaratórios, considerando que à época da denúncia vigia a vetusta redação do art. 109, VI, do CP (que imprimia prescrição no curso de dois anos a penas inferiores a um ano). Assim, em relação aos acusados Vinícius e Éverson, cuja pena se fixara em 10 (dez) meses, sobreviria a prescrição (recebera-se a denúncia em 18.11.08, e a sentença fora publicada em 16.11.10; todavia, opostos aclaratórios, acolhidos parcialmente, a decisão apenas foi publicada em 17.12.10).

Em seguida deduziu-se nulidade da sentença por falta de fundamentação específica, porque não identifica "*precisa situação espaço-temporal e descrição do modo com que se deu a conduta*" (fl. 5033), não passando "*de um grande exercício de conjectura*" (fl. 5035), e por isso imprestável como argumento os diálogos obtidos pela interceptação. Diante desse quadro, a sentença violaria o art. 93, IX, da Constituição, e do art. 2.º, III, da Lei n.º 9.296/96.

Também não se fizera prova de que o acusado José Wodzinsky fosse o chefe da organização e do empreendimento, o que imporia a absolvição pela dúvida.

Com relação à prática de crime contra a economia popular, destacaram que a prova é débil, pois os estabelecimentos em que se operavam as jogatinas pertenceriam a terceiros, e apenas se tributou aos acusados a propriedade das máquinas, e sem provas robustas (as perícias, inclusive, não seriam válidas). Também neste ponto a sentença não lograria fundamentação idônea e específica; atentaria, no mais, contra o princípio da correlação, pois a condenação se apoiaria em perícia de máquinas que não constavam da inicial acusatória.

Nulidade também se avistaria porque a fundamentação teria amparo nas provas decorrentes da interceptação, que por si não teriam validade. De resto não haveria "prova confiável" da autoria.

De outro vértice, não haveria prova de fraude, e não seria aplicável o art. 2.º, IX, da Lei n.º 1.521/51, por ter sido abordada na sentença como norma penal em branco, e se apoiado na Res. 053/03/Codesc, que fixava percentual mínimo de premiação (retorno). O julgamento, no ponto, revelar-se-ia teratológico, ofendendo o disposto no art. 5.º, XXXIX, da CR, e art. 1.º do CP.

Por fim, ainda que de passagem é invocada a tese de erro de proibição, considerando a existência - mesmo que de breve vida - da Lei Estadual n.º

11.348/00, que autorizava a exploração da atividade de jogos eletrônicos no território catarinense.

No que importa à condenação por corrupção ativa, afirmou-se que a condenação seria nula porque amparada unicamente por prova inquisitorial, e alguma prova indireta. Além disso, apenas nove das 28 condutas teriam sido apuradas com a interceptação; as demais ou as antecederam ou sucederam. Nesse passo, se as interceptações não são válidas, não seriam igualmente os testemunho dos policiais que apuraram as interceptações, sob pena de ofensa ao art. 5.º, LIV e LV, da CR, e ao art. 155, primeira parte, do Código Penal.

Debateu-se ainda a falta de imputação da conduta para todos os condenados, tendo em regra tributado-se a conduta apenas ao acusado Vinícius, e eventualmente ao acusado José. Além disso, na sentença afetou-se peso diametralmente oposto entre os denunciados, conferindo-se ao acusado José a responsabilidade pelas ações nucleares, o que prestaria à decisão a condição de "sentença suicida" (fl. 5089). A contradição, por fim, encerraria ofensa ao disposto no art. 93, IX, da Constituição.

Também seria nula a causa especial de aumento de pena (parágrafo único do art. 333 do CP), porque não se apontou atos concretos (o necessário resultado material para consumação daquela condição de aumento), contrariando o art. 93, IX, da CR, art. 381, III do CPP e art. 333, parágrafo único, do CP. Repisou-se, por fim, a falta de provas para condenação, quer da materialidade, quer da autoria ou participação (em relação aos acusados José, Vinícius, Éverson e Lídio).

No mais, a conduta seria atípica por ausência de prova do "impulso corruptor" (a iniciativa do agente público). Subsidiariamente postulou-se o reconhecimento de crime único, considerando a vocação específica dos atos de corrupção (a cooperação com as atividades ilícitas).

Em relação ao crime de quadrilha apontou-se nulidade em torno da fundamentação, porque genérica e abstrata, considerando sobretudo que não houve análise pormenorizada da prova, mas apenas enumeração dos ilícitos. Não se teria assim revelado o elemento de convicção ou a correlação, contrariando o disposto no art. 5.º, LIV, LV e LVII, e art. 93, IX, da CR, além do art. 156 e 381, III, do CPP. Bem por isso também não se observaria prova da materialidade, e a ausência de demonstração de que a organização se ordenava à prática de determinados crimes.

Por outro lado, a reunião dos acusados, vocacionada à prática de jogos ilícitos e de crime contra a economia popular não chancelaria o reconhecimento da finalidade específica, pois o jogo do bicho capitula-se apenas como contravenção (não haveria pluralidade de atos). Não seria possível caracterizar, também, a reunião para fim específico de praticar corrupção.

Adiante, em capítulo específico, discutiu-se com pontualidade a dosimetria. Inicialmente apontou-se excesso no cálculo das circunstâncias judiciais, que em regra ultrapassaram o percentual ordinário estabelecido neste tribunal (1/6), sem justificação, afrontando o disposto no art. 93, IX, da CR, e art. 381, III, do CPP. Por desdobre haveria ofensa ao princípio da proporcionalidade e da garantia de individualização da pena (art. 5.º, XLVI, da CR, e art. 59 do CP).

Em seguida é arguída a inconstitucionalidade do art. 10 da Lei n.º 9.034/95, por ofender o art. 5.º, XLVI, da CR, ao fixar indistintamente o regime inicial fechado àqueles reconhecidamente participantes de organizações criminosas, a partir do que tem declarado o STF para outros diplomas com a mesma temática.

A defesa ainda apontou a existência de aumentos distintos em relação aos denunciados por idêntica circunstância, e que a expiação teria por fundamento o fato de um crime ser ponto de partida para outro, redundando duplo apenamento pelo mesmo fato, atentando contra o art. 5.º, XLVI da

CR, e art. 62, I, e 68, do CP. Não seria válido, de outro norte, o aumento projetado em face das consequências sociais (assim considerada em face dos desdobramentos no campo fiscal, em decorrência da obtenção de lucro sem tributação), que deveriam observar processo distinto, para apuração de eventual ilícito. A fundamentação, nessa hipótese, sequer seria idônea, contrariando o disposto no art. 5.º, LVII, art. 93, IX, da CR, arts. 239 e 381, III, do CP, e art. 59 do CP.

Em relação ao acusado José, deduziu-se que não seria possível a majoração da pena com base no art. 62, I, do CP, considerando-o chefe da organização, em relação à contravenção de jogo ilícito, pois a lei de regência dispõe de parte geral própria (art. 7.º).

Segundo a defesa, é também necessária a correção dosimétrica na pena imposta pela prática de crime contra a economia popular, notadamente no que se refere às consequências (que evidenciam a supressão de tributos), bem assim pelo potencial dano que eventualmente causassem à coletividade, elemento que compõe a fraude, sob pena de ofensa ao art. 5.º, XLVI, da CR e art. 59 do CP.

Em face da condenação por corrupção passiva é deduzida a ausência de fundamentação quanto à pena-base do acusado Éverson, porque fixada acima do mínimo legal sem agravamento de qualquer circunstância. Em relação aos acusados José e Vinícius é questionado o agravamento da culpabilidade, que se cogitou na sentença ser "acentuada", sem apontar contornos; e quanto à pena de José houve agravamento por ser ele o autor das ações nucleares, o que não seria possível considerando que a autoria é pressuposto de aplicação das penas, tudo colidindo com as disposições dos arts. 93, IX, da CR, arts. 29 e 59 do CP e art. 381, III, do CPP.

Já em relação aos acusados José e Éverson olvidou-se a aplicação de causa especial de diminuição de pena, pois que, segundo a sentença figurariam apenas como partícipes; também em face dos acusados Vinícius e

Éverson seria aplicável, pela prática de corrupção ativa, a mesma redução, sob pena de ofensa ao art. 93, IX, da CR, e art. 381, III, do CPP.

Quanto ao crime de quadrilha deduz-se a ausência de fundamento ao aumento da pena com base na culpabilidade, bem como nas consequências e circunstâncias do crime, atentando contra o art. 5.º, XLVI, da Constituição, e art. 59 do CP.

No mais, em relação à perda de bens, afirmaram a nulidade da sentença por fundamentação genérica, determinando a perda indistinta, sem individualização (muitos dos quais de propriedade anterior aos fatos narrados - fls. 5183-5185). Reflexamente também se ofenderia o princípio da correlação, maculando o art. 5.º, XXXV, LIV, LV, o art. 92, II, *b*, e o art. 93, IX, todos da Constituição da República, e arts. 381, III, 382 e 384, do CPP.

Nessa trilha, a sentença seria nula por indevidamente inverter o ônus da prova, tributando aos acusados a prova da origem dos bens constritados, o que em tese feriria o art. 5.º, LVII, da CR, e art. 239 do CPP.

Também é deduzida a nulidade do confisco de contas bancárias, amparado pela prova que compõe autos de quebra de sigilo bancário (aos quais a defesa não teria tido acesso). Por se cuidar de prova extra-autos, não poderia fundamentar a decisão, ofendendo o disposto no art. 5.º, LIV, LV e LX, da CR, e art. 370, *caput*, do CPP.

Enfim, com relação à acusada Luciani, a perda seria nula porque absolvida das acusações impostas.

Dilva Dolzan apresentou suas razões recursais em fls. 5224-5254, deduzindo inicialmente ofensa do direito de defesa porque não teve vista dos autos de interceptação telefônica por ocasião das razões finais. A transcrição também não teria sido feita por perito, mas por policiais militares, contrariando o disposto no art. 5.º, LV, da CR, 159, §§ 1.º e 2.º, do CPP.

A acusada também questionou a renovação do pedido de interceptação de fls. 191-193, por ausência de fundamentação, valendo-se de razões remetidas (os fundamentos do pedido ministerial), o que ofenderia o art. 93, IX, da CR, e o art. 5.º da Lei n.º 9.296/96.

Ventilou-se ainda a nulidade da investigação feita pelo Ministério Público, por ofender o art. 144, § 1.º, I, IV, e § 4.º, e art. 155, todos do CPP. Questionou-se também a renovação das interceptações telefônicas sucessivamente, no que se cogita ofensa ao disposto no art. 5.º, X e XII, da CR, e art. 5.º, da Lei n.º 9.296/96.

É também cogitada a nulidade do feito por ausência de perícia sobre as interceptações, em oposição ao art. 1.º, e art. 5.º, XXXIX, XXXIV e LVI, da CR, além do art. 1.º do Código Penal.

Ainda em preliminar alegou-se cerceamento, porque não teria o procurador da acusada sido intimado da realização da perícia, e dos requerimentos que se seguiram à diligência.

Quanto ao mérito, genericamente aduziu-se a ausência de provas da materialidade e autoria, afirmando que se confiou a condenação unicamente à prova obtida pela interceptação.

Deduziu, também, que a perda do cargo, decretada na sentença, deu-se após a aposentadoria, e portanto já sem objeto. Logo, cumprido os requisitos para a jubilação, a condenação não projetaria nenhum efeito prático, e não poderia, de toda sorte, ofender direito adquirido.

Édio Dolzan, por sua vez, peticionou suas razões em fls. 5255-5276, e em preliminar destacou a ofensa à ampla defesa por não ter tido acesso aos autos quando da apresentação de razões finais. Também critica genericamente a ilicitude da prova obtida no inquérito, à falta de contraditório. Apontou ainda a nulidade da interceptação em face da degravação parcial, e discutiu abstratamente a exclusão da prova. Observou, além disso, que

a ausência de repetição da prova ofende o art. 5.º, LV, e art. 159, §§ 1.º e 2.º, do CPP, porque não realizada por peritos.

As interceptações seriam nulas de todo modo porque renovadas sucessivamente, contrariando o art. 5.º, X e XII, da CR, além do art. 5.º da Lei n.º 9296/96, e também porque não se efetuara a perícia, conflitando com o disposto no art. 2.º e art. 5.º, XXXIV, XXXIX e LVI, da CR, e art. 1.º do Código Penal.

Também é repetida a tese de nulidade da investigação, porque orquestrada pelo Ministério Público, o que ofenderia o disposto no art. 144, § 1.º, I e IV, e § 4.º, do CPP, bem como o art. 129 da CR.

No que toca ao mérito, negou a autoria do crime de corrupção passiva; ademais, não se teria feito prova válida que indicasse sequer mesmo sua participação.

Concedeu-se liminar autorizando a acusada Jurema Wulf a aguardar o julgamento em recolhimento domiciliar (fls. 5286-5287).

Jurema Wulf apresentou razões de recurso em fls. 5290-5346. Em preliminar renovou a discussão acerca da prerrogativa do Ministério Público de dirigir investigação, e alegou a ausência de forma do procedimento; discutiu ainda a inconstitucionalidade formal da resolução do CNMP que disciplina o procedimento investigatório, pois o Ministério Público não teria competência para regular a matéria.

Além disso, asseverou que nem mesmo a denúncia poderia ser ofertada pelo mesmo órgão que preside a investigação, segundo dispõe o § 4.º do art. 3.º da resolução n.º 13/06/CNMP, o que redundaria na ofensa ao princípio do promotor natural.

Destacou, adiante, a nulidade do "rito" processual, que não observou a disciplina própria das hipóteses em que a ação é dirigida contra agente público (porque não aplicável no caso a súmula 330/STJ).

Questionou-se, ainda, a falta de fundamentação para quebra de sigilo telefônico, bem assim de suas prorrogações, observando que não poderiam ser ordenadas para a apuração de prática contravencional. Também padeceria de vício, por ausência de fundamentos, a quebra do sigilo bancário.

No mais, o recebimento da denúncia seria nulo porque não se analisara a defesa preliminar.

Ainda em preliminar é discutida genericamente a nulidade da prova, obtida a partir da interceptação telefônica num primeiro momento, e das demais, por derivação. As interceptações (as captações), ademais, não teriam sido efetuadas por agentes públicos. É também renovada a tese de nulidade da perícia, porque a defesa não teria acompanhado o exame técnico do material apreendido. Tampouco acolheu-se diligências posteriores.

Em relação ao mérito, de modo amplo e genérico apontou-se a ausência de provas, tendo em vista que a condenação ampara-se fundamentalmente nas interceptações telefônicas (provas que se pressupõem ilícitas). Asseverou que mesmo as testemunhas não apontam ter conhecimento da atividade de "jogo do bicho", contexto em que a condenação animou-se por suposições decorrentes das apreensões feitas (sobretudo dos registros financeiros da "Banca Zé-K").

Adiante afirmou ser nula a "sentença monocrática", por decadência, uma vez que não teria sido ofertada a denúncia no prazo de 15 (quinze) dias. Seria igualmente nula por falta de fundamentação quanto à punição secundária (perda do cargo público).

No que pertine à dosimetria, afirmou não haver subsídios para elevar a pena acima do mínimo prescrito na primeira fase, não sendo legítima a majoração proposta, dobrando a pena inicial, embalada com o argumento de repercussão social. Questionou, também, o concurso de majorantes, afirmando que apenas uma causa de aumento - eventualmente a mais severa - deveria ter sido aplicada.

O Ministério Público ofertou contrarrazões em fls. 5349-5694, subsidiando suas razões com os termos das alegações finais.

Nesta instância, o Ministério Público opinou pelo conhecimento e parcial provimento do apelo, tão somente para ajustar as penas, nos termos em que requer. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Dr. Robinson Westphal (fls. 5699-5742).

Em petições avulsas, a defesa de José, Vinícius e Éverson Wodzinsky postulou a retificação cadastral do feito, tendo em conta não haver réus presos atualmente (fl. 575); além disso, juntou renúncia de mandato e requereu a intimação em nome de procurador específico (fl. 528).

Efetivada a atualização cadastral, os autos foram inseridos em pauta de julgamento.

É o relatório.

VOTO

Breve introdução

O processo trata de práticas ilícitas diversas. Na origem cuidou-se da imputação de delitos apurados a partir de investigação orquestrada pelo Ministério Público, animadas inicialmente por interceptações telefônicas que, com o passar do tempo, revelaram um universo de práticas delituosas. Assim, o que inicialmente estava vocacionado à eventual identificação de indícios da prática de contravenção de "jogo do bicho" e formação de

quadrilha, tomou proporções generosamente mais amplas, desdobrou-se em outros autos (além daqueles de interceptação telefônica, o de quebra de sigilo bancário e de busca e apreensão), donde se viu elementos indicando uma série de delitos concorrentes ou conexos (além da prática contravencional e de quadrilha ou bando, a investigação alcançou a apuração de crime contra a economia popular – manutenção da atividade de jogo com máquinas caça-níqueis – corrupção ativa e passiva, falsidade ideológica, violação de sigilo profissional, prevaricação e ocultação de bens). Por trás dessa moldura de imputações apontou-se a estrutura, em tese capitaneada por José Wodzinsky e administrada com o auxílio de seus filhos Vinícius e Éverson, que gerenciavam a atividade primaz de jogo do bicho e as demais atividades ilícitas que daí defluíam, além de amplo esquema de corrupção que, alcançando agentes policiais com atuação na região em que os negócios ilegais se estabeleciam (Jaraguá do Sul e Guaramirim), permitia a manutenção daqueles negócios.

Sobrevindo sentença com acolhimento parcial da denúncia, os acusados condenados manejaram recursos, conjunta ou isoladamente. Alguns deles valem-se de técnica aparentemente cartesiana, mas na verdade pretendem um discurso fragmentado e dispersivo, decompondo o julgado e as provas nem sempre de modo conexo e sincrônico, para tomar a parte pelo todo.

Embora a garantia constitucional não iniba o exercício de defesa com dada conformação, essa técnica vem a revelar nestes autos, em algumas circunstâncias, a pretensão de análise evasiva, sem observar, em não poucos momentos, que a adoção de uma ou outra tese no julgamento implica a natural exclusão de outras que caminham a mesmo passo. Por isso que essa expressiva diligência, sempre acompanhada de dedução de nulidade do julgado, é, com certa recorrência, animada por alguma ingenuidade, quase franciscana, de ver na sentença mais ou menos do que apontara o magistrado.

Faço a advertência porque, num jogo de palavras, de regra, reconheço, de fino contorno retórico, a mesma tese é desdobrada e experimentada com toda sorte de traços e cores, como que se cuidasse topicamente de temáticas absolutamente distintas. Daí, quem sabe, ter parecido inaudito na sentença a observação de uma ou outra alegação, agora gravosamente invocadas como causa de vício insanável.

Nesse passo, talvez como um dos exemplos mais extravagantes do excesso (de zelo) da defesa é descortinado no prequestionamento. Rigorosamente lapidado a cada uma das razões, de alguns dos recursos interpostos, em todos, absolutamente todos, olvidou-se de circunstância bastante comezinha, praticada pela jurisprudência do STF: naqueles os apelos em que há dedução de ofensa à Constituição, há recorrente invocação de contrariedade à dispositivos com garantias fundamentais (art. 5.º).

No entanto, é de muito que o Supremo Tribunal não conhece de recursos cuja dedução se ampare principalmente nos incisos mais recorrentes daquele dispositivo. A razão, evidente, reside no fato de que quase todos os seus incisos encontram regulação na legislação infraconstitucional (não há perspectiva distinta ao menos em relação aos que asseguram o processo e o julgamento).

Logo, toda retórica com dada conformação, quando muito implica ofensa reflexa, o que não abre passagem ao extraordinário, notadamente quando a dedução se ampara, por exemplo, no art. 5.º, X, XII, XXXIV, XXXV, XXXIX, XLVI, LIV, LV, LVI, LVII, e no art. 93, IX, da Constituição Republicana (veja-se, da vasta jurisprudência sobre o tema, há mais de três lustros, AI 179.216-AgR/RJ. Primeira Turma. Rel. Min. Ilmar Galvão. Decisão de 12.03.96; RE 345.577-AgR/SC. Segunda Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. Decisão de 19.11.02; AI 764.133-AgR/DF. Segunda Turma. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Decisão de 04.12.12; AI 768779/RJ. Segunda Turma. Rel. Min. Cezar Peluso. Decisão de

17.11.09; AI 764830-AgR/PE. Primeira Turma. Rel. Min. Carlos Britto. Decisão de 15.12.09; AI 737370-AgR-ED/SP. Segunda Turma. Rel. Min. Ellen Gracie. Decisão de 14.12.10; AI 842725-AgR/SC. Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. Decisão de 23.08.11; AI 684159-AgR/SP. Primeira Turma. Rel. Min. Dias Toffoli. Decisão de 07.02.12; ARE 664568-AgR/MG. Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. Decisão de 08.05.12; ARE 645967-AgR/MG. Segunda Turma. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Decisão de 25.09.12; ARE 696563-AgR/DF. Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. Decisão de 30.10.12).

A rigor, então, não se conhece de ofensa orquestrada com esse formato. De todo modo, dado o requinte com que o prequestionamento é feito, para conferir maior dinâmica ao julgamento na análise observarei eventualmente apenas a ausência da ofensa, sem mencionar o não-conhecimento nestas hipóteses (ressalvado os casos em que a dedução resume-se a alguma daquelas disposições, ou o prequestionamento não seja conhecido em seu todo).

Dito isso, e a bem do que manda a técnica, inicio por cuidar do caprichoso rol de nulidades, observando tematicamente os pontos comuns – competência, regularidade processual e probatória, formal e material.

I - Das preliminares

1. Investigação pelo Ministério Público

É alegação comum entre os apelantes a nulidade do processo em face da investigação preliminar, então orquestrada pelo Ministério Públi-

co; questionam a validade da iniciativa, bem assim da prova produzida naquele procedimento.

A matéria sempre foi objeto de debates muito delicados, em que se questionava desde a permissão constitucional até a eventual usurpação de atribuição da polícia judiciária; alguns, aliás, com fortes cores defenderam a ausência da prerrogativa constitucional, como o fez José Afonso da Silva, em bem conhecido estudo proposto pelo IBCCrim (Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente? [Parecer] *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, vol. 12, fascículo 49, julho-agosto/2004). Daí defluiu, também, certa disputa entre as entidades envolvidas - forças policiais investigativas e Ministério Público - cujo foco, evidentemente, gravita na eventual ingerência de um sobre o outro, e a pedra de toque é a vocação constitucional de cada órgão.

Na sentença cogitou-se de certa chancela do Supremo Tribunal autorizando a iniciativa investigatória ministerial no âmbito penal. Na verdade, o tema também lá ainda não encontra conformação bem definida, o que foi lembrado pelo então Ministro Cezar Peluso, em seu voto no RE 593.727/MG - onde, inclusive, reconheceu-se repercussão geral (segue no mesmo passo o julgamento do HC 84.548/SP, impetrado em favor de um dos denunciados do "Caso Celso Daniel").

Embora a definição do tema ainda não seja clara, parece avizinhar-se um horizonte com liberdade de atuação regrada ao Ministério Público; ainda com a votação em curso, o processo (autos de RE 593.727/MG) conta com seis votos admitindo a investigação criminal pela instituição, mesmo que parte dos ministros a admitam apenas com caráter excepcional (2 ministros - Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski - fizeram a ressalva; os demais - Min. Celso de Mello, Ayres Britto, Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes não apontam restrições).

Mas não há possibilidade de vaticínios; afinal, a julgar pelo voto proferido pelo Min. Marco Aurélio no HC 84.548/SP, do qual é relator, tratando da mesma matéria (foi o único até então a votar pela inviabilidade da iniciativa investigatória), e tendo em conta que o Min. Luiz Fux está com vista dos autos, e já votou pela investigação com restrições no *habeas corpus* em questão, a solução ficará a cargo do voto da Min. Cármen Lúcia, que não se pronunciou até aqui formalmente quanto ao ponto.

De toda sorte, tudo indica a adoção, quando menos, da excepcionalidade da investigação pelo Ministério Público, e em caráter subsidiário. Na prática, por ora se admite a investigação pela adoção do que a doutrina denomina "teoria dos poderes implícitos"; em tese, embora não haja previsão constitucional expressa, a investigação seria possível, mesmo que com limitações, a partir da leitura orgânica da Constituição, do Código de Processo Penal, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e da Lei Orgânica do Ministério Público da União, por exemplo.

Em termos práticos, seguindo até aqui a orientação mais restritiva (deduzida pelo Min. Cezar Peluso) a investigação ministerial poderá, desde que obedeça à liturgia prescrita no Código de Processo - com supervisão do Judiciário, evidentemente - ser promovida com o fim de apurar eventual prática de fatos criminosos por membros ou servidores da própria instituição, por autoridade ou agentes policiais ou na inércia destes.

No caso, a investigação tem entre os seus atores autoridade e agente policiais, o que em princípio autorizaria a iniciativa ministerial. Além disso, observo que o que se toma por investigações preliminares derivam de pedidos feitos à autoridade judicial - notadamente no que se refere às interceptações telefônicas - evidenciando assim sua higidez.

Não há, por isso, ofensa ao disposto no art. 155, do Código de Processo Penal; tampouco atenta o disposto no art. 144, § 1.º, I, IV e § 4.º, e art. 129 da Constituição da República.

1.1. Da regularidade procedimental

Pela acusada Jurema é deduzida a inconstitucionalidade de resolução que disciplina o procedimento de investigação (em verdade o Ato Conjunto 01/2004/PGJ/CGMP-SC), por afetar matéria de competência própria da União.

Em verdade há equívoco ou mesmo ingenuidade na dedução. Aquele diploma, na prática, não cria o procedimento, tampouco lhe dá forma; apenas regulamenta a atividade investigativa no âmbito da instituição; partiu-se, enfim, das prerrogativas estabelecidas pela Lei Complementar Estadual n.º 197/00 (art. 82, XVII, *d*, e o art. 83, I), mas observando sobretudo os demais diplomas que estabelecem o procedimento (CPP, LOMP e da LOMPU, entre outras). Dito de modo mais simples, não há inovação legislativa. A forma do procedimento, ademais, não é mais que a repetição da disciplina daqueles diplomas, que lhe servem com perfeição.

Observo nesse passo que a Res. 13/06/CNMP, conquanto fixe diretrizes ao procedimento, o faz a par dos demais diplomas. Nada impede que assim seja; como bem observou o Min. Peluso ao legitimar a investigação, ela só não poderá conflitar com os diplomas reguladores.

Veja-se, ainda, que se trata de disciplina interna, cuja alguma afetação ao juízo de constitucionalidade só se justificaria em caso de evidente conflito ou de eventual superposição àquelas normas de maior envergadura, do que não se cogita. Daí porque não conheço da dedução.

No que se refere à alegação de que a portaria de instauração seria genérica, por não apontar concretamente fatos, há de se considerar também alguma ingenuidade. A portaria, como bem sinaliza a defesa dos acusados José, Vinícius e Éverson Wodzinsky, indica a vocação do procedimento: a

investigação da jogatina ilegal, e o envolvimento de agentes públicos (fl. 4933); não se tratava, assim, de um exercício especulativo. Não há, por isso, ofensa ao art. 4.º da Res. n.º 13/06/CNMP, ou ao Ato Conjunto n.º 01/04/PGJ/CGMP-SC.

1.2. Do prazo e das renovações

Quanto ao prazo de duração do procedimento - à época fixado pelo Ato Conjunto 01/2004/PGJ/CGMP-SC em 90 (noventa) dias (art.14) - a eventual extrapolação em si não configura nulidade. Sem olvidar de sua feição inquisitória (e sobretudo seu caráter acessório) aquele ato já previa a renovação, no caso de necessidade (art. 14, segunda parte) – bem justificada no caso pela complexidade do objeto de investigação.

2. Da irregularidade instrumental das provas

2.1. Da nulidade em face da preconcepção das provas

Pela defesa dos acusados José, Vinícius e Éverson é cogitada a nulidade da prova porque formada antes de estabelecida a relação processual. Argumento que beira o exótico, deixa de considerar o que há de mais elementar nas hipóteses em que as provas são implementadas sobre sigilo: é de sua essência só serem conhecidas pelos acusados após seu implemento.

No mais, sempre foi franqueado às defesas o acesso a todos os documentos. A dedução, evidentemente, não se justifica, principalmente porque não se aponta vício concreto em sua formação.

2.2. Ilegalidade das interceptações telefônicas

2.2.1 Da regularidade da deflagração das investigações e da propriedade da prova

Há dedução de que o procedimento de interceptação telefônica não seria válido porque ressentia-se de subsídios; afinal, teria sido deflagrado a partir de um único testemunho, de pessoa estranha aos autos. Ora, a propósito de qualquer investigação criminal, a partir da notícia do fato ilícito pode-se deflagrar a investigação (que neste caso, revelou-se com robustez, não era dirigida nem tinha traços de perseguição).

Por outro lado, é também de certa inocência a alegação de que a prova feita a partir da interceptação seria inválida porque partira inicialmente da suspeita de prática de jogo do bicho, contrariando o inc. III do art. 2.º da Lei n.º 9.296/96 (que limita a produção desse tipo de prova no curso da apuração da prática de crime, apenas); a investigação e as escutas, evidentemente, não se dirigiam a particular comprovação daquela prática contravencional, mas também do que lhe seguia correlato (notadamente o crime de quadrilha, visto que a conduta, por sua própria natureza, é sempre estabelecida a muitas mãos). Eis porque a preliminar não tem fundamento, e não se fala em ofensa ao art. 2.º, I, II e III, da Lei n.º 9.296/96.

É igualmente sem causa a alegação de ofensa à intimidade. É próprio da produção desse tipo de prova o contato com as conversas do investigado e seus interlocutores. Todavia, houve sigilo ao longo de todo processo - o que, contraditoriamente, é reconhecido adiante, quando se questiona a razão pela qual os autos de interceptação não seguiram apensados aos principais. No mais, em momento algum se trouxe qualquer indicativo de exposição ou vazamento de dados; e ainda que o fosse, a solução estaria para além do processo criminal. Não há, por isso, que se falar em violação do art. 5.º, XII, LXIII, e art. 133, todos da CR, e art. 7.º, II, da Lei n.º 8.906/94.

Tampouco há nulidade pela eventual entrega de e-mail por terceiro ao Ministério Público; tratava-se na ocasião de documento, de prova da ingerência de uma das acusadas em favor da atividade ilícita exercida pelos acusados. Logo, sendo prova criminal, também aqui não se vê ofensa ao disposto no art. 5.º, XII, da Constituição da República.

2.2.2. Das prorrogações e da ausência de fundamentação

Pelos recorrentes é questionada a ilegalidade da interceptação telefônica porque prorrogada sucessivamente, sem autorização legal. É bem verdade que a Lei n.º 9.296/96 fixa apenas, teoricamente, o prazo de 15 (quinze) dias, nos termos do seu art. 5.º. Nada obstante, bem se sabe, não há vedação a eventual prorrogação do prazo inicial, quando assim exigir a complexidade do objeto investigado e a prova for capital (art. 5.º, parte final).

O caso em si dispensa retórica de fôlego para justificar a renovação da prova; pretendia-se, como ao fim se revelou, comprovar a participação dos denunciados em complexa atividade criminosa. Não é, naturalmente, prática cuja prova floresça espontaneamente em outros campos – boa demonstração disso é o fato da condenação contemplar por excelência a prova obtida pela escuta; tampouco é possível prova robusta a partir de interceptação por tão curto espaço de tempo, notadamente porque algumas condutas, sobretudo a corrupção, é ato que se renova mensalmente, no caso .

Por outro lado, a jurisprudência tem admitido a prorrogação em face da complexidade dos fatos apurados e mediante fundamentação idônea; o STF, neste ponto, tem chancelado até mesmo a autorização de 30 dias

sucessivos, ao fundamento de que se trata de simples prorrogação do prazo fixado na lei. Veja-se, a propósito:

> "*Habeas corpus*. Constitucional. Processual Penal. Interceptação telefônica. Crimes de tortura, corrupção passiva, extorsão, peculato, formação de quadrilha e receptação. Eventual ilegalidade da decisão que autorizou a interceptação telefônica e suas prorrogações por 30 (trinta) dias consecutivos. Não ocorrência. Possibilidade de se prorrogar o prazo de autorização para a interceptação telefônica por períodos sucessivos quando a intensidade e a complexidade das condutas delitivas investigadas assim o demandarem. Precedentes. Decisão proferida com a observância das exigências previstas na lei de regência (Lei nº 9.296/96, art. 5º). Alegada falta de fundamentação da decisão que determinou e interceptação telefônica do paciente. Questão não submetida à apreciação do Superior Tribunal de Justiça. Supressão de instância não admitida. Precedentes. Ordem parcialmente conhecida e denegada.
>
> 1. É da jurisprudência desta Corte o entendimento de ser possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessiva, especialmente quando o fato é complexo, a exigir investigação diferenciada e contínua (HC nº 83.515/RS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Nelson Jobim, DJ de 4/3/05).
>
> 2. Cabe registrar que a autorização da interceptação por 30 (dias) dias consecutivos nada mais é do que a soma dos períodos, ou seja, 15 (quinze) dias prorrogáveis por mais 15 (quinze) dias, em função da quantidade de investigados e da complexidade da organização criminosa.
>
> 3. Nesse contexto, considerando o entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca da possibilidade de se prorrogar o prazo de autorização para a interceptação telefônica por períodos sucessivos quando a intensidade e a complexidade das condutas delitivas investigadas assim o demandarem, não há que se falar, na espécie, em nulidade da referida escuta e de suas prorrogações, uma vez que autorizada pelo Juízo de piso, com a observância das exigências previstas na lei de regência (Lei nº 9.296/96, art. 5º).
>
> 4. A sustentada falta de fundamentação da decisão que determinou a interceptação telefônica do paciente não foi submetida ao crivo do Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, sua análise, de forma originária, neste ensejo, na linha de julgados da Corte, configuraria verdadeira supressão de instância, o que não se admite.

> 5. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado" (HC 106.129/MS. Primeira Turma. Rel. Min. Dias Toffoli. Decisão de 06.03.12).

Não há, portanto, qualquer ilicitude em relação ao prazo estabelecido para escuta telefônica.

No mais, a renovação sucessiva veio amparada, em todas as ocasiões, por minucioso e circunstanciado relatório elaborado pelo requerente - o Ministério Público - justificando o deferimento da medida em todas as ocasiões; de outro vértice, os pedidos sucederam a multiplicidade de conexões que defluíam das interceptações em andamento, apontando novos envolvidos e operações.

Nesse cenário, os pedidos foram, num primeiro momento, justificados pela evidente complexidade da empreitada criminosa (já que envolvia entre os acusados autoridades policiais, então responsáveis pelo controle e fiscalização das atividades clandestinas investigadas), ampliada adiante quando revelada a multiplicidade de envolvidos e a capilaridade das operações. E foram, com esses arranjos, também fundamentados. Veja-se, assim, fls. 22-41 e 43-45; 47-75 e 76-78; fls. 82-107 e 108-110; fls. 114-146 e 147-149; fls. 154-171 e 172-175; fls. 179-190 e 191-193; fls. 202-216-A e 216-B-218; fls. 230-248 e 249-251; fls. 254-260 e fls. 261-262; fls. 264-290 e 291-293; fls. 301-308 e 309-313; fls. 315-337 e 338-340; fls. 345-369 e 370-373; fls. 378-398 e 399-401; fls. 405-431 e 432-436; fls. 440-460 e 461-465; fls. 472-494 e 495-498; fls. 518-539 e 540-544; fls. 548-578 e 579-582; fls. 586-604 e 605-608; fls. 615-632 e 633-637, e; fls. 638-700 e 701-705.

É por isso indiscutível a fundamentação que, mesmo quando remetida ou *per relationem* (como no caso particular da decisão de fls. 191-193), é válida (por todos, STF, AI 825520-AgR-ED/SP, Rel. Min. Celso de Mello). Revela-se portanto sem causa a dedução de ofensa ao art. 93, IX,

da CR, bem como do art. 2.º, II, e art. 5.º, ambos da Lei n.º 9.296/96, pelo que não a conheço.

Por outro lado, no que se refere à eventual renovação de interceptações sem a pontual autorização judicial (alegada pelo acusado Sílvio), deixou-se de apontar quais seriam; ademais, mesmo que feito o cotejo a eventual repercussão de nulidade sobre o feito dependeria, invariavelmente, da demonstração de que alguma prova viciada fosse causa de julgamento, o que também não há (isso porque os acusados José, Vinícius e Éverson ensaiaram a mesma crítica - inclusive indicando que conversas foram supostamente autorizadas posteriormente - sem, contudo, apontar liame). Logo, ofensa alguma há ao art. 5.º, X e XII, da CR, e ao arts. 1.º e 5.º da Lei n.º 9.296/96.

Enfim, não tem brilho algum a dedução de ofensa à proporcionalidade, pelo só-fato da extensão que assumiu a produção da prova decorrente da interceptação. Ela justificou-se pelo emaranhado de relações e a complexidade de negócios ilícitos que compunha associação dos acusados. Noto, ademais, que em momento algum se fez pontual indicação de excesso ou algo do gênero, razão pela qual não há ofensa ao art. 5.º, incs. X, XII, LIV, LV e LVI, da CR, e aos arts. 5.º e 6.º da Lei n.º 9.296/96.

2.2.3. Da ausência de perícia em face das interceptações

Ainda em relação à produção da prova de interceptação é cogitada a nulidade por não se haver feito prova pericial das vozes e da degravação.

Com relação propriamente à ausência de prova pericial para atestar formalmente a autenticidade das interceptações, pouco há de ser dito; observo que, não fosse o controle judicial a que se viu submetida toda a prova, em momento algum contestou-se com subsídios a titularidade dos

números sob investigação, por exemplo, ou mesmo de que as interceptações ou algumas delas fossem dirigidas a pessoas distintas. O que se tem, nesse ponto, é dedução meramente alegórica; pretende-se apenas a quebra da prova, formalmente, sem apontar objetivamente algum vício.

Por fim, registro que a admissão de uma ou outra prova é faculdade do magistrado, que pode indeferi-las pela impertinência ou inocuidade. A perícia, evidentemente, sujeita-se ao mesmo crivo, pois a lei só a obriga na hipótese de formação do corpo de delito, nos termos do art. 184 do CPP (STJ, HC 174.006/MS, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira).

No mais, e pelas mesmas razões, o só-fato das degravações terem sido ordenadas por célula do Ministério Público não descredenciam a prova. Toda ela submeteu-se, repito, ao controle judicial, e nada apontou-se que pudesse macular a degravação juntada aos autos (processo n.º 036.07.009087-0). Daí que, quando se suscita de nulidade, pela falta de perícia, faz-se, na prática, dedução abstrata de falso; somente se fossem apresentados quaisquer indicativos de perversão da prova é que se justificaria o confrontamento pericial. Afora essa hipótese, o que remanesce é apenas um pedido com apelo fugaz, que em nada atinge a prova feita.

Faço última ressalva, àqueles que afirmaram não reconhecer a própria voz. O pedido de perícia, também aqui, não foi subsidiado com algum elemento concreto, nem mesmo um início de prova particular, com fundo técnico, que pudesse incutir dúvida em torno da lisura da prova judicial. Nada há; segue-se, então, um inconformismo deslustrado, e bem por isso não ofusca a apuração da prova, bem porque ela vem amparada por outros elementos (sobre o tema veja-se, por todos, STJ, HC 203.377/SP, Rel. Min. Laurita Vaz); tampouco implica ofensa ao art. 1.º do CP, aos arts. 158 e 265 do CPP, aos arts. 364 e 383, parágrafo único, do CPC, e nem mesmo ao art. 5.º XXXIV, XXXIX, LV, LVI e LVII, da Constituição Republicana.

2.2.4. Da nulidade em face do auxílio de agentes de outros órgãos, bem como de empresa privada na elaboração da prova

Por fim, a prova não perde seu brilho por ter sido elaborada a muitas mãos, com a participação, inclusive, de servidores da Polícia Militar ou mesmo do Estado. Afinal, não houve delegação da atividade investigatória, mas simples atribuição; o envolvimento destes agentes limitou-se à transcrição das conversas, sempre sobre a supervisão do órgão investigador e, enfim, com a fiscalização judicial. Noto, a propósito, que aqueles agentes não foram simplesmente reclamados na investigação, mas designados pelo próprio juízo para fim específico. Logo, não há ofensa ao art. 6.º, da Lei n.º 9.296/96, ou mesmo ao art. 144, §§ 4.º e 5.º, da CR.

Além disso, o só-fato de não se tomar a termo o compromisso a cada renovação não induz nulidade; ao contrário, essa providência, visivelmente contraproducente e anacrônica atentaria contra o andamento das investigações. Mais que isso, revelaria contradição nos termos, pois o compromisso se dá para a atividade, e não para a tarefa. Não há, por isso, violação ao art. 159, § 2.º, do Código de Processo Penal.

Por outro lado, sustentou-se a nulidade porque a prova teria sido captada por empresa particular. O argumento é impróprio; afinal, a formação da prova, essencialmente ordenada no campo investigativo, por agentes públicos, sempre esteve sob o crivo judicial, e também aqui não se evidenciou onde pudesse ela ter sido contaminada. No mais, não há exigência legal de degravação por peritos, mas apenas o auxílio técnico *se* e *quando* for necessário (art. 7.º da Lei n.º 9.296/96), sendo por isso dispensável rigor dessa natureza (por todos, STJ, AgRg no AREsp 3.655/MS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura).

Observo, ainda, que a ausência de repetição da prova, por não ter sido formulada por peritos não implica nulidade. Afinal, o que se tem

são degravações a partir de escutas, aferíveis e contestáveis até mesmo pelas partes. Tal como as demais preliminares suscitadas sobre a prova, ela evidencia apenas um apelo formal, pois em momento algum se trouxe elementos que ao menos indicassem algum vício concreto na prova. Dito isso, não conheço da suposta ofensa ao art. 5.º, LV, da CR, e do art. 159, §§ 1.º e 2.º, do CPP.

E, por fim, destaco que a eventual ausência de juntada de ofícios às companhias telefônicas, determinando a degravação das conversas não justifica a declaração de nulidade; quando muito há supressão de alguma formalidade que, em termos práticos, nada projeta de vicioso sobre a prova feita. Por isso afasto a alegação.

2.2.5. Da ausência de transcrição integral das interceptações

Também deduziu-se a nulidade das interceptações por ausência de transcrição integral. A matéria, que não é nova, encontrou por longo tempo confortável assento na jurisprudência do STF, que há muito dispensa a coleção de todos os diálogos captados (por todos, veja-se Inq 2.424/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso). À época se decidiu que a transcrição integral era dispensável, tendo em vista a desnecessidade da degravação do que não interessasse diretamente ao julgamento.

De todo modo, tenho em conta o recente julgamento, pelo Supremo Tribunal, de recurso com a mesma temática, a que se deu, aparentemente, contorno distinto. Falo especificamente do julgamento do agravo regimental interposto nos autos da AP 508/AP, datada de 07.02.2013, em que se manteve decisão do relator, o Min. Marco Aurélio, determinando a degravação integral das interceptações telefônicas, assim requerida por Sebastião Ferreira da Rocha.

Conquanto se trate de decisão plenária, e lá se tenha determinado a transcrição no todo das gravações, observo que não há vinculação de julgamentos. Noto que o pedido foi apreciado unicamente com fundamento no art. 6.º, § 1.º, da Lei n.º 9.296/96. Dito de modo mais simples, não há controle de constitucionalidade no julgado, que tem por base unicamente o caso concreto - tanto que excepciona a decisão tomada no inquérito n.º 2.424/RJ, sem contestar a autoridade daquela decisão. Assim, aquela decisão não imprime qualquer gerência sobre a discussão desses autos, em que não se justifica a transcrição de todos os diálogos (o que, quando menos, implicaria e desmedida exposição da intimidade dos investigados, desnecessária e sobretudo impertinente diante da obviedade revelada nos diálogos degravados).

Eventualmente seria dedutível a nulidade se houvessem sido pinçados trechos de conversas, de modo a induzir o julgamento numa ou noutra direção. Mas não é o caso, tanto que em momento algum se cogita de manipulação, embora a defesa tenha tido acesso à prova ao longo de toda a instrução.

Além disso, observo que se cogita de longo período de investigação (segue-se mais de um ano). E, tal como se afirmou no julgamento do Inq 2.424/RJ, e adiante foi reafirmado pelo próprio Min. Marco Aurélio no seu voto mais recente, a eventual necessidade de transcrição integral deve observar, invariavelmente, as circunstâncias do caso concreto. A considerar o grande volume de interceptações e o longo período em que se projetam, não há objetivamente razão para que se proceda à tamanha empreitada, se em momento algum se deduz de malversação das degravações, ou de qualquer arranjo que a pudesse violentar. Logo, a transcrição é legítima como orquestrada.

Bem por isso não se fala, no caso concreto, em ofensa ao disposto no art. 6.º, § 1.º, da lei n.º 9.296/96, e tampouco dos princípios do devido

processo legal e da ampla defesa, ou mesmo ao art. 5.º, LV, da CR, ao art. 2.º e ao 159, §§ 1.º e 2.º, do CPP.

2.2.6. Da impossibilidade de nomeação de assistente técnico

Pela acusada Jurema foi particularmente apontada a nulidade da prova por não ter tido oportunidade de acompanhar com seu assistente a realização. Na prática, todavia, houve a habilitação do seu assistente, nos termos da decisão de fls. 1072-1074, assim como a faculdade de apresentar seus quesitos. De todo modo, diante da impossibilidade adiante de realização da prova técnica, assim afirmada pelo próprio IGP, e sobretudo em face de sua dispensabilidade no caso (pois não se aponta prejuízo concreto), a prefacial perde sua razão de ser, e fica prejudicada.

2.3. Ilegalidade da busca e apreensão

2.3.1. Da prova ilícita por derivação

Cogitou-se da nulidade das medidas de busca e apreensão por derivarem de prova ilícita - pressupondo-se a invalidade das interceptações e mesmo da investigação. Revelada a regularidade tanto do procedimento quanto das escutas, a dedução de vício das medidas conseqüentes, ao menos no que se referem à causa de origem, perdem objeto.

2.3.2. Da ilegalidade da "prova emprestada"

A defesa de José, Vinícius e Éverson aduziu também que a prova seria de todo modo ilícita por se tratar de prova emprestada, que teria migrado sem decisão fundamentada. Ora, o que se tem não é, do ponto de vista técnico, simplesmente prova emprestada; trata-se, antes, de prova feita em autos separados apenas por praticidade e conformação processual. Não respeita a processo distinto, senão o que se discute. Assim, não se cogita de contrariedade ao art. 93, IX, da CR, e art. 381, III, do CP.

2.3.3. Da nulidade da apreensão de máquina de jogo

Ainda é suscitada a nulidade da apreensão da máquina de jogo encontrada em poder de Juraci Teresinha Pedroso; isso porque ela em tese teria sido coagida, ofendendo o disposto no art. 5.º, LVI, da CR. Evidentemente, em cumprimento de ordem não se fala em constrangimento - ao menos não com reflexo jurídico. Não há, de outro lado, relato ou demonstração de truculência ou de qualquer excesso, que eventualmente pudesse macular a diligência. No mais, deixo de conhecer a particular dedução de ofensa, pelo seu caráter reflexivo (ofensa indireta).

Com relação à falta de assinatura de testemunhas presenciais em alguns termos de apreensão, tenho que não seja hipótese de nulidade.

De regra a diligência deverá ser acompanhada por testemunhas, o que de rigor impede eventual arbítrio - é essa a finalidade do disposto no art. 245, § 7.º, do CPP. De todo modo, a ausência não invalida por si o ato, conforme tem assentado o Superior Tribunal de Justiça, se por alguma razão não for imperativo o acompanhamento de terceiros (por todos, HC 143.499/SP, Rel. Min. Jorge Mussi). No caso, é bom lembrar, não se cuida de diligência eventual, mas de diversos atos que partiram de investigação específica, e bem por isso desaguaram em medidas de busca e

apreensão específicas. As circunstâncias, no mais, são aquelas relatadas às escâncaras, e confirmadas adiante, em várias outras demandas, por quem se viu submetido às diligências: a prática ordinária de jogos ilícitos com máquinas "caça-níqueis".

Por outro lado, repetindo-se enredo bastante surrado nos discursos de nulidade, cogita-se apenas da formalidade, sem a demonstração de efeitos palmares. Não há, portanto, o que vicie os atos, razão pela qual não se fala em ofensa ao disposto no art. 245, § 7.º, do CPP.

2.4. Ilegalidade da prova obtida a partir da "ação controlada"

Pela mesma defesa é arguída a alegação de nulidade da prova obtida por meio da "ação controlada" (sobretudo o pagamento de propina), porque a diligência se deu sem autorização judicial. Em verdade não se projetou simples expediente dessa natureza, pois o acompanhamento das ações, inclusive de pagamento de propina não encerram fim em si mesmo e nem mesmo figuravam ações planejadas; decorriam, na prática, de simples desdobramento da investigação ordenada pelo Ministério Público, em linha paralela. Bem por isso não há nulidade.

Destaco de passagem, por fim, que eventual acolhimento de nulidade, fosse esse o caso, nenhum reflexo empreenderia na condenação - que, ver-se-á, tem arrimo em acervo distinto. Aqui também, portanto, lança-se apenas dedução formal.

2.5. Ilegalidade na colheita da prova oral

2.5.1. Da nulidade em face da negativa do pedido para supressão do interrogatório

Também pelos acusados José, Vinícius e Éverson é deduzida a nulidade do interrogatório, tendo em vista ter sido negado seu pedido para não serem interrogados (em tese, teria havido constrangimento para comparecerem ao ato).

É algo no mínimo inusitado, e por certo vício algum há. Bem se sabe que o interrogatório é, antes de tudo, meio de defesa; bem por isso é a oportunidade que o acusado dispõe para ensaiar, por si, a própria defesa. Pode, então, silenciar ou dar aos fatos a própria versão; no entanto a solenidade é indispensável: é ato que compõe a liturgia, e de regra a única oportunidade em que o magistrado poderá avistar o acusado, o que na essência justifica o primado da identidade física. Dito de modo mais simples, o que a Constituição assegura é o direito ao silêncio, mas não a reserva da indagação judicial (à qual o acusado invariavelmente deve se submeter).

Note-se, por fim, que o próprio ato está superado, a partir do que nem mesmo se extrai a razão do pedido. Por essas razões deixo mesmo de conhecer a dedução de contrariedade ao art. 5.º, LXIII, da CR, e ao art. 457 do CPP.

2.5.2. Nulidade do interrogatório por nomeação de procurador comum

De outro vértice, a acusada Jurema deduziu a nulidade do interrogatório porque na ocasião da solenidade os acusados Lídio, Sílvio, Rubens, José, Vinícius, Éverson, Luciani, Claudir, Walter e Valdecir foram representados por um único procurador, dativo. E, sendo conflitantes as defesas, a representação e o ato seriam nulos. O argumento aqui também é pitoresco, pois nenhum dos representados (que são em tese os diretamente prejudi-

cados) sequer cogitou dessa nulidade. Por outro lado, em momento algum se aponta em que consistiria o conflito, já que todas as defesas procuram, cada uma a seu modo, esquivar-se da acusação - sem para isso tributar a quaisquer dos demais ou a terceiros a autoria e a materialidade. No mais, deixo de conhecer a suposta ofensa ao art. 5.º, LV, da CR.

2.5.3. Nulidade por intimação tardia da solenidade, prejudicando o exercício da defesa

Pela defesa de José, Vinícius e Éverson foi apontado vício porque teria sido comunicada do interrogatório dos acusados Lídio, Sílvio, Claudir, Walter, Valdecir e Jurema apenas às vésperas da solenidade. Uma vez mais a dedução de vício segue embalada unicamente pela formalidade, sem evidência de algum prejuízo. Daí que, se nem mesmo a citação seguida de apressado interrogatório é por si causa de nulidade, sem prova de limitação da defesa (entre outros, STJ, HC 100.719/SP, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu), muito menos se pode admitir como razão a intimação da defesa, em curto espaço de tempo, para acompanhar interrogatório. De resto não conheço a alegação de ofensa ao art. 5.º, LIV, da Constituição da República.

3. Cerceamento de defesa

3.1. Da inépcia da inicial

Pelos acusados José, Vinícius e Éverson é deduzida a inépcia da inicial, sob o argumento de que apenas retratam genericamente determinados acontecimentos. Sem olvidar de certa contradição nos termos - é da essência

da acusação a narrativa do fato delitivo - os episódios são descritos com detalhamento e sobretudo com imputação da autoria.

Aliás, a vaguidão da tese de ofensa ao direito de defesa é desmascarada pela singela observação da robusta defesa feita pelos acusados ao longo do processo - e principalmente agora em recurso, em peça com mais de duas centenas de páginas. Diante desse panorama, como falar-se de alguma debilidade, quando o mérito delitivo é esmiuçado em todos os seus quadrantes? Logo, não conheço da suposta ofensa o art. 5.º, LIV e LV, da CR, e do art. 1.º do CP.

3.2. Da falta de observação do procedimento especial

A acusada Jurema aduziu a nulidade porque não se teria observado o procedimento específico para as hipóteses de processo contra o agente público (supressão da resposta preliminar). Sugere, nesse passo, que não seria aplicável a Súmula 330/STJ ("*é desnecessária a resposta preliminar de que trata o artigo 514 do Código de Processo Penal, na ação penal instruída por inquérito policial*"), porque não se cuida na espécie de investigação ordenada em inquérito criminal, mas em procedimento instaurado pelo Ministério Público.

Embora não veja óbice na aplicação da súmula também ao procedimento de investigação formulado pelo Ministério Público (tendo em conta a simetria que aproxima este do inquérito policial), a dedução, conquanto se queira regida por alguma lógica, parte de um exercício mimético bastante rudimentar; tenta, enfim, como se faz em outros momentos, apontar nulidade sem a demonstração do prejuízo. E sobre o tema, mesmo para o inquérito policial, tem afirmado o STJ que "*a ausência da defesa preliminar do funcionário público, antes do recebimento da peça inicial acusatória, por*

constituir nulidade relativa, exige a arguição oportuna e a demonstração de prejuízo" (HC 220.235/MT, Rel. Min. Laurita Vaz). Como nada se revela, não se pode falar em nulidade. E não há como presumi-la.

Observo, ainda, como já se fez em outra ocasião, que se apura concorrentemente crimes diversos, conexos, circunstância que por si afasta a aplicação do procedimento especial, segundo aponta a jurisprudência da Corte Superior: "*imputando a denúncia crimes funcionais e não funcionais, não se aplica o rito previsto para o processamento dos crimes de responsabilidade do funcionário público*" (HC 39.267/TO, Rel. Min. Laurita Vaz).

Veja-se mais: o procedimento especial destaca-se apenas pela defesa preliminar, cuja falta de apresentação ou de oportunidade para fazê-lo, bem se sabe, implica nulidade relativa (por todos, STJ, RHC 31.752/MT, Rel. Marco Aurélio Bellizze). De resto, o procedimento comum é, por excelência, o mais amplo - tanto que não se aponta objetivamente prejuízo pela eleição do procedimento mais largo.

3.3. Da ausência de apensamento da interceptação telefônica

O denunciado Édio Nei Dolzan aduziu de cerceamento de defesa tendo em vista que os autos de interceptação telefônica não foram apensados aos principais. À obviedade, conforme indicado na sentença, assim se deu por várias razões, a começar pela decretação liminar do sigilo (medida, diga-se de passagem, obrigatória nestas hipóteses, e naturalmente incompatível com a providência de aglutinação de autos). Além disso, dado o volume do acervo ficaria inviável reuni-los, o que, por outro lado, exigiria a decretação de amplo sigilo. No mais, a medida não revelaria justificativa alguma, pois se tratava de prova preparatória, cautelar, cujo acesso sempre foi franqueado aos envolvidos.

3.4. Da ausência de vista das interceptações, quando das alegações finais

Por parte de alguns acusados é invocada a tese de cerceamento de defesa, a propósito da falta de acesso aos autos de interceptação, quando da oferta de alegações finais.

Não há dúvida que, grosso modo, algum impedimento de vista a documento possa encerrar nulidade; no entanto, a bem do que dito na sentença, as partes - todas, sem exceções - tiveram livre acesso a todos os documentos e provas até aqui produzidos. Tanto que orquestram suas defesas e seus recursos com muito fôlego e abrangência, evidenciando que a eventual impossibilidade de tocar os autos de interceptação telefônica às vésperas das razões finais em nada lhes impediram a defesa. Note-se, além disso, que as interceptações foram as provas primazes; delas, ou a partir delas, floresceram todas as outras. Logo, não por falta de oportunidade é que se teria deixado de apreciá-las.

Em dado panorama não se cogita de prejuízo - ao menos não se pode presumi-lo; a eventual ofensa ao direito de defesa exigiria, bem por isso, prova robusta do prejuízo, sem o que não se fala em nulidade.

3.5. Da inutilização da prova

Ainda como prefacial é invocada a necessidade de inutilizar a interceptação telefônica. Penso que, além da impropriedade do pedido (a matéria não parece em absoluto ter caráter preliminar), a dedução segue sem sintonia com o feito, que ainda está em curso - quando, sabe-se, o

expurgo da prova só pode ser autorizado ser ela for flagrantemente ilegal ou imprestável, hipóteses sem ressonância neste caso.

Dito de modo mais simples, afirmada a lisura da prova somente se poderá destruí-la quando, adiante, não interessar mais ao processo, e mediante requerimento formal. Nada obstante sua natureza (prova que toca, evidentemente, à intimidade dos envolvidos), desde o início resguardou-se seu sigilo, não havendo até aqui justificativa palmar para simplesmente eliminá-las antes da solução da demanda.

3.6. Da juntada extemporânea de prova

A defesa dos acusados José, Vinícius e Éverson cogitou a nulidade da juntada de provas pela acusação, a partir de fls. 2897, o que se dera a pretexto do art. 402 do CPP.

É bem verdade que a providência (juntada de documentos) não se amolda à disciplina do art. 402 do Código de Processo; afinal, o dispositivo prescreve que "*produzidas as provas, ao final da audiência, o Ministério Público, o querelante e o assistente e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução*".

De toda sorte, não há impedimento à juntada de documentos após a audiência, sobretudo sem contar-se prazo para alegações finais (como no caso). Basta que se observe a disciplina do art. 231 do mesmo Código. Daí, se alguma oposição (concreta) houvesse de ser feita, serviriam as alegações finais (para a qual houve intimação específica).

Não fosse bastante, os documentos juntados não servem como substrato à condenação. Logo, a dedução é simples exercício caprichoso.

3.7. Da imprestabilidade da prova pericial

Por vertentes diversas é questionada a prova pericial, quer porque estabelecida em autos distintos, quer porque formalmente se houvesse omitido a participação da defesa, quer porque o material de alguma delas fora devassado antes do exame.

É de se observar, no entanto, que toda a argumentação não vai além do exercício de retórica. Lembro inicialmente que a produção se deu separadamente apenas por conveniência da instrução, sem que isso limitasse de qualquer modo o acesso ou a participação das partes; a propósito, tanto se deu o acesso que ela é, também, matéria explorada na apreciação do mérito. Não há, portanto, o tom de clandestinidade que se pretende emprestar ao processamento da prova.

De outro vértice, o indeferimento de algum requerimento, se prejuízo trouxe por qualquer razão, ele não foi declinado. Daí que, por mais sofisticação que se pretenda dar para apontar vícios, em momento algum, sob qualquer perspectiva se indica em quê teria ofendido o seu direito de defesa. Veja-se, por exemplo, que ao mesmo tempo em que se reclama suposta falta de oportunidade para quesitação - na pretensão de conferir um verniz inquisitório à prova - deixa-se de indicar o eventual prejuízo suportado. Não há por isso qualquer vício, em tampouco ofensa aos arts. 5. º, LIV e LV, 37, *caput*, e 93, IX, da CR, e aos arts. 159, §§ 3.º, 4.º, 5.º e 6.º, além dos arts. 170 e 181, todos do CPP.

4. Incompetência do juízo

A acusada Jurema aduziu a incompetência do juízo de Jaraguá do Sul, tendo em conta que o crime de falsidade ideológica teria ocorrido em Guaramirim. No entanto, seu julgamento seguiu-se por arrastamento, tendo em vista a ambientação dos demais delitos na comarca de Jaraguá do Sul. Além disso, o fato compõe a mesma denúncia, onde houve a acusação por ordenar conjuntamente todos os delitos.

Por outro lado, como bem afirmado na sentença, pareceu ao juízo, quando da recepção da inicial acusatória, ser conveniente a apuração de todos os ilícitos a um só lanço. É algo, inclusive, que se revela com alguma obviedade neste feito; afinal, cuidava-se da apuração de um considerável número de ilícitos, muitos deles com desvelada relação de interdependência. Sendo assim, a apuração conjunta de todos os fatos, antes de ofender algum interesse da acusada, militou em seu benefício, pois permitiu o julgamento simultâneo e simétrico, afastando eventual conflito que poderia advir da apuração isolada ou desconexa de todos os fatos. É então daquelas hipóteses em que o julgamento simultâneo deixa de ser singela faculdade; note-se que o art. 76, II, do CPP estabelece o julgamento por conexão "*se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas*". E como há relação direta entre o delito em questão e outros apontados na denúncia, a conexão é inquestionável.

A reunião, enfim, apenas atendeu à harmonia de julgamento, sem que se apontasse qualquer prejuízo ao exercício da defesa (a evidência é de que tenha ocorrido exatamente o oposto).

5. Ofensa ao princípio do promotor natural

Pela acusada Jurema é também levantada a alegação de ofensa ao primado do promotor natural. A recorrente tem em conta o fato de diversos promotores de justiça terem figurado ao longo do feito. Além disso, a investigação seria ordenada pelo próprio Ministério Público, o que não permitiria a incidência da Súmula 330/STJ.

É também daquelas deduções sem causa. Pelo próprio Ministério Público (fls. 3103-3014) foi observado que o trânsito da ação e dos autos periféricos (das medidas investigativas e prisionais) se deu perante uma única promotoria. A alternância entre os membros oficiantes ocorrem e decorrência daquelas razões comuns - férias e afastamentos autorizados em lei - sem eventual ingerência ou usurpação de atribuições.

No mais, como bem apontado, a Lei Complementar Estadual n.º 197/00 autoriza a atuação em regime de colaboração, permitindo a nomeação de mais de um promotor de justiça para atuar no mesmo feito, diante da eventual complexidade do caso - aqui, indiscutível.

Não se trata, portanto, em nenhum momento de acusação excepcional, mas sim regrada em lei, sem ofender por isso o princípio do promotor natural. Conforme tem reiterado o STJ em seus julgamentos,

"A ofensa ao Princípio do Promotor Natural verifica-se em hipóteses que presumem a figura do acusador de exceção, lesionando o exercício pleno e independente das atribuições do Ministério Público, o que não ocorre nos autos. A atuação ministerial pautada pela própria organização interna, com atribuições previamente definidas em Lei Orgânica do Ministério Público estadual, não configura violação ao Princípio do Promotor Natural" (HC 93.832/BA, Rel. Min. Felix Fischer)

Por outro lado, ao contrário do que se diz na apelação, não há qualquer glosa na resolução impedindo que o órgão investigador promova a denúncia; bem ao contrário o § 4.º do art. 3.º afirma textualmente que o promotor de justiça, quando instaurado de ofício o procedimento, "*po-*

derá prosseguir na presidência do procedimento investigatório criminal até a distribuição da denúncia". Logo, o que não se permite é que o Promotor denunciante presida após a investigação, e não que fique impedido de ofertar denúncia.

6. Ilegalidade da quebra do sigilo bancário

Deduziu a acusada Jurema que houve nulidade na instrumentalização da prova decorrente da quebra do sigilo bancário, tendo em conta o encaminhamento incontinênti da prova ao Ministério Público, antes de sua autuação pelo cartório judicial. A preliminar, à toda evidência, é descabida; afinal, não se revela prejuízo algum no procedimento. E, fosse duvidosa a lisura da prova porque tocada antes pelo Ministério Público, caberia à defesa demonstrar eventual manipulação (o que não é especulado).

Não há, também, razão para deduzir constrangimento com a quebra, cujo curso da investigação revelou providencial aquela medida. Mesmo que encaminhadas diretamente ao Ministério Público, não há ilegalidade alguma, pois isso exigiria a comprovação de prejuízo.

7. Nulidade no recebimento da denúncia

A defesa da acusada Jurema afirmou a nulidade da decisão que recebeu a denúncia por ausência de fundamentação.

Muito se discute sobre a natureza da decisão que recebe a inicial. E, embora seja ela capital - é a partir do recebimento que se fala formalmente em demanda - o que se tem afirmado, sobretudo no âmbito penal, é que o ato não tem feição decisória. O STF, aliás, tem pontuado:

> "*HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DECORRENTE DA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA: IMPROCEDÊNCIA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.
>
> 1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que o ato judicial que formaliza o recebimento da denúncia oferecida pelo Ministério Público não se qualifica nem se equipara, para os fins a que se refere o art. 93, inciso IX, da Constituição, a ato de caráter decisório. O juízo positivo de admissibilidade da acusação penal, ainda que desejável e conveniente a sua motivação, não reclama, contudo, fundamentação. Precedentes.
>
> 2. Ordem denegada" (HC 101.971/SP. Primeira Turma. Rel. Min. Cármen Lúcia. Decisão de 21.06.11).

Logo, a eventual ausência de dedução clara de fundamentação não macula o recebimento da denúncia. No mais, fosse outro o entendimento, revelaria agora contradição nos termos a glosa da denúncia por ausência de justa causa, tendo em conta a superveniência de decisão condenatória.

8. Nulidade da sentença

8.1. Da ausência de análise de teses

Por fim, a defesa de José, Vinícius e Éverson articula a nulidade da sentença por não ter apreciado certo rol de teses defensivas ("*nulidade decorrente da negativa aos quesitos apresentados pela defesa de Jurema Wulf*", "*negativa de jurisdição*", "*nulidade dos laudos periciais ns. 706 a 728/IC/2009*", "*nulidade específica ao laudo pericial 709/IC/2009*", "*nulidade específica ao laudo pericial 722//IC/2009*", "*nulidade ao laudo pericial 730/IC/2009*", "*nulidade do laudo pericial 037/IC/2009*", nulidade por "*ofensa ao princípio da não incriminação*", por "*falta de intimação das defesas com*

antecedência razoável", "*nulidade do interrogatório de Jurema Wulf por defesa conflitante*" e "*nulidade de juntada de prova pela acusação*" - fl. 5023).

Destaco de início que se trata de omissão, cujo campo próprio, ordinário, para discussão é aquele demarcado pelos embargos de declaração. De todo modo, a se considerar que todas incitam a ofensa ao contraditório, em tese é também admissível a discussão em sede de recurso. Observo, no entanto, que aquelas teses, de caráter preliminar, quando muito poderiam sugerir a nulidade relativa - daí dependente de prova do prejuízo, o que não se fez.

Por isso não há ofensa ao art. 5.º, XXXV, LIV e LV, e art. 93, IX, da CR, e nem ao art. 381, III, do CPP, e ao art. 458, II, do CPC.

II - Prejudiciais de mérito

1. Da decadência

Três questões, não obstante a indicação topográfica que se lhe tenham dados os apelos, devem ser observadas antes da análise do mérito recursal. A primeira respeita à alegação de decadência, porque a denúncia teria sido oferecida fora do prazo regular de 15 (quinze) dias.

Essa alegação, pela evidência da impropriedade, deixo mesmo de conhecer. A decadência, bem sabe, é instituto essencialmente afeito à ação privada, e não à pública; a única hipótese em que se lhe admite, no campo da ação pública, é no oferecimento de queixa substitutiva (art. 38, segunda parte, do CPP).

Não se cuida concretamente nem de uma nem de outra hipótese. O que se tem objetivamente é o oferecimento da denúncia após o curso da

investigação, que nenhuma relação guarda com a decadência. Logo, não conheço da prejudicial.

2. Da prescrição da pretensão punitiva, em face da prática de contravenção penal pelos acusados Vinícius e Éverson Wodzinsky

Num segundo momento é deduzida a prescrição em face da condenação imposta aos acusados Vinícius e Éverson, pela prática contravencional de "jogo do bicho".

Segundo a defesa, seria hipótese de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa; isso porque a denúncia fora ofertada em 18.11.08, e o julgamento, embora obedecesse ao prazo prescricional à época, a que se acometia as condenações inferiores a 1 (um) ano (dois anos, conforme a redação primitiva do art. 109, VI, do Código Penal), foi objeto de embargos declaratórios, com julgamento apenas em 17.12.10.

Contudo, a interposição dos declaratórios não indica novo marco interruptivo, que se conta de toda sorte da publicação da sentença. Sobre o tema, já decidiu o STJ:

> "PROCESSUAL E PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. SENTENÇA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. SUSPENSÃO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE.
>
> I - A DECORRÊNCIA DO PRAZO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA PODE SER APURADO ENTRE A DATA DO FATO E O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA OU ENTRE ESTE E O ATO E A PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO SUSPENDEM OU INTERROMPEM O LAPSO PRESCRI-

> CIONAL. (...)" (HC 2.802/SP. Rel. Min. Jesus Costa Lima. Decisão de 26.10.94).

Destaco, além disso, que o acolhimento dos declaratórios em face dos recorrentes em nada alterou a pena cominada à contravenção que se reclama o reconhecimento da prescrição. Daí porque não haver prescrição no período apontado.

Por outro lado, e bem porque os embargos não interrompem ou suspendem o prazo, observo que entre a publicação da sentença, último marco interruptivo (16.10.10, fl. 4443) e este julgamento transcorrem mais de dois anos. Dado o montante de pena então fixado (10 meses), e tendo em conta a legislação então regente, de pronto reconheço a prescrição da pretensão punitiva em relação aos acusados Vinícius e Éverson Wodzinsky, quanto à contravenção de prática do "jogo do bicho", com fundamento nos arts. 109, VI, e art. 110, § 1.º, do Código Penal.

3. Do pedido de declaração de inconstitucionalidade (art. 10 da Lei n.º 9.034/95)

A terceira questão prejudicial respeita ao pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 10 da Lei n.º 9.034/95, por ofender o art. 5.º, XLVI, da CR, no que estabelece indistintamente o regime inicial fechado para os crimes em que se reconheça fruto de organização criminosa (tese levantada pela defesa dos acusados José, Vinícius e Éverson Wodzinsky).

A rigor a declaração de inconstitucionalidade não pode ser ordenada pelo órgão fracionário, conforte dita a Súmula Vinculante 10/STF ("*viola a cláusula de reserva de plenário (Constituição Federal, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de norma, afasta a sua incidência no todo ou em parte*").

Logo, se eventualmente houver necessidade do órgão maior de discutir a constitucionalidade, é imperativo a suspensão do julgamento, para antes solver a questão constitucional.

No entanto, o caso em análise não reclama tamanho formalismo. Conforme aponta a própria defesa, em casos semelhantes o STF já definiu, como tem feito há anos, que a fixação do regime inicial mais gravoso por simples disposição de lei atenta contra o primado da individualização da pena. Exemplo notável é a recente declaração de inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, que prescrevia o regime inicial fechado para os crimes descritos no *caput* do artigo, indistintamente (HC 111.840/ES. Órgão Plenário. Rel. Min. Dias Toffoli).

Tendo em conta que ambas as leis distinguem-se somente pelos crimes que apenam, é perfeitamente possível a aproximação e, em face da simetria e correlação, aplicar o mesmo entendimento sem a necessidade de discutir pontualmente o caso no órgão plenário. Afinal, tem-se mesmo dito que

> "Não é necessária identidade absoluta para aplicação dos precedentes dos quais resultem a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade. Requer-se, sim, que as matérias examinadas sejam equivalentes. Assim, cabe à parte que se entende prejudicada discutir a simetria entre as questões fáticas e jurídicas que lhe são peculiares e a orientação firmada por esta Corte" (STF, AI 607.616-AgR/RJ. Segunda Turma. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Decisão de 31.08.10).

O que se tem em comparação é ainda mais que isso, pois o paradigma trata exatamente da questão constitucional invocada, permitindo o reconhecimento incidental, sem reserva de plenário, da inconstitucionalidade aventada.

Assim, deixo de aplicar o dispositivo, considerando que a matéria já foi apreciada pelo STF, com idêntica roupagem, inclusive, sem a necessidade de submeter a matéria à apreciação do Colegiado Maior.

III - Mérito

Confrontadas as preliminares e prejudiciais de mérito, sigo sistemática distinta daquela adotada na sentença e faço a análise de cada conduta a partir da importância e da interdependência entre os delitos apontados na denúncia, iniciando pela suposta prática de jogos de azar, que tenho por delito-mestre (é partir deles que os demais se amparam).

Antes, no entanto, observo que, a par das preliminares seguem-se apontamentos de nulidade da sentença. Alguns muito amplos; outros, mais específicos (como a dedução de falta de indicação temporal dos fatos), serão todos, a um só tempo, analisados com a apreciação das condutas (bem porque a maioria das deduções parte da generalidade, cuja solução exige trilhar a apreciação de cada conduta).

Enfim, adianto-me, ainda, para afirmar a necessidade de alguma correção na sentença, cujo reflexo, infelizmente, se fará sentir sobretudo na prescrição, tendo em conta que boa parte dos delitos ventilados é punido com penas extremamente modestas se comparadas com a dos demais. Isso, de todo modo, não justifica que se mantenham, eventualmente sem concreção, penas mais severas, simplesmente para legitimar o rigor punitivo que o concurso de crimes possa inspirar ao senso comum.

Bem ou mal só se pode pregar o que o ordenamento permite, mesmo que sem revelar ao primeiro olhar o que cada um compreende como senso de justiça. Fora dessa estreita moldura o que se tem pode sugerir vários nomes, mas não se identifica com o que o Direito estabelece.

1. Da prática de contravenção penal - atividade de "jogo do bicho" - imputada aos acusados José Wodzinsky, Vinícius José Wodzinsky, Everson Fernando Wodzinsky e Lídio Ceppli

O robusto rol de imputações tem como pedra de toque a atividade ilícita de jogo de azar ("jogo do bicho"), em tese patrocinada pelos acusados José, Vinícius e Everson Wodzinsky, no que se serviam, ainda, dos préstimos de Lídio Ceppli. Posto que se possa taxá-la *conduta menor*, destaco que as demais práticas criminosas deduzidas servem perifericamente à manutenção da atividade de jogo ilícito, razão pela qual ordeno o julgamento inversamente ao proposto na sentença, iniciando pela prática contravencional para então, adiante, dessumir as demais condutas.

A conduta está assim capitulada pelo Decreto-Lei n.º 3.688/41:

> "Art. 58. Realizar o denominado 'jogo do bicho', em que um dos participantes, considerado comprador ou ponto, entrega certa quantia com a indicação de combinações de algarismos ou nome de animais, a que correspondem números, ao outro participante, considerado o vendedor ou banqueiro, que se obriga mediante qualquer sorteio ao pagamento de prêmios em dinheiro.
>
> Penas: de seis (6) meses a um (1) ano de prisão simples e multa de dez mil cruzeiros (Cr$ 10.000,00) a cinqüenta mil cruzeiros (Cr$ 50.000,00) ao vendedor ou banqueiro, e de quarenta (40) a trinta (30) dias de prisão celular ou multa de duzentos cruzeiros (Cr$ 200,00) a quinhentos cruzeiros (Cr$500,00) ao comprador ou ponto.
>
> § 1º Incorrerão nas penas estabelecidas para vendedores ou banqueiros:
>
> a) os que servirem de intermediários na efetuação do jôgo;
>
> b) os que transportarem, conduzirem, possuírem, tiverem sob sua guarda ou poder, fabricarem, darem, cederem, trocarem, guardarem em qualquer parte, listas com indicações do jôgo ou material próprio para a contravenção, bem como de qualquer forma contribuírem para a sua confecção, utilização, curso ou emprêgo, seja qual for a sua espécie ou quantidade;

> c) os que procederem à apuração de listas ou à organização de mapas relativos ao movimento do jôgo;
>
> d) os que por qualquer modo promoverem ou facilitarem a realização do jôgo.
>
> § 2º Consideram-se idôneos para a prova do ato contravencional quaisquer listas com indicações claras ou disfarçadas, uma vez que a perícia revele se destinarem à perpetração do jôgo do bicho".

Do quadro de provas é fácil observar a autoria e a materialidade da prática criminosa.

A prova coligida, sem exigência de maior esforço, revela a complexa estrutura do negócio. A família Wodzinsky, responsável pela atividade ilícita de jogos de azar, patrocinava a atividade às custas do silêncio comprado das autoridades locais. O negócio, capitaneado pelo patriarca José Wodzinsky, contava com o auxílio direto de seus filhos Vinícius José Wodzinsky e Éverson Fernando Wodzinsky, gerenciando a atividade que se estruturara em torno da "Banca Zé-K".

Não se tratava, por certo, de um negócio regular, bem porque ilícito em sua gênese. Mas a evidência do empreendimento e de sua estrutura não depende desse tipo de formalidade, e está bem demonstrada não só pela farta documentação de registros financeiros da atividade mas, também, por exemplo, em decisões da Justiça do Trabalho, onde José Wodzinsky fora, veja-se, condenado ao pagamento de haveres trabalhistas, por empregados que o auxiliavam na atividade criminosa (observe-se notadamente os documentos de fls. 97 e segs., em que se identifica até mesmo o "ramo de atividade"). Forma inusitada, é de convir, para reconhecimento da atividade ilegal, mas bastante apropriada.

Por outro lado, o controle financeiro, embora rude, doméstico, traz consigo os arranjos da atividade; os documentos apreendidos, como o registro contábil das bancas de jogo, dão conta não só da arrecadação, mas também da gestão diária do negócio.

Os documentos recolhidos, que retratam desde a movimentação financeira até atividades periféricas relacionadas à prática ilegal do jogo de azar, foram encontrados nas residências dos acusados. A documentação pode ser assim distribuída:

Documentos apreendidos na "Banca Zé-K":

a) foi apreendida listas identificando "jogos repassados", referindo-se ao repasse de apostas (Termo de Apreensão n.º 1, fl. 47, e fls. 231-253 dos autos n.º 036.08.010314-1);

b) bilhetes de extração da "Banca Zé-K", de dezembro de 2007 a janeiro de 2008 (fls. 47, e fls. 496-497 dos autos n.º 036.08.010314-1);

c) também foi encontrado um caderno com resultado dos sorteios da Banca (fl. 47, e fls. 312-394 dos autos n.º 036.08.010314-1);

d) por fim, apreendeu-se computadores com a inscrição "José W - Banca" e "MBA José W - Banca" (fl. 47 dos autos n.º 036.08.010314-1).

Objetos apreendidos no sítio da família Wodzinsky:

a) foram apreendidos 200 (duzentos) pacotes, cada um com 200 (duzentos) blocos para apontamento do jogo ilícito (fl. 155 dos autos n.º 036.08.010314-1);

b) 03 (três) máquinas para impressão de "resultado do jogo do bicho" (fl. 155 dos autos n.º 036.08.010314-1).

Documentos apreendidos na residência de José Wodzinsky:

a) foi apreendido relatório de movimentação do ano de 2006 (fl. 50, e fls. 669-699 dos autos n.º 036.08.010314-1);

b) relatório de movimentação ("Banca Zé-K"), referente ao ano de 2008 (fl. 49, e fls. 534-622 dos autos n.º 036.08.010314-1);

c) controle de movimentação financeira da Banca, dos períodos de janeiro a maio e julho a dezembro de 2006, janeiro, março, abril e dezembro de 2007, janeiro e julho a setembro de 2008 (fl. 52, fls. 66-77 e 1173-1222).

Documentos apreendidos na residência de Everson Fernando Wodzinsky:

a) foi apreendido um relatório de movimentações da Banca de julho de 2008;

b) anotações em fls. identificadas por "Zé-K Corujinha, "Zé-K Extração 18 horas", além de um recibo de depósito de R$ 825,00 em favor de "Virtual 3000 Comércio de Informa" (fls. 152 e 1502 dos autos n.º 036.08.010314-1);

c) 07 (sete) maços pequenos de "apontamento de jogo do bicho" (fls. 153 e 1504 dos autos n.º 036.08.010314-1).

Documentos e objetos apreendidos na residência de Lídio Ceppli:

a) foi apreendido um mapa com o itinerário da atividade - pontos e indicação de horários - de Guaramirim (fl. 147, e fls. 1449-1450 dos autos n.º 036.08.010314-1);

b) 51 (cinquenta e uma) cartelas com a identificação "Zé-K", com nome de animais relacionados a dezenas, e a indicação "*Telefone Resultado 3371-0138 - 3275-1402*" de um lado, e, de outro, "*cotação por R$ 1,00*" com indicação "*Telefone Contato 3372-0872 - 3371-3424*" (fl. 147, e fls. 1455-1456 dos autos n.º 036.08.010314-1);

c) 01 (um) pacote, com etiqueta da "Komcor" identificando o cliente "*Zé-K*", material "*bl jogo do bicho 14h*", "*26 bl*" (fl. 147 e fl. 1458 dos autos n.º 036.08.010314-1);

d) 17 (dezessete) blocos para apontamento do "jogo do bicho" da "*Banca Zé-K*", "Extração 14 horas" (fl. 147 e fl. 1458 dos autos n.º 036.08.010314-1);

e) 12 (doze) blocos para apontamento do "jogo do bicho" da banca "*Zé-K Corujinha*", "21 horas" (fl. 147 e fl. 1458 dos autos n.º 036.08.010314-1);

f) 52 (cinquenta e dois) blocos para apontamento do "jogo do bicho" da "Banca Zé-K", "*Extração 18 horas*" (fl. 147 e fl. 1458 dos autos n.º 036.08.010314-1);

g) 41 (quarenta e um) blocos para apontamento do "jogo do bicho" da "Banca Real" (fl. 147 e fl. 1458 dos autos n.º 036.08.010314-1);

h) 1388 (mil, trezentos e oitenta e oito) minicalendários do ano 2008, com a inscrição "*APOSTE CERTO, COM QUEM JOGA LIMPO...*

- ZÉ-K - Honestidade e Tradição", com reprodução, no verso, de animais, relacionados com dezenas;

i) 01 (um) calendário de parede com a inscrição "*APOSTE CERTO, COM QUEM JOGA LIMPO... - ZÉ-K - Honestidade e Tradição - Jaraguá do Sul - Acerte no bicho sem agredir a natureza!*" (fl. 147 dos autos n.º 036.08.010314-1);

j) 01 (uma) camiseta azul, com a inscrição "*Zé-K HONESTIDADE E TRADIÇÃO*" (fl. 146 dos autos n.º 036.08.010314-1).

Além da constatação visual, após perícia a conclusão foi de que "*todo material examinado é utilizado pela prática de loteria ilegal denominada vulgarmente como 'jogo do bicho'*". De tudo faz prova os laudos juntados em fls. 1928-1958, 1966-1980, 1988-1995, 2015-2040, 2048-2058, 2066-2075, 2129-2134 e 2157-2162).

É também por intermédio das escutas telefônicas que se observa a estreita conexão e o envolvimento dos acusados. Na sentença, bem a propósito, fez-se coleção das degravações evidenciado a relação entre os envolvidos com a atividade:

> "Em conversa entre Everson Fernando Wodzinsky e Ademir Bell, extraiu-se (fls. 934/935 – Autos de Interceptação Telefônica):
>
> *Telefone interceptado: (47) 9975-0888 Everson Fernando Wodzinsky*
>
> *Data: 26/02/2008*
>
> *Hora: 11:14:16*
>
> *Interlocutor: 9975-1515*
>
> *Eve: Oi!*
>
> *Adi: Eve, é o Adi.*
>
> *Eve: Fala meu filho!*
>
> *Adi: Escuta querido! Vamo...*
>
> *Eve: Oi.*

Adi: ...vamo recolhê o jogo das (...) e avisá o ... o pessoal que vamo tê que aguardá pra fazê o...

Eve: É, é isso que eu vô fazê.

Adi: Né? (...)...

Eve: Esperá uns dias aí, eu não sei quanto até segunda ordem...

Adi: É va...é va... é vamo vê daí a gente manda um aviso pro... pros dono do bar né?

Eve: É eu mandei...

Adi: Porque...

Eve: ...eu falei que eu vô avisá um por um depois.

(...)

Adi: Então vamo recolhê agora, mandá recolhê e...e...o resultado depois a gente vai mandá pros cara o resultado, os prêmio né?

Eve: Ãhã.

Adi: E aí até segunda ordem vamo dá uma segurada.

Eve: Tá bom.

Adi: Tá bom então?

Eve: Beleza.

Adi: Tá combinado, tchau.

Eve: Valeu, tchau.

Foi captada, ainda, a seguinte conversa entre Everson Fernando Wodzinsky e seu pai José Wodzinsky (fls. 941):

Telefone interceptado: (47) 9975-0888 Everson Fernando Wodzinsky

Data: 14/05/08

Hora: 08:11:29

Interlocutor: 9103-7777

Voz masculina 1: Alô!

Voz masculina 2: Bom dia!

Voz masculina 1: Bom dia!

Voz masculina 2: O...o pai precisa de alguma coisa de mim aí de...falá comigo alguma coisa?

Voz masculina 1: Por que? (Ruído)

Voz masculina 2: Ah tô com um...a garganta aí, tô um pôco...a gripe forte aí, ficá deitado aí.

Voz masculina 1: Mas o que que...doente outra vez meu filho?

Voz masculina 2: É, garganta né pai?

Voz masculina 1: Ãh, falá a verdade você pôco aparece aqui né? Na banca.

Voz masculina 2: (...)...

Voz masculina 1: E a tarde quem ficô aqui? Ninguém né filho?

Voz masculina 2: Não, o Vini tava aí, não tava?

Voz masculina 1: Eu não vi, eu cheguei aqui não...não tava você, não tava o Vini.

Voz masculina 2: Que horas eram (...)...

Voz masculina 1: Vai mal, val mal filho, vai mal.

Voz masculina 2: Que horas era isso?

Voz masculina 1: Eram três horas, três e pôco.

Voz masculina 2: Ah o Vini tava aí, pelo que eu sei tava aí.

Voz masculina 1: Tá bom filho, tá.

Voz masculina 2: Tá bom pai?

Voz masculina 1: Tá, tchau.

Voz masculina 2: Tchau.

Nova conversa entre Everson e José (fls. 942/945):

Telefone interceptado: (47) 9975-0888 Everson Fernando Wodzinsky

Data: 05/06/08

Hora: 10:25:00

Interlocutor: 9103-7777

Voz masculina 1: Alô!

Everson: Oi! Cabô a bateria.

Voz masculina 1: Vocês dexaram escapá aquele ponto? Não puseram ninguém ali perto?

Everson: Mas não tem nem com que colocá ali, a única coisa que tinha ali, a única coisa que tinha ali (...) uma lotérica, então a... era bom ali por causa da lotérica e a lotérica saiu dali também.

Voz masculina 1: Everson isso aí vocês dormiram no ponto meu filho.

Everson: Por que?

Voz masculina 1: O... as otras bancas ali põem até a...a...a...uma velha ali na calçada com cadeira pra fazê jogo.

Everson: Ãhã.

Voz masculina 1: Quando querem fazê, entende?

Everson: Uhum, ãhã.

Voz masculina 1: Vocês ficaram de braço cruzado por isso que o nosso jogo está diminuindo.

Everson: Ãhã.

Voz masculina 1: O que que o Lídio tá fazendo? O que que vocês tão fazendo? Que não acharam...tanto tempo que vocês sabiam que ele ia tê que saí e vcês não arrumaram um lugar, por isso que os otros ficam rindo de vocês, vocês entregam tudo de mão beijada meu filho, assim não dá né, para com isso dexá escapá um ponto daquele ali. Pra onde foi a mulhé que trabalhava ali?

Everson: É em primêro (...) nove hora da manhã (...)...

Voz masculina 1: Alô!

Everson: Oi!

Voz masculina 1: O que... o que que tu falô?

Everson: Primêro abrí às nove hora da manhã, o certo era abrí umas sete e meia, oito horas né?

Voz masculina 1: Ãh.

Everson: Arrumá uma na barra lá etão (...) que tinha e não pagava ônibus nem nada então isso aí em vez de aproveitá e abrí cedo (...) nunca abria cedo tanto é que se eu for colocá eu não vô colocá ela, eu vô arrumá uma outra pessoa pra (...) se conseguí arrumá.

Voz masculina 1: Não...não, tudo bem e o aluguel...

Everson: (...)...

Voz masculina 1: ...que nós pagava e tudo isso? Comé que vocês não viram isso? Pagando trezentos reais por mês.

Everson: Tá e o que que tem isso?

Voz masculina 1: Pois é, se ela não fazia jogo nenhum por quê vocês puseram ela lá?

Everson: Não, não (...)...

Voz masculina 1: (...) vinha, mas vinha jogo.

Everson: ...eu não tô dizendo...eu não tô dizendo que não fazia jogo, só que o...

Voz masculina 1: (...)...

Everson: ...pessoa reclamava por causa do perfume, se abrisse mais cedo ia fazê mais, mas não...

Voz masculina 1: Lógico...

Everson: (...)...

Voz masculina 1: ...é...é a mesma coisa como a cunhada...

Everson: ...a não sê...

Voz masculina 1: ...a cunhada do (...)...

Everson: ...a não sê (...) qué que eu abra às onze hora, eu acho que tem que abrí mais cedo, mas o que eu posso fazê? Eu não posso chegá e pegá pelo pescoço e dizê 'oh, não abre, abre mais cedo' ou 'sai fora' eu também não podia (...) uma...

Voz masculina 1: Procura pôr outra pessoa, tem tanta gente desempregada...

Everson: Ah.

Voz masculina 1: ...filho.

Everson: Sim, eu tô...eu sei disso pai...

Voz masculina 1: (...)...

Everson: ...e daí ali onde tão reformando ali a...ali a...onde era o Ponto Piso antigamente, ali o...o...o coisa tá...tá reformando ali, como que é o nome dele? O...lá da...(...) lá tá reformando ali na...na Ferrari ali.

Voz masculina 1: (...).

Everson: E tem uma salinha do lado ali, o Bafo falô que ia pegá (...) uma salinha ali do lado ali.

Voz masculina 1: Tá mas ali alguém tem que fazê jogo vocês não pode ficá (...)... (...)'.

Lídio conversa com um terceiro (fls. 1.057/1.058):

Telefone interceptado: (47) 9953-9779 Lídio Ceppli

Data: 26/02/08

Hora: 10:02:02

Interlocutor: 9945-9225

Lídio: Alô.

Voz masculina 2: Lídio.

Lídio: Oi? Fala.

Voz masculina 2:Tens o que que é pra dizê pra mim?

Lídio: Ãh?

Voz masculina 2: Tens o que pra dizê pra mim?

Lídio: É, cê pode avisá ali que é pra não fazê mais jogo, tá?

Voz masculina 2: Quem falô?

Lídio: Ah! Se eu tô falando...ah, então manda pra...

Voz masculina 2: Avisá quem, se eu tô aqui no Piraí agora.

Lídio: Ah não, ah tá. É, mais se... aonde que tu vai ali daí depois nóis vamo tê que telefoná, né?

Voz masculina 2: É, eu já passei tudo lugar pro... pro meu azar então, pro nosso azar.

Lídio: Ah tá, escuta.

Voz masculina 2: Uhm.

Lídio: É que vai sê só hoje, depois nóis vamo dá uma parada, tá?

Voz masculina 2: Pois é, porque...

Lídio: Mais daí eles vão recolhê acho tudo só... tudo às catorze horas.

Voz masculina 2: Hoje?

Lídio: Que tem...é, que tem às dezoito, eles já vão levá da...

Voz masculina 2: (...).

Lídio: É. Das catorze e dezoito, depois...

Voz masculina 2: Ãhã.

Lídio: Daí nóis vamo dá uma parada.

Voz masculina 2: Tá, e....

Lídio: (...) mais o Eve já falô contigo doze... a... meio-dia e quinze por aí tô passando na tua casa, tá?

Voz masculina 2: Isso, beleza (...).

Lídio: Meio-dia e deiz por aí por causa que...que o Eve falô que é pra nóis tá lá doze e meia tá lá na banca.

Voz masculina 2: Beleza então.

Lídio: Tá bom?

Voz masculina 2: Tá.

Lídio: Tchau.

Voz masculina 2: Tchau filho" (fls. 4347-4351, como no original).

Outras conversas com o mesmo enredo encorpam generosamente o rol de escutas que demonstram a ligação dos envolvidos na manutenção do negócio ilegal, bem como a dinâmica e os estratagemas para sustentar a atividade clandestina, cuja transcrição nem mesmo é necessária.

E não é só; há provas outras dando conta da atividade e de sua regência pelos acusados. Vilmar Marcarini, por exemplo, afirmou ter conhecimento do negócio em Jaraguá do Sul. Em juízo, a propósito, aduziu "*(...); que não sabe se os membros da família* [Wodzinsky] *tem alguma empresa em seu nome, e sabe é que eles têm banca do jogo do bicho, fato que 'Jaraguá inteiro sabe'; (...)"* (fls. 2157-2162). O mesmo foi dito por Katia Noriles de Souza Pincegher (fl. 2243).

Algumas das testemunhas, que de algum modo patrocinavam o negócio diretamente (mantinham consigo máquinas caça-níqueis) também confirmam o negócio ilícito, e a gerência de "Zeca" (José) sob toda a estrutura. Luiz Montanha, por exemplo, aduziu

> "(...) Que pelo que sabe o 'Zeca' tinha uma banca de jogo do bicho; Que é dono do 'Bar do Montanha'; Que durante um ano manteve em seu estabelecimento duas máquinas caça-níqueis; Que a polícia esteve em seu bar em duas oportunidades recolhendo as máquinas, sendo que na última eram policiais militares; Que o proprietário das máquinas era o 'Zeca'; Que o depoente recebia 20% do dinheiro auferido pela exploração das máquinas; Que o dinheiro era recolhido a cada 08 dias; Que o 'barzinho' do depoente é 'pequenininho' e recebia cerca de R$ 250,00 por mês em comissões; Que quem fazia a leitura semanal das máquinas era um empregado do 'Zeca', 'magrinho' de nome 'Rubinho'; Que às vezes o 'Rubinho' vinha sozinho fazer a leitura e em outras vezes vinha com um rapaz, cujo nome o depoente não se recorda; Que o bar do depoente também era ponto de recebimento de apostas do jogo do bicho das bancas do 'Zeca' e do 'Ade'; Que quando a máquina pagava algum prêmio muito alto o depoente telefonava para o 'Rubinho' e ele vinha para efetuar o pagamento ao cliente; Que em razão das apreensões das máquinas em seu bar o depoente respondeu a processo no Juizado Especial Criminal e está assinando mensalmente no cartório sua presença; Que também teve que pagar uma multa no valor de um salário-mínimo, sendo que essa multa foi paga pelo 'Zeca'; Que na audiência foi representado por uma advogada enviada pelo 'Zeca'. (...)" (fls. 1839-1840 - grifei).

O mesmo testemunho é dado por Vilson Balsanelli, que mantinha consigo máquinas caça-níqueis, e pela contravenção respondera no Jui-

zado Especial Criminal, com o custeio de despesas pelo acusado José (fls. 1841-1842).

Detenho-me aqui para apontar que, tal como pareceu ao juízo de primeiro grau, tenho bem claro o envolvimento do acusado José, sobretudo como o grande dirigente da atividade ilícita; assim creio não só pelo eventual reconhecimento informal, mas pela atuação imediata e no patrocínio da defesa daqueles que praticavam a exploração de jogos ilícitos.

E há, de todo modo, algumas circunstâncias que, não fossem pela simples tentativa de destacar o negócio, identificam sua chefia. Falo, particularmente, do próprio nome do empreendimento, que se identifica por "Banca do Zé-K". O trocadilho pode ser rude, mas é revelador.

Há, por fim, o testemunho dos policiais envolvidos nas operações, que secundam os demais elementos (entre outros, os de fls. 1829-1833 e 1834-1836), e bem por isso os tomo apenas como reforço de argumentação.

Além do já coligido há outros elementos que diretamente envolvem os irmãos Vinícius e Éverson na atividade ilegal; o mais evidente, talvez, tenha sido a constituição de empresa de "*prestação de serviços de coleta expressa de documentos e pequenos volumes*", conforme faz prova cópia do estatuto social da empresa "Vinex - Moto Express Serviços Ltda." (fls. 164-167).

Longe de se tratar de um negócio operado com fins lícitos, o empreendimento servia à logística que a atividade de jogo ilícito exigia: a empresa na verdade maquiava atividade ilegal, servindo para disfarçar a coleta de apostas das bancas.

Assim, com algum verniz de legalidade realizava-se tranquilamente a atividade de coleta, tendo como fachada a empresa Vinex. A maquinação ficou evidenciada quando os coletores passaram a ser pegos em operações policiais rotineiras ("blitzes"). Em diversas ocasiões (particularmente em 15.09.07, 18.02.08 e 25.02.08) motociclistas a serviço da empresa de

transportes foram abordados, em posse de motocicletas registradas em nome tanto da pessoa jurídica como do acusado Éverson, transportando consigo bilhetes de apostas da loteria clandestina, além de dinheiro recolhido nos pontos de captação (bancas).

É, enfim, insofismável a prova de participação dos acusados José Wodzinsky, Vinícius Wodzinsky, Éverson Wodzinsky e Lídio Ceppli no plexo de atividades que envolvem o "jogo do bicho". Dentro do elaborado esquema de atividade de jogatina ilícita os três primeiros ocupavam-se de funções essencialmente gerenciais, tendo no acusado Lídio a assessoria e execução das medidas necessárias à implementação da atividade. Bem configurada assim a materialidade e a autoria, a condenação se impõe.

2. Da prática de crime contra a economia popular - estelionato coletivo (art. 2.º, IX, da Lei n.º 1.521/51) - imputado aos acusados José Wodzinsky, Vinícius José Wodzinsky, Everson Fernando Wodzinsky, Sílvio Antonio Sutil de Oliveira e Rubens Alcarria Junior

Aos acusados foi imputada a prática da conduta descrita no art. 2.º, IX, da Lei n.º 1.521/51, em face do patrocínio da atividade de jogo ilícito por meio de máquinas "caça-níqueis", operada paralelamente (não necessariamente em caráter complementar ou subsidiário) com o "jogo do bicho".

O tipo assim define:

> "Art. 1º. Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes e as contravenções contra a economia popular. Esta Lei regulará o seu julgamento.
>
> Art. 2º. São crimes desta natureza:
>
> (...)
>
> IX - obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos

> fraudulentos ('bola de neve', 'cadeias', 'pichardismo' e quaisquer outros equivalentes (...).
>
> Pena: detenção de seis meses a dois anos e multa de dois mil a cinqüenta mil cruzeiros.
>
> Parágrafo único. Na configuração dos crimes previstos nesta Lei, bem como na de qualquer outra, de defesa de economia popular, sua guarda e seu emprego considerar-se-ão como de primeira necessidade ou necessários ao consumo do povo, os gêneros, artigos, mercadorias e qualquer outra espécie de coisas ou bens indispensáveis à subsistência do indivíduo em condições higiênicas e ao exercício normal de suas atividades. Estão compreendidos nesta definição os artigos destinados à alimentação, ao vestuário e à iluminação, os terapêuticos ou sanitários, o combustível, a habitação e os materiais de construção".

O artigo capitula genericamente o estelionato provocado propriamente por meio de especulação ou fraudes. Há axiologicamente distinção com a prática de jogo de azar, já que este de regra é regido pela aleatoriedade: não há, na essência, fraude, mas sim um negócio animado pela incerteza e pelo acaso.

Dito de modo mais simples, não há falsa promessa de fortuna, condição comum de toda prática estelionatária: no jogo de azar o que se propõe na essência é alguma possibilidade de sorteio (de regra muito pequena, mas com a possibilidade de ocorrência em alguma proporção determinável), o que simplesmente não existe na especulação ou quando muito rege-se pela maquinação, ditada unicamente pelo engodo.

Logo, penso, o jogo de azar, em si considerado, não se confunde com o estelionato prescrito pela Lei n.º 1.521/51; antes se enquadra na capitulação do art. 50 da Lei de Contravenções Penais, que disciplina com amplitude a prática de jogos de azar. O dispositivo assim regula:

> "Art. 50. Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele:

> Pena – prisão simples, de três meses a um ano, e multa, de dois a quinze contos de réis, estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos moveis e objetos de decoração do local.
>
> § 1º A pena é aumentada de um terço, se existe entre os empregados ou participa do jogo pessoa menor de dezoito anos.
>
> § 2º Incorre na pena de multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis, quem é encontrado a participar do jogo, como ponteiro ou apostador.
>
> § 3º Consideram-se, jogos de azar:
>
> c) o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte;
>
> b) as apostas sobre corrida de cavalos fora de hipódromo ou de local onde sejam autorizadas;
>
> c) as apostas sobre qualquer outra competição esportiva.
>
> § 4º Equiparam-se, para os efeitos penais, a lugar acessível ao público:
>
> a) a casa particular em que se realizam jogos de azar, quando deles habitualmente participam pessoas que não sejam da família de quem a ocupa;
>
> b) o hotel ou casa de habitação coletiva, a cujos hóspedes e moradores se proporciona jogo de azar;
>
> c) a sede ou dependência de sociedade ou associação, em que se realiza jogo de azar;
>
> d) o estabelecimento destinado à exploração de jogo de azar, ainda que se dissimule esse destino".

Observo que, propriamente em relação à atividade de "caça-níqueis" o STJ tem admitido, teoricamente, o múltiplo enquadramento da conduta. O que se tem dito é que em tese a conduta pode ser classificada como contravenção penal ou mesmo como crime contra a ordem econômica (por todos, HC 54.803/RS, Rel. Min. Gilson Dipp).

Mas é evidente que a eleição de um ou de outro tipo penal não fica sujeita ao sabor da sorte de quem acusa ou condena; não se pode tomar ou confundir uma conduta com outra, partindo de uma premissa essencial em

matéria penal, a unicidade: não se pode admitir que uma mesma conduta possa ser regulada em diversos quadrantes. Daí haver a necessidade de apontar algum traço de distinção.

Assim, se a conduta é essencialmente de prática de jogo de azar, cuida-se de prática contravencional, e quem o diz é o próprio STJ:

> "Evidencia-se o risco de grave lesão à ordem social e à ordem jurídica conquanto a exploração de jogo de azar mediante máquinas de "caça-níqueis", definida no art. 50 da Lei de Contravenções Penais já foi reconhecida como atividade ilícita por inúmeras decisões desta Corte, dentre as quais destaca-se o Resp 474.365/SP, Quinta Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ 5/8/03; ROMS 15.593/MG, Primeira Turma, DJ 2/6/03 e ROMS 13.965/MG, Primeira Turma, DJ 9/9/02, ambos da relatoria do Min. JOSÉ DELGADO" (AgRg no AgRg na STA 69/ES. Corte Especial. Rel. Min. Edson Vidigal. Publicado em 06.12.04).

Por outro lado, se a atividade pode se desenrolar com algum plus, algum estratagema que, por exemplo, impeça a possibilidade de ganho ou mesmo altere a dinâmica de aleatoriedade (diminua sensivelmente as expectativas de premiação), o que se tem é a configuração de crime contra a economia popular, e não da contravenção. Essa é, a propósito, a segunda linha de argumentação da acusação, que justifica a manipulação do jogo porque algumas máquinas não estavam lacradas, e dispunham de micro-chaves (seletoras "dip schitch" e "reset") que, se acionadas, permitiam a alteração da ordem de sorteios e da probabilidade matemática de premiação.

Há de fato prova da existência das chaves e mesmo da possibilidade de alteração de combinações em algumas máquinas pela falta de lacração (laudo n.º 1257/IC/2008, fls. 176-195), o que já indica a possibilidade de manipulação.

A perícia, a propósito, traz com sua conclusão os contornos da fraude: segundo o laudo juntado em fls. 177-194, o retorno estatístico de premiação das máquinas apreendidas era bastante variável. Do quadro descrito em fls. 180-181 percebe-se que o percentual médio de retorno

oscilava entre 49% e 85% - cuja média, considerando os equipamentos em que essa leitura foi possível, é de 60,64%. E embora muito se divague sobre a nulidade do laudo - notadamente pela suposta impossibilidade de quesitação - nenhum dos acusados aponta objetivamente o que poderia indicar a fragilidade da prova.

De outro vértice, a defesa dos acusados José, Vinícius e Éverson esforça-se para afastar a configuração da conduta aduzindo que o magistrado teria amparado a condenação na Resolução Codesc/53/03; isso porque na sentença se fez referência àquele diploma, contexto em que o art. 2.º, IX, da Lei n.º1.521/51 tomando-a por norma em branco, cujo complemento necessário seria a resolução da Codesc. Considerando que aquela resolução não tem qualquer valor normativo atualmente, a condenação seria inviável.

A tese, no entanto, não se sustenta. A Res./Codesc/53/03 vinha amparada na Lei Estadual n.º 11.348/00. Reconhecida então a inconstitucionalidade do diploma estadual, a resolução deixou de viger. Lá, é verdade, disciplinava-se o percentual de sorteio (a "taxa de retorno"), que deveria ser da ordem de 85%. Isso, todavia, não é pauta de julgamento; apenas mencionou-se a resolução, tendo em vista que a condenação louvou-se na fraude (propriamente na manipulação e oscilação do percentual de retorno).

A referência feita na decisão, se feliz ou não, serviu apenas como argumento periférico, comparativo - e assim tanto é que o próprio magistrado lembra que a legislação estadual que autorizava o jogo, em toda sua extensão, não tem valor algum.

De toda sorte, isso nada contribui à mitigação do ilícito, porque não está em jogo o desacordo da perspectiva de retorno aos apostadores da atividade de jogatina, mas sim a evidente alteração de possibilidades. Não conheço, por isso, da suposta ofensa ao art. 5.º, XXXIX, da CR, e art. 1.º do Código Penal.

Bem porque se vislumbra sem dificuldades que a aposta não estava afeita ao acaso, mas sim a sorte que se destinava individualmente a cada máquina, por ajuste particular, a conduta configura, em tese, o crime previsto no art. 1.º 1.521/51.

Feita a conformação teórica da conduta, resta a análise da materialidade e da autoria, que ressoa em boa prova.

De início destaco que na "Banca Zé-K" foram apreendidas peças para manutenção/montagem de máquinas "caça-níqueis" (03 placas-mãe, 03 coolers e 03 "noteiros"), uma pasta (identificada por "J=WODZ 01") contendo relatórios de fechamentos de máquinas, do ano de 2008.

Na residência do acusado José encontrou-se relatório de valores por rota e máquina, e fechamento mensal; na residência do acusado Rubens Alcarria Filho foram encontrados diversos relatórios de máquinas, por clientes, além de fichas de cadastro de Ponto, Fichas de Máquina Retirada, um mapa de controle, um bloco com anotações de senhas e configurações (fls. 1296-1387).

Na residência de Vinicius foram apreendidos relatórios de fechamento de máquinas, impressos com inscrições de agosto de 2006 e abril de 2007 (fls. 1484-1496). Foram ainda apreendidos, no imóvel que servia de base à manutenção das máquinas, 03 maletas portáteis de videoloteria.

Essa prova circunstancial é amarrada pelas interceptações, que revelam o envolvimento dos acusados num amplo negócio de alocação de máquinas, distribuídos em diversos pontos (principalmente bares e lanchonetes).

Note-se particular diálogo interceptado a partir do telefone do acusado Vinícius:

> "*Telefone interceptado: (47) 9975-0066 Vinícius José Wodzinsky*
>
> *Data: 13/12/07*

Hora: 13:16:24

Interlocutor: (47) 9975-0007

Voz masculina: Oi!

Voz feminina: Recebi uma mensagem qui vai ter batida daqui a pôquinho prá pegá máquinas caça.

Voz masculina: Tá bom.

Voz feminina: Si tu tivé cá grande aberta, fecha rapidinho qui tu pudé zarpá, zarpa.

Voz masculina: Tá bom.

Voz feminina: Beijo, tchau.

Voz masculina: Brigado, tchau" (fls. 776 dos autos n.º 036.07.009087-0, como no original).

A partir do aparelho de Silvio Antônio Sutil de Oliveira captou-se:

"*Telefone interceptado: (47) 9946-4757 Silvio Antônio Sutil de Oliveira*

Data: 22/02/08

Hora: 11:19:47

Interlocutor: (47) 9981-1200

Jonas: Alô.

Silvio: Ôh Jonas, é o Silvio.

Jonas: Heim?

Silvio: O... tu cuida com essas máquinas aí, não dexa dando sopa aí, né? Que os cara tão direto pegando máquina por aí.

Jonas: É?

Silvio: É. De repente dexa ali, de repente não dá nem tempo de guardá essas maleta ali.

Jonas: É.

Silvio: Tem que dexá um lugar preparado se caso chegá alguma coisa que abre aquela porta de lá, enquanto isso cê guarda ligero ali as maleta.

Jonas: É.

Silvio: Os cara tão direto batendo em cima aí, onte, hoje.

Jonas: É?

Silvio: É.

Jonas: Perseguição.

Silvio: Fica dando sopa ali deixando essas máquinas ali, daqui a poço vai até essas (...). Beleza? Dexa um lugar preparado ali, qualqué coisa cê abre a outra porta e enquanto isso cê guarda as maleta.

Jonas: É (...) pra eles aí (...).

Silvio: É, mas dexa um lugar preparado aí pra essas maleta, qualqué coisa tu dois minuto tem que guardá elas.

Jonas: Ãhã. Ah, isso é rapidinho.

Silvio: Beleza?

Jonas: Valeu.

Silvio: Valeu. Tchau.

Jonas: Tchau" (fls.1089-1090 dos autos n.º 036.07.009087-0, como no original).

E da interceptação feita a partir do acusado Rubens (tratando com Vinícius) captou-se a seguinte conversa:

Telefone interceptado: (47) 9975-6013 Rubens Alcarria Filho

Data: 13/05/08

Hora: 18:46:55

Interlocutor: (47) 9975-0066

Voz masculina 1: Fala, cabeça.

Voz masculina 2: O... o Pepe qué máquina.

Voz masculina 1: Seu Pepe?

Voz masculina 2: É?

Voz masculina 1: (Riso). Tá, levá pra ele amanhã lá.

> Voz masculina 2: Tá bom, mais vê lá direito, se ficá muito... muito à vista assim, não faiz, porque eles tão dedurando e os cara tão indo prendê a máquina.
>
> Voz masculina 1: Tão prendendo, né?
>
> Voz masculina 2: É.
>
> Voz masculina 1: É, lá não fica muito bem escondido, né cara? Ele não tem lugar pra colocá, né?
>
> Voz masculina 2: Mais vê com ele, tá?
>
> Voz masculina 1: Mais eu vejo com ele lá, pode dexá.
>
> Voz masculina 2: Tchau.
>
> Voz masculina 1: Valeu" (fls. 1137-1138 dos autos n.º 036.07.009087-0, como no original).

Há ainda, como prova acessória, os testigos daqueles que foram processados perante o Juizado Especial Criminal, pela prática da contravenção (manutenção de jogos de azar), que tributaram a propriedade das máquinas ao acusado José, e aos quais fiz referência quando da caracterização da prática da atividade de jogo do bicho (testemunhos de fls. 1839-1810 e 1841-1842).

A estes somam-se, ainda, tantos outros submetidos ao JECrim pela prática contravencional, a exemplo de João Ribeiro (TC n.º 036.07.005806-2, fls. 19-23), Alcir Pavanello (TC 036.08.000350-3, fls. 196-198), Vilson Balsanelli (TC n.º 036.08.000346-5, fls. 200-202). Também Juraci Terezinha Pedroso, com quem se apreendeu máquinas de jogo, alegou pertencerem a Vinícius (TC 036.08.000325-2, fls. 232-235).

Além disso, em relação a muitos destes e outros se encontrou documentação comprovando o custeio das despesas processuais, em posse de Rubens Alcarria Junior (termo de apreensão n.º 12, item 10).

Ao que indicam essas provas, o esquema, gerenciado pela família Wodzinsky, era intermediado por Rubens e Silvio, que forneciam os equi-

pamentos eletrônicos de jogos. E embora José, Vinícius e Everson fossem os dirigentes também desse negócio, a participação dos demais visivelmente extrapolava simples atos de execução: eles mantinham consigo materiais próprios destinados à atividade ilícita, dando conta de confortável entrosamento no negócio. Eis porque a condenação é providencial, e pouca ou nenhuma projeção se dá às alegações vagas de nulidade de perícia ou mesmo de investigação de máquinas que não teriam eventualmente sido relacionadas na denúncia. O que se tem nesta ordem é apenas circunstancial, pois o mais da prova por si legitima o apenamento; somente haveria alguma distorção se projetasse reflexo na pena (o que se verá, não é o caso).

Por fim, a defesa de José, Vinícius e Éverson articulou, timidamente, a tese de erro de proibição.

Ainda que se pudesse tributar algum valor ao argumento em outro contexto, ele vem descompassado com a dinâmica dos fatos.

O Estado de Santa Catarina, sabemos bem, em algum momento ensaiou, de modo muito tortuoso, a legalização dos jogos de loteria eletrônicos. O fez por meio da lei n.º 11.348/00, que viria adiante a ter reconhecida sua inconstitucionalidade formal, em face da reserva da União para legislar sobre a matéria (ADI 2.996/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

A declaração de inconstitucionalidade, observe-se, data de 2006. E, embora pareça não ter havido modulação de efeitos, vale dizer, não se apontou limite temporal à declaração, supondo-a inconstitucional desde sua origem (a decisão não cogita da aplicação do art. 27 da Lei n.º 9.868/90), fato é que se estabeleceu a atividade de sorteio eletrônico no Estado, com todo o aparato burocrático necessário - à época, a propósito, toda a atividade era fiscalizada pela Codesc, que inclusive vistoriava e selava as máquinas de jogos.

Logo, ao menos naquele período entre a edição da lei e sua declaração de inconstitucionalidade era cogitável a tese de erro de proibição

- como, aliás, chegou-se a reconhecer num e noutro caso (entre outros, HC 2006.500033-3. Quinta Turma de Recursos - Joinville. Rel. Juiz Antônio Zoldan da Veiga. Decisão de 28.08.06). Aqui, no entanto, fala-se de atividade que, quando exercida (ao menos boa parte das condutas que se indicam) já se havia por certo a inconstitucionalidade do diploma regulamentar. Por isso não se pode admitir a tese de erro de proibição pontualmente.

Observados os crimes de maior espectro, há por vir o enfrentamento de delitos laterais, que derivam daquelas atividades ilícitas. Inicio, nesse cenário, pelos crimes de corrupção passiva e ativa.

3. Do crime de corrupção passiva (art. 317 do CP), em face da acusada Jurema Wulf (28 vezes), da denunciada Dilva Dolzan (19 vezes) do acusado Édio Nei Dolzan (3 vezes); do crime de corrupção ativa (art. 333 do CP) imputado aos acusados José Wodzinsky (27 vezes), Vinícius José Wodzinsky (27 vezes), Everson Fernando Wodzinsky (27 vezes) e Lídio Ceppli (6 vezes)

Dentre os crimes que se imputam aos acusados, faz-se apontamento da prática cotidiana de corrupção ativa e passiva, onde os acusados, mediante satisfações mútuas, recompensavam-se para permitir o livre curso da atividade de jogos ilícitos; afirmou-se, enfim, que da cooptação defluía tanto a solicitação como a livre oferta de vantagem, em troca da inanição das policiais acusadas.

Os tipos em questão assim prescrevem:

"Corrupção passiva

> Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.
>
> § 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em conseqüência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.
>
> § 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:
>
> Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa".

E também:

> "Corrupção ativa
>
> Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.
>
> Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional".

De um modo geral as provas desenham esse itinerário de envolvimento e promiscuidade entre as acusadas e os demais denunciados, dirigentes ou organizadores do negócio ilícito. Assim, por exemplo, dão conta os registros de contabilidade (onde se faz referência direta ao pagamento de vantagem à acusada Jurema - itens 28 e 38 do termo de apreensão n.º 02; ver-se-ia, também, por meio das escutas telefônicas, onde o cotidiano de corrupção revelou-se, de modo bastante despudorado.

A contrapartida se dava desde a orientação (de como, por exemplo, procederem os funcionários que colhiam as arrecadações das bancas de jogo na hipótese de serem abordados) até a omissão do dever fiscalizatório e de

outras medidas funcionais (a exemplo da liberação daqueles eventualmente presos), além, evidentemente, do repasse de informações privilegiadas.

Nesse passo, a prova feita é bastante para desnudar a rotina de ilícitos, como se verá a seguir.

3.1. Da corrupção praticada em novembro de 2007

Em meados de novembro daquele ano (em 14.11.07) foi registrada uma ligação da acusada Dilva ao acusado Vinícius reclamando pagamento mensal; o acusado então cobra do irmão, o denunciado Éverson Wodzinsky a falta do pagamento, que por sua vez fala com o acusado Lídio Ceppli para implementar o pagamento da propina; Lídio então liga para Dilva e acertam o local de pagamento, e ela entra em contato com Jurema para definir a data do repasse. Da degravação, coligida na sentença, extraio:

> "Dilva liga para o acusado Everson (fls. 1.190 – autos de Interceptação Telefônica) :
> Telefone interceptado: (47) 9975-0007 Dilva Dolzan
> Data: 14/11/07
> Hora: 17:06:39
> Interlocutor: (47) 9975-0888
> *Voz masculina: Oi!*
> *Voz feminina: Oi! meu amor, eu falei com o nosso maninho.*
> *Voz masculina: Sim.*
> *Voz feminina: Sobre aqueles documentos qui seria entregue amanhã, né.*
> *Voz masculina: Certo.*
> *Voz feminina: Mas como amanhã é feriado, não vô está trabalhando.*
> *Voz masculina: Áh?*

Voz feminina: Eu queria vê da possibilidade de ele entregá esses documentos prá mim.

Voz masculina: Ãh?

Voz feminina: Até uma seis, seis i meia lá na minha casa.

Voz masculina: Uhum.

Voz feminina: Você verifica isso? Qui eu tô...

Voz masculina: Eu vô vê...

Voz feminina: ... tentando ligá prá ele mas eu não tô conseguindo, tá.

Voz masculina: Tá bom, eu vô vê prá ti.

Voz feminina: Qui esse documento ela precisaria prá amanhã.

Voz masculina: Ãhã.

Voz feminina: Aí si pudesse entregá hoje prá mim podê fazê a entrega prá ela.

Voz masculina: Tá bom.

Voz feminina: Aí seria bom.

Voz masculina: Tá bom.

Voz feminina: Tá bom meu amor?

Voz masculina: Beleza, beleza.

Voz feminina: Um beijo.

Voz masculina: Ôtro.

Voz feminina: Tchau.

Voz masculina: Tchau.

Vinícius se exalta e cobra de seu irmão, o acusado Everson, o pagamento à acusada Dilva (fls. 1.191):

Telefone interceptado: (47) 9975-0066 Vinícius José Wodzinsky

Data: 14/11/07

Hora: 17:19:49

Interlocutor: (47) 9975-0888

Voz masculina 1: Fala.

Voz masculina 2: Escuta.

Voz masculina 1: Uhm.

Voz masculina 2: Lembra que tu falô comigo a respeito do... de trazê o... aquele negócio.

Voz masculina 1: E aí?

Voz masculina 2: E aí que ela me ligô pedindo.

Voz masculina 1: Ãh.

Voz masculina 2: Tu não pode vê isso?

Voz masculina 1: Ah, eu falei pra ti, viu cara. Eu sabia que ela ia ligá.

Voz masculina 2: Não, pois é, mas por que eu, tu é responsável disso, cara.

Voz masculina 1: Mas não é que eu sô responsável, é que tu já tá pertinho dela, ela já ia... tu já... não era pra tu í lá, e í na casa dela daí você falá com ela.

Voz masculina 2: Ãhã.

Voz masculina 1: Ela qué falá. Pra isso eu pedi pra você que você não feiz, porque eu tem que me deslocá, eu vô lá buscá, não tem problema nenhum (...) pra você, você não deu bola, né?

Voz masculina 2: Ela qué por força?

Voz masculina 1: É.

Voz masculina 2: Seis... seis e meia, seis e meia mais ou menos.

Voz masculina 1: E daí o que que eu faço, dexo na tua casa?

Voz masculina 2: Não, que pode fazê é pedi depois... chegá umas seis e quinze por aí, seis e vinte, que já tem lá, né? Daí tu liga pro Sadam.

Voz masculina 1: Não, isso o Lídio faiz sempre pra mim essas coisa aí.

Voz masculina 2: Então o Lídio traiz pra ti na tua casa ou pede pra levá lá.

Voz masculina 1: Não, ele... ele mesmo leva lá já pra mim.

Voz masculina 2: Então, ele vai lá e leva lá.

Voz masculina 1: Tá bom.

Voz masculina 2: Tu lembra o número do apartamento lá, eu não lembro.

Voz masculina 1: Ele sabe, ele... ele se entende com ela.

Voz masculina 2: Tá bom.

Voz masculina 1: Valeu.

Voz masculina 2: Valeu.

Voz masculina 1: Tchau.

Voz masculina 2: Tchau.

Dilva tem uma nova conversa com o acusado Vinícius (fls. 1.192):

Telefone interceptado: (47) 9975-0007 Dilva Dolzan

Data: 14/11/07

Hora: 18:26:41

Interlocutor: (47) 9975-0066

Voz masculina: Já tá levando aí.

Voz feminina: Eu tô chegando daqui um... uma me... uns quinze minuto em casa, tá?

Voz masculina: Ah tá, mas daí então vô mandá ele esperá um pôco então, tá?

Voz feminina: Tá, manda esperá um pôquinho qui eu tô aqui no Édio qui eu tinha qui trazê um documento aqui, tá?

Voz masculina: Ah daí tu já faz...

Voz feminina: (...).

Voz masculina: ... o seguinte, já faz... já pega meu malote qui taí, já... daí entrega pro pro rapaiz qui vai te levá aí.

Voz feminina: Tá, pegá teu malote qui táqui i entregá...

Voz masculina: Isso.

Voz feminina: ... pro rapaiz.

Voz masculina: Isso.

Voz feminina: ... pro rapaiz.

Voz masculina: Isso.

Voz feminina: Tá bom.

Voz masculina: Tá bom? Brigado.

Voz feminina: Tá bom meu amor.

Voz masculina: Tchau.

Voz feminina: Tchau.

Vinícius liga para Lídio e pede para que este entregue "os documentos" (dinheiro) para Dilva (fls. 1.192/1.193):

Telefone interceptado: (47) 9975-0066 Vinícius José Wodzinsky

Data: 14/11/07

Hora: 18:27:48

Interlocutor: (47) 9953-9779

Lídio: Alô!

Voz masculina 2: Lídio!

Lídio: Fala.

Voz masculina 2: Pega aqueles documentos que tu sempre entrega pra mim, leva lá pra mim faz favor.

Lídio: Sim, mas onde é que tá?

Voz masculina 2: Pede pro... pro Binda aí.

Lídio: Ele já sabe a quantia?

Voz masculina 2: Não sabe, não sabe, trêis e meio.

Lídio: Uhm. E é ali onde eu levei a última veiz?

Voz masculina 2: Isso... isso, tá bom?

Lídio: Tem que ser agora, agora?

Voz masculina 2: Daqui uns vinte minutos. Tá bom? Meia hora,daqui meia hora.

Lídio: Ohhh... é sete horas.

Voz masculina 2: Não, que horas são agora? Peraí.

Lídio: Seis e meia.

Voz masculina 2: É, pode sê... pode sê... pode sê... pode sê.

Lídio:Não, é que agora nóis tamo num sufoco daí cinco pras sete... sete hora eu levo lá.

Voz masculina 2: Tá bom.

Lídio: Tá aqui, né?

Voz masculina 2: Ãh?

Lídio: Tá aqui, né?

Voz masculina 2: O que que tá aqui?

Lídio: (...).

Voz masculina 2: É aqui... aqui... aqui... aqui.

Lídio: É, tá bom.

Voz masculina 2: Tá bom. Tchau.

Lídio: Beleza. Tchau.

Lídio e Dilva conversam sobre a entrega "dos documentos" (fls. 1.193):

Telefone interceptado: (47) 9975-0007 Dilva Dolzan

Data: 14/11/07

Hora: 18:45:03

Interlocutor: (47) 3373-0222

Voz feminina: Alô!

Voz masculina: Oi!

Voz feminina: Oi!

Voz masculina: Tá onde?

Voz feminina: Cabei de chegá aqui na garagem, tais aonde?

Voz masculina: Tá, daqui cinco minuto tô aí.

Voz feminina: Tá bom.

Voz masculina: Si quisé me esperá aí na frente.

Voz feminina: Já ti espero aqui na frente.

Voz masculina: Tchau.

Voz feminina: Tchau.

Após 10 (dez) minutos depois de receber 'os documentos' (propina), Dilva liga para a Delegada Jurema, indagando-a quando quer que ela entregue a sua parte (fls. 1.194):

Telefone interceptado: (47) 9975-0007 Dilva Dolzan

Data: 14/11/07

Hora: 18:55:09

Interlocutor: (47) 9963-6592

Voz feminina 1: Oi!

Voz feminina 2: Oi! tu qués qui eu levo aquele negócio prá ti agora ou ti entrego só segunda-feira?

Voz feminina 1: Não, pode sê segunda.

Voz feminina 2: É?

Voz feminina 1: Pode sê segunda, ãhã.

Voz feminina 2: Então tá bom.

Voz feminina 1: Não, não vô usá esse final de semana.

Voz feminina 2: É?

Voz feminina 1: Não, não.

Voz feminina 2: Então tá bom.

Voz feminina 1: É qui eu até ía lá, ía usá a bolsa mas daí eu não... não vô mais...

Voz feminina 2: Uhum.

Voz feminina 1: ... precisá, né, tá?

Voz feminina 2: (...).

Voz feminina 1: Pode levá segunda quando tu for prá Delegacia daí tu leva.

Voz feminina 2: Então tá bom.

Voz feminina 1: Beleza?

Voz feminina 2: Beijo, tchau.

Voz feminina 1: Ôtro, tchau. Qué qui eu traga alguma coisa?

Voz feminina 2: Áh?

Voz feminina 1: Qué qui eu traga alguma coisa?

Voz feminina 2: Só uma daquelas bolsa grandona assim vazia prá mim levá as coisa prá praia.

Voz feminina 1: É? Ah então tá.

Voz feminina 2: É. (risos).

Voz feminina 1: Beleza.

Voz feminina 2: Um beijo, tchau.

Voz feminina 1: Tá bom, tchau" (fls. 4308-4312, como no original).

Abstraída alguma cifragem, fica claro que houve solicitação e pagamento de propina, a ser dividida entre as acusadas Dilva e Jurema; além disso, está evidenciado que os denunciados José Wodzinsky, Vinícius José Wodzinsky e Everson Wodzinsky praticaram corrupção ativa na medida em que o faziam em proteção do negócio comum, a "Banca Zé-K"; a seu turno, a responsabilidade alcança também o acusado Lídio Ceppli, que como funcionário intermediava o pagamento.

Vale, ainda, o registro contábil do pagamento. Conforme item 38 do termo de apreensão n.º 02 (fl. 117), fez-se anotação de pagamento, naquele período (novembro de 2007) do valor de R$ 2.500,00 (com a anotação "Dra") e de R$ 1.000,00 (sob a anotação "Outra"), correspondendo, respectivamente, ao pagamento de propina feito às acusadas Jurema e Dilva.

3.2. Da corrupção praticada em dezembro de 2007 - primeira conduta

No mês seguinte, em 14.12.07, o acusado Édio liga para sua mãe (Dilva), avisando que havia recebido o "envelope" (referindo-se à propina), e o guardara no cofre do estabelecimento comercial.

O recebimento do envelope não chegou a ser negado pelo acusado Édio, que confirmou em juízo tê-lo recebido "do pessoal da banca do Zeca", endereçado à sua mãe; afirmou, no entanto, não conhecer o conteúdo (fls. 2781-2784). No entanto, é fácil concluir, a partir da interceptação telefônica, que o acusado Édio sabia do que se tratava, quer pela referência com que identificavam os demais ("os nossos amigos"), quer porque insiste apenas em falar que recebeu um envelope.

Veja-se o que consta da degravação:

> "Primeiro-áudio
> *Telefone interceptado: (47) 9975 0007 - Dilva Dolzan*
> *data: 14/12/2007*
> *Hora: 16:09:39*
> *Interlocutor: (47) 9973 5414*
> Voz feminina: Oi!
> Voz masculina: Boa Tarde! tudo bem?
> Voz feminina: Tudo, fala.
> Voz masculina: Tem um envelope aqui qui me entregaram, tá.
> Voz feminina: Ãh?
> Voz masculina: Entregaram um envelope aqui, tá bom?
> Voz feminina: Entregaram um envelope aí?
> Voz masculina: Ãhã, tá comigo daí, tá?
> Voz feminina: O nosso amigo?
> Voz masculina: Ãhã.
> Voz feminina: Tá bom.

Voz Masculina: Tá bom?

Voz feminina: Tá.

Voz masculina: Meu Deus, vô ficá ruim caquele negócio. Oi! Alô!

(ligação interrompida)

segundo-áudio

Telefone interceptado: (47) 9975 0007 - Dilva Dolzan

Data: 14/12/2007

Hora: 16:29:40

Interlocutor: (47) 9973 5414

(Ruídos)

Voz masculina: Oi! mãe.

Voz feminina: Ondé qui tu tá filho?

Voz masculina: Acabei de saí do escritório agora.

Voz feminina: Ah, o envelope... o documento tá lá contigo?

Voz masculina: Tá comigo os envelope.

Voz feminina: Tá, daí eu pego contigo hoje?

Voz masculina: Sim, é qui eu deixei guardado lá no cofre.

Voz feminina: Tá bom então.

Voz masculina: Tá bom?

Voz feminina: Tá jóia, tá bom.

Voz masculina: Valeu, tchau.

Voz feminina: Um bejio, tchau.

Voz masculina: Um beijo, tchau" (fls. 1197-1198 dos autos n.º 036.07.009087-0, como no original)

O cuidado com que se trata do assunto não deixa dúvidas quanto ao conhecimento do conteúdo do envelope. Além disso, outros diálogos, sobretudo aquele havido entre a acusada e seu filho Édio, em 23.12.07,

revelaria que este sabia e participava do esquema (fl. 1013 dos autos n.º 036.07.009087-0). No mais, o pagamento da propina, não fosse a coincidência de datas (dia 14, tal como em novembro de 2007), é revelado pela anotação contábil da "Banca Zé-K", conforme documento de fl. 118 dos autos de busca e apreensão n.º 036.08.010314-1.

Há, portanto, prova suficiente do envolvimento dos dirigentes da banca, assim como da acusada Dilva e de seu filho, Édio, na tentativa de manutenção do negócio ilícito.

3.3. Da corrupção praticada em dezembro de 2007 - segunda conduta

No mesmo mês novo ato de corrupção é praticado: entre os dias 21 e 26 de dezembro, a denunciada Dilva pede um "presente de natal". Ela teria reclamado o regalo em 21 de dezembro, e enviado nova mensagem no dia 23 diante do silêncio do acusado Vinícius. Ainda no mesmo dia ligou para Édio, seu filho (por volta das 18h 07min), para que este persuadisse Vinícius. No dia seguinte (24.12) volta a ligar para Vinícius, e então combinam o pagamento, a ser feito por depósito, e posteriormente ser repartido com Jurema, conforme apontam as transcrições de fls. 1012-1014. Entre as conversas, o diálogo com o filho e, após, com Vini (Vinícius) não deixam dúvida:

> "Quadragésima nona ligação
> *Telefone interceptado (47) 99750007 - Dilva Dolzan*
> *Data: 23/12/2007*
> *Hora: 18:07:27*
> *Interlocutor: (47) 9973 5414*
> Voz feminina: Oi!

Voz masculina: Fala.

Voz feminina: Tais aonde?

Voz masculina: Em casa.

Voz feminina: Ãh?

Voz masculina: Em casa.

Voz feminina: Tais dormindo?

Voz masculina: Não, tava... tô no computador vendo uma receita prá fazê amanhã de janta.

Voz feminina: Uhm. Ôh tu não viu o teu amigo lá?

Voz masculina: Oi?

Voz feminina: O Vi [Vinícius] tu não visse?

Voz masculina: Nâo, nem consegui falá com ele (...).

Voz feminina: Eu também não i ele não veio trazê nada, a ôtra me cobrô, perguntô qui... né.

Voz masculina: Sim, ele não trôxe nada fazê o que?

Voz feminina: Pois é. Eu não tô...

Voz masculina: (...).

Voz feminina: ... conseguindo falá com ele eu vô tentá falá com o ôtro.

Voz masculina: (...) é, tu tu tá precisando ou a ôtra tá ti cobrando?

Voz feminina: Ôtra que pediu porque qui não... não trôxeram nada.

Voz masculina: Ah diz prá ela que tu não consegue falá com ele (...) i ponto final, não fica si incomodando por causa disso, tu não tá precisando.

Voz feminina: Tã bom então.

Voz masculina: Tá bom.

Voz feminina: Tchau.

Voz masculina: Tudo bem, tchau.

Quinquagésima gravação

Telefone interceptado: (47) 99750007 - Dilva Dolzan

Data: 24/12/2007

Hora: 10:18:22

Interlocutor (47) 99750066

Vini: Alô!

Voz feminina: Vini.

Vini: Oi!

Voz feminina: Você esqueceu do negócio da mana [Jurema]?

Vini: Não, não, não, não, não, é que... é que prá mim tê pego, não peguei não deu tempo i... i fudeu, mas não, mas pode dêxa qui isso aí tu... tu vai ficá aqui ou tu vai prá praia?

Voz feminina: eu vô dia vinte e sete prá praia mas a...

Vini: Ah não então não...

Voz feminina: Mas a mana já foi.

Vini: Não faz mal daí tu pode fazê o depósito.

Voz feminina: Daí eu entrego prá ela.

Vini: É, claro (...).

Voz feminina: É bem perto de ondé qui eu vô.

Vini: É, não, fica tranquila por causa qui eu... qui... qui daí eu... daí eu hoje pego lá na noite lá ou amanhã eu pego não tem problema.

Voz feminina: Tá bom.

Vini: Tá bom?

Vini: Valeu.

Voz feminina: Beijo

Vini: Tá, pode dêxa, pode ficá tranquila tá?

Voz feminina: Tá bom meu amor, um beijo.

Vini: Valeu, tchau.

> Voz feminina: Tchau" (fls. 1013-1014 dos autos n.º 036.07.009087-0 - grifei).

Fica, assim, evidenciada a corrupção passiva de Jurema, Dilva e Édio, bem assim a corrupção passiva dos dirigentes da "Banca do Zé-K" (José, Everson e Vinícius Wodzinsky).

3.4. Da corrupção praticada em fevereiro de 2008

Durante o verão de 2008, mais precisamente em 01.02.2008, Dilva enviou uma mensagem ao filho, Édio, para que solicitasse a algum dos Wodzinsky o valor de R$ 1.500,00. Tratava-se de um valor para além do pagamento mensal de propina, para custeio de despesas de veraneio (as acusadas Dilva e Jurema dividiam um quarto de hotel em Balneário Piçarras, e pretendiam o pagamento de suas diárias).

Esses fatos chegaram a ser confirmados pelo denunciado Édio, que em juízo declarou que:

> "(...) recebeu efetivamente em 01/02/2008 uma mensagem de celular enviada pela acusada Dilva para que agradecesse ao Vinícius o presente e para que dissesse que precisavam de 'um e meio' porque 'o negócio tá feio'; que o presente que sua mãe recebeu foi alguns quilos de camarão, porém confirma o interrogando que realmente a acusada Dilva lhe pediu para conversar com o Vinícius a fim de que ele desse uma 'ajuda de custo' no valor de R$ 1.500,oo, referente às diárias para ficar na praia durante a operação veraneio; (...) que na verdade mandou uma mensagem para o Vinícius para que ele procurasse a acusada Dilva, pois ela queria conversar com ele" (fls. 2781-2782 - grifei).

As interceptações telefônicas também são claras. Na ocasião (01.02.08) Dilva telefona ao filho pedindo que converse com os irmãos Wodzinsky para que complemente o que já havia sido dado em dezembro, e lhe dessem "*um e meio prá aju... prá pagá nossa temporada*" (fl. 1201),

"*porque no natal ele não deu nada, no (...) não deu nada i porra, né?*" (fl. 1202); pede, ainda, que o filho diga que ficaria encarregado de levar o dinheiro no fim de semana (fl. 1203), o que deixa ainda mais claro que Édio sabia bem do que se tratava, e que trabalhava ativamente no esquema.

Além disso, uma mensagem de texto, datada de 07.02.08, enviada por Dilva, é ainda mais esclarecedora, com leve tom de ameaça (velada, mas visível), enviada ao acusado Vinícius: "*Oi o que pedi e uma ajuda de custo para pagar o aluguel de onde estamos pois esta pesado falta mil e quintos ajude e nao te arrependeras esta ajuda e for*" (07.02.08, às 10 hs 33 min 34 s - 1203), e complementada dessa forma: "*o que ja das por favor nao diga nao entregue ao edio que le me manda obrigado beijos me liga ou mensage*" (às 10 hs 33 min 41 s - fl. 1204).

Lídio também participa dessa negociação; a certa altura ele e Vinícius discutem o pagamento em questão, como bem pinçado dos diálogos na sentença:

> '*"Tem qui levá- É, pois é, tá... eu tenho aqui tá tá comigo aqui. Hum. Si tu quisé (...) leva lá entendeu, mas, eu tenho aqui, tá comigo aqui, eu já peguei (...) ... I ela tá onde, tá lá- É tá lá, pois é. Hum. Já mandô umas mensagem prá mim enchendo meu saco já. (...) Tá, então desce ali i mi entrega ali embaixo'."* (fl. 4315, como no original).

Há também registro de um destaque adicional no caderno apreendido que registrava a contabilidade (fl. 92 dos autos de busca e apreensão n.º 036.08.010314-1), com a indicação "vale", em nome de "Vini" e a indicação "Dra", no valor de R$ 1.500,00. É o que basta para configurar a prática daquela conduta.

3.5. Da corrupção praticada em março de 2008

Conforme se observa da degravação de fls. 1210-1213, em 17.03.08 Dilva entra em contato com o filho para que peça aos irmãos Wodzinsky que a procure. Após combinar dia e hora com Vinícius, ele confirma em 18.03.08 o pagamento, usando a seguinte referência: "*Vou levar os documentos*" (fl. 1212). Referindo-se a *documento*, evidentemente, falava-se da propina - tanto que não se justificam que documentos seriam.

Assim, respondem também pela corrupção passiva, em face dessa conduta, as acusadas Jurema e Dilva, e por corrupção ativa os responsáveis pelo comércio de jogo ilícito (José, Everson e Vinícius).

3.6. Da corrupção praticada em abril de 2008

No mês seguinte, seguindo liturgia bem parecida, a acusada Dilva envia mensagem a Vinicius, referindo-se aos "documentos do dia quinze"; dois dias depois (18.04.08) é avisada por ele que um amigo, o acusado Lídio, passaria de tarde para fazer a entrega. No mesmo dia Lídio liga para Vinícius confirmando o pagamento às acusadas. Tudo se fez com pequenas trocas de mensagem, fruto, evidentemente, do trato corriqueiro daquele pagamento (fls. 1216-1218 dos autos n.º 036.07.009087-0); apenas a confirmação do pagamento, feita por Lídio a Vinícius, deu-se por telefone:

> *"Telefone interceptado: (47) 9953-9779 Lídio Ceppli*
> *Data: 18/04/2008*
> *Hora: 15:54:55*
> *Interlocutor: (47) 9975-0066*
> Voz masculina 1: Fala.
> Voz masculina 2: Orelha.
> Voz masculina 1: Fala fucinho.

> Voz masculina 2: É sério agora, entregô os documento?
>
> Voz masculina 1: Ãhã.
>
> Voz masculina 2: Sim.
>
> Voz masculina 1: É. (...)" (fl. 1219 dos autos n.º 036.07.009087-0 - grifei).

Há também, como de costume, registro contábil do pagamento (fl. 83 dos autos de busca e apreensão n.º 036.08.010314-1). Fica revelada, portanto, uma vez mais a prática de corrução passiva por Jurema e Dilva, e de corrupção ativa por José, Everson Vinícius e Lídio.

3.7. Da corrupção praticada em maio de 2008

Em maio é reformulado o pedido por Dilva a Vinícius, já em 12.05.08. Diante do silêncio, a acusada encaminha mensagem de celular em 14.05.08 (fl. 1224 dos autos n.º 036.07.009087-0). Seguindo-se os pequenos e corriqueiros desencontros que antecipavam os pagamentos, o acusado Vinícius pede a Lídio que entregue "os documentos" a Dilva, o que acontece em 15.05.08 (fls. 1227-1228). As ligações são aquelas relatadas em fls. 1222-1229 dos autos em referência.

Além disso, também dessa operação há anotação em fl. 84 dos autos de busca e apreensão n.º 036.08.010314-1. Resta, enfim, configurada a prática de corrupção ativa por Jurema e Dilva, e de corrupção passiva por José, Everson, Vinícius e Lídio.

3.8. Da corrupção praticada em junho de 2008

Seguindo a mesma rotina, a acusada Dilva procura o acusado Vinícius para exigir o pagamento mensal de propina, conforme relata a degravação de fls. 1232-1242 dos autos n.º 036.07.009087-0. Por simples troca de mensagens Dilva faz o primeiro pedido de pagamento em 11.06.08 (fl. 1237). Em 17.06.08 Lídio sai para efetuar o pagamento, quando combinam o local (fls. 1240-1241). No mesmo dia, por volta das 19hs 10min, Vinícius enviou uma mensagem para Dilva, para confirmar o pagamento ("*Recebeu?????*" - fl. 1241), recebendo como resposta "*Ok muito obirgado adoro vc*" (fl. 1242).

Além disso há, como de regra, o registro do pagamento nos registros da "Banca Zé-K". Assim, bem demonstrada a prática de corrupção passiva por Jurema e Dilva, e de corrupção ativa por José, Everson, Vinícius e Lídio.

3.9. Da corrupção praticada em julho de 2008

A acusada Dilva volta a solicitar o pagamento mensal por meio de mensagens e ligações telefônicas (fls. 1245-1248); Vinícius então fala com Lídio para que acerte o pagamento. O pagamento foi feito então dia 16.07.08, já fora da data regular (segundo mensagem de Dilva, deveria ser rigorosamente dia 15 de cada mês - fl. 1245); aliás, é o próprio Vinícius, ao contatar Lídio, que o lembra do acerto: "*É, hoje é dia dezesseis. É dia quinze*", referindo-se à impontualidade do pagamento (fl. 1246).

Também faz prova do pagamento o registro mensal (fl. 85 dos autos de busca e apreensão n.º 036.08.010314-1). Prova-se, enfim, a prática de corrupção ativa por Dilva e Jurema, e de corrupção passiva por José, Everson Fernando, Vinícius e Lídio.

3.10. Dos demais atos de corrupção

Afora os incidentes de corrupção passíveis de catalogação por meio de escutas telefônicas, outras condutas da mesma natureza foram aferidas pela prova documental, fruto da apreensão feita no curso da investigação. Trato objetivamente dos registros de contabilidade informal (cadernos de controle de caixa) em que se escrituravam os lançamentos da "Banca Zé-K".

Alguns desse cadernos - em particular os que constam do Termo de Apreensão n.º 02 (itens 26 e 38) - registram o pagamento mensal de propina às acusadas Jurema e Dilva; à primeira fazia-se a reserva de R$ 2.500,00, registrando-se a saída com a identificação "Dra"; à segunda, um pagamento de R$ 1.000,00, identificado como "Outra".

Da revista dos documentos, tal como se fez na sentença, observo comprovada a prática de corrupção passiva nos seguintes traços:

3.10.1. Das condutas praticadas nos meses de Janeiro a Setembro de 2006, beneficiando Jurema Wulf

Nos registros contábeis há anotação do pagamento de R$ 2.500,00 mensais a Jurema. São eles:

3.10.1.1 - janeiro de 2006: fl. 100 dos autos de busca e apreensão n.º 036.08.010314-1;

3.10.1.2 - fevereiro de 2006: fl. 101;

3.10.1.3 - março de 2006: fl. 102;

3.10.1.4 - abril de 2006: fls. 103;

3.10.1.5 - maio de 2006: fl. 104;

3.10.1.6 - junho de 2006: fl. 105;

3.10.1.7 - julho de 2006: fl. 106.

Dois pagamentos registrados, posteriormente, foram de R$ 3.500,00. São eles:

3.10.1.8 - agosto de 2006: fl. 107;

3.10.1.9 - setembro de 2006: fl. 108.

Embora não se possa identificar o corruptor, há prova bastante para imputadar aa conduta à acusada Jurema.

3.10.2 Das condutas praticadas nos meses de março a outubro de 2007, beneficiando Jurema Wulf e Dilva Dolzan

Contabilmente há registro de pagamentos mensais nos seguintes meses:

3.10.2.1 - março de 2007: fl. 109 dos autos de busca e apreensão n.º 036.08.010314-1;

3.10.2.2 - abril de 2007: fl. 110;

3.10.2.3 - maio de 2007: fl. 111;

3.10.2.4 - junho de 2007: fl. 112;

3.10.2.5 - julho de 2007: fl. 113;

3.10.2.6 - agosto de 2007: fl. 114;

3.10.2.7 - setembro de 2007: fl. 115;

3.10.2.8 - outubro de 2007: fl. 116.

2.10.3 Da condutas praticadas nos meses de agosto e setembro de 2008, beneficiando Jurema Wulf e Dilva Dolzan

Documentalmente há registro de dois períodos, além daqueles já deduzidos, no ano de 2008:

3.10.3.1 - agosto de 2008: fl. 88 dos autos de busca e apreensão n.º 036.08.010314-1;

3.10.3.2 - setembro de 2008: fl. 89.

3.11. Do contexto e da análise conjunta das circunstâncias

Da análise de todas as condutas o que se tem é a evidência da cotidiana prática de corrupção cruzada. Embora a denúncia tenha sido sensivelmente tímida no apontamento de condutas (apoiou-se apenas nos períodos cuja prova, em boa medida, já sinalizava na fase investigatória), as circunstâncias denotam um esquema bem organizado de manutenção de propinas, onde José, Vinícius e Everson Wodzinsky, com o apoio operacional de Lídio Ceppli pagavam pela inanição das agentes públicas.

Pela prova que se trouxe nota-se que não havia eventualidade; o pagamento de propina fazia parte do balanço mensal, compondo despesa rotineira. Enfim, em troca de silêncio, orientação e mesmo auxílio nos casos de repreensão policial, José e seus filhos fizeram constar de sua folha de pagamento membros da polícia; era algo tão sólido e comum com o decorrer do tempo que os pedidos chegaram muitas vezes a anteciparem-se

à oferta, ou mesmo extrapolavam o mimo mensal (como nas hipóteses em que se reclama, para além dos R$ 3.500,00 ordinariamente pagos, o valor de R$ 1.500,00 para custeio de despesas de veraneio).

Enfim, a prática rotineira de corrupção fez do odioso expediente um conforto financeiro, institucionalizado no seio daquele grupo, em troca não só do silêncio, mas também da intervenção direta, tal como no repasse de informações privilegiadas e na solução de eventuais entraves. A corrupção, quer ativa, quer passiva, revela-se com todas as suas cores e nuances, justificando a condenação.

Tendo em conta a dimensão dessas práticas, há de se observar com algum cuidado a imputação das condutas funcionais; nem todas podem simplesmente ser consideradas isoladamente, senão embaladas no mesmo contexto em que se desenrola a corrupção. E bem por isso, em alguns casos, elas rivalizam - o que, penso, não chegou a ser observado na sentença.

4. Do crime de violação de sigilo profissional (art. 325 do CP), imputado às acusadas Jurema Wulf e Dilva Dolzan

Ao lado das acusações de corrupção imputadas às acusadas Jurema e Dilva, estampam as acusações de natureza funcional a violação de sigilo profissional. O Ministério Público pautou-se nas interceptações telefônicas, em que se fez registro da divulgação de duas diligências policiais de fôlego, orquestradas pela Deic, ocorridas em 01.11.07 e 13.12.07.

Há em tese prova da autoria e da materialidade, bem demonstrada nas escutas telefônicas, conforme minudentemente relatado na sentença (fls. 4294-4299). Além disso, já na fase policial a denunciada Jurema havia afirmado o contato com alguns dos demais acusados dando conta da ação policial. Declarou, aliás, "*ter repassado informações para a família Wodzinsky*

e para Ademir Bell; que confirma que repassou a informação de Márcio Colatto, Delegado de Polícia do Litoral, para Dilva e Adilson, para que eles repassassem para a família Wodzinsky e Ademir Bell, de que a Deic viria para Jaraguá do Sul e região para 'mexer' com os caça-níqueis" (fls. 589-593).

No entanto, fala-se de tipo subsidiário; a incidência do art. 325 do CP tem lugar quando não houver alicerce à imputação de maior envergadura. É, bem a propósito, o que prescreve o próprio dispositivo, indicando no preceito secundário a pena ao delito "*se o fato não constitui crime mais grave*".

Na espécie, a violação da informação privilegiada e sigilosa não pode ser considerada de modo isolado, como se se tratasse, naquele cenário, de prática insólita; ela tinha por vetor a participação indireta das acusadas no negócio de jogatina ilícito, regado com os pagamentos mensais de propina.

A divulgação das informações, portanto, vinha como consequência da corrupção, antecedente, e bem por isso mais abrangente. Note-se, ademais, que é da essência da corrupção passiva alguma contraprestação, inclusive a prática de ato com infração de dever funcional (art. 317, § 1.º). Nesse caso, de todo modo, nem seria possível capitulação específica, pois o próprio delito afirma-se subsidiário, o que por si basta para afastar sua incidência, se outro de maior envergadura restar configurado, tal como se percebe aqui.

Dito isso, afasto no ponto a incidência do dispositivo (art. 325 do CP), e, por conseguinte, as penas impostas em decorrência do reconhecimento do delito.

5. Do crime de prevaricação (art. 319 do CP), imputado às acusadas Jurema Wulf e Dilva Dolzan

Às acusadas Jurema e Dilva também é tributada a prática de prevaricação. A acusação decorre de conduta bem particularizada, tanto na denúncia quanto na sentença, dando conta da ingerência das denunciadas no exercício de suas funções; cuida-se essencialmente da facilitação da liberação de prepostos daqueles acusados da manutenção de atividades de jogos ilícitos.

Creio que a hipótese em si, conquanto ilícita, encerre desdobramento da corrupção, e não um ato que possa apontar a prática de prevaricação.

A prevaricação muito se assemelha à corrupção passiva, e bem por isso muito se discute na doutrina a semelhança de subjetividade dos tipos; Heleno Fragoso lembra que a vantagem na corrupção pode ter ou não feição patrimonial (conforme cita Celso Delmanto, em *Código Penal comentado*, Renovar 2010, p. 908). Por outro lado, o tipo subjetivo da prevaricação tem a mesma natureza, que implica a prática ou omissão de determinado ato "*para satisfazer interesse ou sentimento pessoal*" (art. 319). Segundo Guilherme de Souza Nucci, "*interesse pessoal é qualquer proveito, ganho ou vantagem auferido pelo agente, não necessariamente de natureza econômica*" (*Código Penal comentado*, RT, 2012, p. 1167), no que é acompanhado por Cezar Roberto Bitencourt (*Código Penal comentado*, Saraiva, 2007, p. 1098).

De toda sorte essa simetria, no que pertine à vocação da conduta em relação a cada um dos tipos não justifica, por exemplo, a livre subordinação a ambos, o que redundaria em dupla incidência (*non bis in idem*). E o traço de distinção em si não é algo de difícil contorno; note-se que à prevaricação convém a omissão ou retardo deste ou daquele ato, cuja prática se daria de ofício. Fala-se em conduta particularizada, pontual em relação ao beneficiário. Em outras palavras, há troca de favores e interesses definida, bem por isso dirigida.

A corrupção, por assim dizer, é algo mais grosseiro; não há propriamente refinamentos nem particularidades; e quando ela se revela no prévio ajuste, sem destinação específica à omissão ou retardo de um ou outro ato, o que se tem não é prevaricação, e sim corrupção, em sua forma mais visceral. Conforme aponta Luiz Regis Prado, seguindo os passos de Nelson Hungria, "*quando há interesse patrimonial, somente subsiste a prevaricação caso não haja pacto entre o agente e a terceira pessoa, pois em tal caso a conduta amolda-se aos tipos da corrução passiva ou concussão*" (*Curso de direito penal brasileiro*, vol. 3, RT, 2010, p. 510 - grifei).

Logicamente, a aproximação tipológica dos crimes sugere conflito que não pode ser simplesmente resolvido com a adoção, no mesmo panorama, de duas capitulações distintas. E aqui, a par do que foi provado, está bem demonstrado o esquema de corrupção, que mediante prestações mensais (o prévio ajuste) inibia qualquer ação das acusadas em relação aos acusados que controlavam os negócios ilícitos. Enfim, destacar alguma conduta nesse cenário é apenas a tentativa de agravar a pena indevidamente; afinal, se é reconhecido o pagamento continuado de propina em troca da omissão e da proteção das acusadas Jurema e Dilva, não se pode pinçar algum ato, cujo dever de ofício não foi observado em troca daqueles pagamentos, para então emprestar-lhe colorido distinto, e tipificar conduta diversa.

Logo, se a corrupção era ditada pela habitualidade, esses atos não podem ser considerados simplesmente em sua individualidade; todos decorrem do mesmo tipo elementar. Em situação com particular semelhança, a propósito, há precedente desta Corte, em que se estabeleceu a subsunção de condutas isoladas à prática ostensiva da corrupção, em face da recorrente solicitação de préstimo pecuniário (sobre o tema, veja-se AC 2010.002030-2, de Ituporanga. Rel. Des. Alexandre d´Ivanenko. Decisão de 11.05.10).

No ponto, enfim, afasto igualmente a condenação.

6. Do crime de falsidade ideológica (art. 299 do CP) imputado às acusadas Jurema Wulf e Dilva Dolzan

As denunciadas foram também acusadas de falsidade ideológica, por retratar falsamente determinada diligência policial; isso porque em determinada ocasião teriam omitido a existência de máquinas "caça-níqueis".

Em regra o falso é crime-meio, servindo à satisfação de outro delito. Hipótese bem conhecida é a do estelionato, quando não se pune o falso se destinado unicamente à prática daquele crime. Aqui, evidentemente, a perspectiva é distinta, bem porque a alegação da fraude é imputada à pessoa distinta daquela que se beneficiaria da declaração.

Ademais, a declaração ideologicamente falsa não inspira um fim em si mesma, nada obstante revele desdobres da corrupção que tanto se aponta; aqui se projeta solução diametralmente oposta, pois o falso não é conduta exauriente. Conforme aponta Celso Delmanto, "*em se tratando de delito-meio, deve a corrupção, ativa ou passiva, ser absorvida pelo falso ideológico, como delito-fim (TJMG, RT 643/330)*" (*op. cit.*, p. 866).

Pois bem. A falsidade ideológica é assim capitulada:

> "Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:
>
> Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.
>
> Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte".

O que se diz na denúncia é que as acusadas teriam omitido diligência de busca e apreensão de máquinas de jogos eletrônicos de loteria, a ser empreendida nos fundos de uma casa lotérica, na cidade de Guaramirim, mesmo sabendo da existência daqueles equipamentos, pertencentes ao acusado Vinícius Wodzinsky. Além disso, teriam falsamente declarado a diligência, afirmando que não encontraram nada.

Há então duas condutas distintas nesse pequeno contexto: a primeira, de omissão recíproca entre as acusadas, que não cumpriram a diligência de busca e apreensão; a segunda, objeto de análise, a falsa certificação de inexistência dos equipamentos eletrônicos. Embora a compreensão exija a observação conjunta das condutas, é necessário ter-se em mira que não há propriamente nexo de causalidade entre uma e outra.

As acusadas, segundo dito na denúncia, tinham ciência da manutenção do equipamento ilícito no local; no entanto, deixaram de ir ao local fazer cumprir a diligência e apreender as máquinas.

Num segundo momento, a acusada Jurema falsamente certificou a inexistência de máquinas "caça-níqueis" no local. O fez nos termos do ofício cuja cópia juntou-se em fls. 72-73 (Ofício n.º 0236/07, de 06.11.07):

> "Senhor Juiz de Direito,
>
> Pelo presente, em atenção à Decisão contida no Vosso Ofício n. 114/07/PJ, encaminho a Vossa Excelência, informação firmada pela Autoridade Policial subscritora e pelos integrantes da Equipe de Investigação Integrada desta Comarca, ressaltando de que no local não foram localizadas quaisquer máquinas referidas naquela Decisão. [*sic*]"

A acusação de falso tem por pressuposto o conhecimento prévio das acusadas da existência de máquinas nos fundos da Loteria Guaramirim. E não se trata de exercício de especulação.

Na prática, o acusado Vinícius teria contatado Dilva ao saber da realização de diligência policial que alcançaria seu estabelecimento, quando

então recebeu instruções precisas de como agir. A dinâmica foi pontualmente descrita na sentença, com colação das degravações das escutas:

> "O acusado Vinícius José Wodzinsky recebeu a informação de que a polícia estava defronte à lotérica para cumprimento de busca e apreensão de máquinas caça-níqueis, orientando o interlocutor de que deveria manter a porta fechada:
>
> *Telefone interceptado: (47) 9975-0066 Vinícius José*
>
> *Wodzinsky*
>
> *Data: 06/11/07*
>
> *Hora: 15:18:14*
>
> *Interlocutor: (47) 9117-6808*
>
> *Voz masculina 1: (...).*
>
> *Voz masculina 2: Fala.*
>
> *Voz masculina 1: A... a polícia tava rondando ali em frente o Nei.*
>
> *Voz masculina 2: Uhm.*
>
> *Voz masculina 1: A... em frente o Nei lá e entraram na lotérica, olharam tudo lá e levaram o dono da lotérica para delegacia. Tá achando que era por causa de máquina. (...) interrogá eles por causa das máquinas.*
>
> *Voz masculina 2: Que que tem?*
>
> *Voz masculina 1: A polícia tava olhando lá em frente o Nei, só rondando, aí entraram na lotérica e levaram o cara da lotérica pra delegacia.*
>
> *Voz masculina 2: Ãh.*
>
> *Voz masculina 1: Daí ele tá lá na delegacia agora, o cara da lotérica, o Nei ligô falando.*
>
> *Voz masculina 2: Na Civil?*
>
> *Voz masculina 1: Ãhã, da Civil. Diz que era trêis... trêis... diz o Nei que era trêis comissário que tava lá.*
>
> *Voz masculina 2: Que coisa.*
>
> *Voz masculina 1: Ãhã. E lá, né?*

Voz masculina 2: Pois é, tô achando estranho isso aí. Tem certeza-

Voz masculina 1: Ãhã. O Nei acabô de ligá agora.

Voz masculina 2: Tá, e ele qué que a gente faiz o quê?

Voz masculina 1: Não, ele ligô, só tô te avisando, que qué (...) fechô lá,l que pode dá pau lá, né?

Voz masculina 2: Tá, mais não sabe se foi por causa das máquinas.

Voz masculina 1: O Nei disse que foi, que daí... foi noventa por cento por causa das máquinas, que ele foi lá perguntá pra filha do... do dono lá da lotérica. Disse que ele vi... a polícia entrô lá, perguntaram das máquina...

Voz masculina 2: Uhm.

Voz masculina 1: ... olharam ali pra vê se tinha máquina, aí chamaram ele para í pra delegacia, levaram ele pra delegacia.

Voz masculina 2:Uhm.

Voz masculina 1: Diz que pra interrogá, sei lá, né cara?

Voz masculina 2: Uhm.

Voz masculina 1: Se ele abri o bico lá eles vão querê entrá lá nos fundo, né?

Voz masculina 2: Não, só diz pra fechá, diz pra dexá fechado lá.

Voz masculina 1: Não, já... já foi... já tá fechado já.

Voz masculina 2: Tá bom.

Voz masculina 1: Valeu. Tchau.

Voz masculina 2: Valeu. Tchau.

Ciente da operação policial, Vinícius conversa ao telefone com a acusada Dilva:

Telefone interceptado: (47) 9975-0066 Vinícius José Wodzinsky

Data: 06/11/07

Hora: 15:24:53

Interlocutor: (47) 9975-0007

Voz masculina: Alô.

Voz feminina: Ligô pra mim?

Voz masculina: Deu algum problema?

Voz feminina: Que eu saiba não, por quê?

Voz masculina: Pegaram o cara da lotérica ali.

Voz feminina: Não tô sabendo de nada.

Voz masculina: Na frente da... na frente do (...).

Voz feminina: Fecharam?

Voz masculina: Não, (...) de máquina, não sei que lá, trêis comi... (Ruído)... trêis comi... trêis comissário.

Voz feminina: Não tô sabendo de nada.

Voz masculina: Levaram ele pra delegacia.

Voz feminina: Não tô sabendo de nada.

Voz masculina: Pois é.

Voz feminina: E eu agora nem tenho como conversá com ela porque deu um problema, ela tá numa... num choradera ali que eu não sei nem o que que deu com ela agora.

Voz masculina: Tá bom.

Voz feminina: Assim que eu chego em casa eu converso contigo...

Voz masculina: Tá bom.

Voz feminina: ...que o meu celular acabô a bateria, tá?

Voz masculina: Tá bom.

Voz feminina: Um bejo. Tchau.

Voz masculina: Tchau.

Dilva liga do telefone celular da acusada Jurema para Vinícius:

Telefone interceptado: (47) 9975-0066 Vinícius José Wodzinsky

Data: 06/11/07

Hora: 15:30:59

Interlocutor: (47) 9963-6592

Voz masculina: Oi.

Voz feminina: Me diz uma coisa.

Voz masculina: Uhm.

Voz feminina: É comissário ou é Polícia Militar que tá fazendo isso?

Voz masculina: Acho que é comissário.

Voz feminina: Que comissário que é, tu sabes dizê?

Voz masculina: Não, porque eles tavam... foram, não sei quem que foi, eles foram ali no... na lotérica ali no lado do...

Voz feminina: Na lotérica...

Voz masculina: Essa lotérica bem no Centro aí.

Voz feminina: A lotérica que fica bem no Centro?

Voz masculina: É.

Voz feminina: Lá em Jaraguá do Sul?

Voz masculina: Não, aí... aí... aí em Guaramirim.

Voz feminina: Aqui em Guaramirim?

Voz masculina: É.

Voz feminina: Oh, meu Deus!

Voz masculina: Que levaram o cara...

Voz feminina: (...) nada.

Voz masculina: ...levaram o cara aí e tudo, diz que...

Voz feminina: Quem que disse isso pra ti ali?

Voz masculina: Quem? O dono do bar ligô.

Voz feminina: Tu tens máquina lá?

Voz masculina: Atrais.

Voz feminina: Atrais?

Voz masculina: É.

Voz feminina: Mas foi mexido?

Voz masculina: Não.

Voz feminina: Não, (...) que a dotora...

Voz masculina: Só levaram...

Voz feminina: ... a dotora recebeu aqui um juiz que mandô pra í fazê lá, mas não foi pego nada, não foi achado nada.

Voz masculina: Então... então é isso mesmo, então é isso mesmo.

Voz feminina: É, o juiz que solicitô, tá aqui na mão dela agora aqui, eu tô vendo aqui, tá?

Voz masculina: Uhm.

Voz feminina: Busca e Apreensão, mas não foi localizado nada, foi cumprido mas não foi encontrado nada. (Voz ao fundo: inaudível). Não há máquinas de jogos de nada lá.

Voz masculina: É que é atrais disso aí, entendeu?

Voz feminina: Essa é a resposta, então fica quieto, dexa atrai lá.

Voz masculina: Tá bom.

Voz feminina: Porque eles foram e não acharam nada.

Voz masculina: Tá bom.

Voz feminina: Tá?

Voz masculina: Tá bom.

Voz feminina: (...) não foi achado nada, fica frio.

Voz masculina: Tá bom.

Voz feminina: (Voz feminina ao fundo: É na lotérica (...)). É na lotérica ou é no bar que vocês tem?

Voz masculina: Na... atrais da lotérica.

Voz feminina: Atrais da lotérica.

Voz masculina: Uhm.

Voz feminina: Pertence pra lotérica?

Voz masculina: Não. Não pertence.

Voz feminina: Pertence pro bar?
Voz masculina: Não pertence também, é alugado separado.
Voz feminina: Alugado separado.
Voz masculina: É.
Voz feminina: Então fica tranquila.
Voz masculina: Tá bom.
Voz feminina: Não foi mexido lá.
Voz masculina: Tá bom.
Voz feminina: Tá bom, querido?
Voz masculina: Valeu, valeu.
Voz feminina: Quando eu chego em casa eu te dô uma ligadinha daí.
Voz masculina: Tá bom. Brigado.
Voz feminina: Tá bom?
Voz masculina: Valeu. Tchau.
Voz feminina: Bejo. Tchau" (fls. 4389-4392, como no original).

Assim, não parece haver dúvida de que as acusadas conheciam a existência de máquinas no local, e bem por isso o retardo em providenciar alguma diligência é insofismável. De todo modo, não me parece que se possa, por isso, aduzir de falsidade em relação à declaração prestada.

Noto que a diligência não foi efetuada unicamente pela acusada Jurema, mas pela equipe de investigação; assinam o termo, a propósito Alexandre de Jesus (investigador policial), João Vanderlei Soares (soldado da polícia militar) e Luis Sérgio Schelepka (soldado da polícia militar), conforme indica a informação de diligência de fl. 73. Este último, aliás, prestou depoimento em juízo, confirmando que nada havia no local. Declarou, a propósito:

> "(...) que participou da diligência referente ao cumprimento de uma mandado de busca e apreensão na Lotérica Guaramirim, juntamente

> com Sd. Soares e o investigador Alexandre de Jesus; que não foram encontradas máquinas caça-níqueis no estabelecimento, sendo verídica a informação constante à fl. 73 dos autos, cuja cópia foi apresentada pelo defensor neste ato; (...) que no cumprimento do mandado de busca e apreensão suprareferido, foi efetuada a busca também nos fundos do estabelecimento, aonde nada foi encontrado; (...)" (fl. 2407-2408 - grifei).

Embora o juízo tenha desqualificado essa declaração, não apontou alguma razão objetiva; o depoimento foi apenas desconsiderado porque havia prévio conhecimento, pelas acusadas, da existência de máquinas em algum lugar próximo à lotérica (nos fundos).

Ao que parece, no entanto, não é que a declaração seja *falsa* - não ao menos como exige o tipo - mas sim que tenha havido omissão da acusada Jurema. Afinal, sabia de antemão, conforme conversa telefônica com Vinícius, que as máquinas "caça-níqueis" não estavam na lotérica (local vistoriado), mas nos fundos, em imóvel destacado.

Assim, a diligência não passou de um exercício de conveniência; no local vistoriado nada havia, e bem por isso a equipe que a acompanhava assinou ou termo. Falsa, portanto, a declaração não é - ou então todos os membros da equipe de investigação teriam cometido o mesmo ilícito, invariavelmente.

O que eventualmente se poderia cogitar - e apenas em tese - é de prática de prevaricação, caracterizada pela omissão em cumprir a diligência e efetivar a apreensão das máquinas que não estavam na lotérica, mas em imóvel confrontante, nos fundos.

Em princípio, portanto, a declaração não é ideologicamente falsa; o que se denota é a omissão da acusada, que limitou-se a cumprir a diligência no estabelecimento comercial, mesmo sabendo do depósito clandestino, para além do contorno formal da diligência. De toda sorte, a conduta teria outra natureza, eventualmente absorvida pelo ilícito de maior amplitude (a corrupção passiva), sem reflexo autônomo.

Dito isso absolvo os acusados também dessa imputação.

7. Da prática do crime de advocacia administrativa (art. 321 do CP), imputada à acusada Jurema Wulf

Também pesa sobre as acusadas o exercício da advocacia administrativa, em favor dos acusados, como forma de proteção da atividade ilícita. Na prática, as recorrentes Jurema e Dilva teriam intercedido ativamente em favor dos demais, como forma de atender os interesses da família Wodzinsky, e assim evitar a repreensão da jogatina ilícita.

Sobre a advocacia administrativa, o art. 321 do CP dispõe:

> "Art. 321 - Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário:
>
> Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.
>
> Parágrafo único - Se o interesse é ilegítimo:
>
> Pena - detenção, de três meses a um ano, além da multa".

No caso concreto, o patrocínio dos interesses particulares não é propriamente emblema da advocacia administrativa, mas consequência das extravagâncias que a própria corrupção induz. De todo modo, sem que se perca de vista esse cenário e o particular enredo que proporciona, o que se aponta como advocacia administrativa é ato bem destacado, com tempero diferenciado, e bem por isso autônomo em relação à corrupção.

Segundo a denúncia, a fim de proteger os negócios escusos dos acusados as denunciadas teriam patrocinado intervenções diretas dentro da corporação; em termos práticos, a acusada Jurema teria reclamado ao comando da polícia civil a que se via subordinada a comunicação prévia de todas as atividades policiais - sigilosas ou não - em sua circunscrição.

Essa postulação nada tinha com sua condição de delegada, senão evitar a surpresa das ações policiais contra as atividades de jogos ilícitos - recorrentes em determinado período, sem que houvesse gerência ou mesmo conhecimento pelas acusadas. Na sentença, a propósito, retratou-se com muita precisão a dinâmica desses fatos, culminando com o pedido da acusada Jurema para ter ciência de toda e qualquer atividade policial em sua área de atuação:

> "Para uma melhor exposição fática da prática delitiva pela acusada Jurema, tem-se, novamente, uma sequência de conversas extraídas dos Autos de Interceptação Telefônica, demonstrando toda a orientação, ora, ao acusado Vinícius, outrora, diretamente à sua advogada, tendo, inclusive, disponibilizado o seu telefone celular e particular.
>
> Após tomar conhecimento de que o cassino de sua propriedade estava sob ação policial, o acusado Vinícius telefonou para sua aliada Dilva, no intuito de obter auxílio para obstaculizar a operação:
>
> *Telefone interceptado: (47) 9975-0066 Vinícius José Wodzinsky*
>
> *Data: 08/11/07*
>
> *Hora: 22:26:20*
>
> *Interlocutor: (47) 9975-0007*
>
> *Dilva: Alô!*
>
> *Voz masculina: A... Dilva.*
>
> *Dilva: Oi.*
>
> *Voz masculina: Deu pica de novo é?*
>
> *Dilva: Não sei.*
>
> *Voz masculina: É, de novo bateram.*
>
> *Dilva: Aonde-*
>
> *Voz masculina: No nosso.*
>
> *Dilva: Mais aonde?*
>
> *Voz masculina: Em cima do cartório.*

Dilva: Quando?

Voz masculina: Agora... agora, tá batendo agora. Mais não pode chegá de madrugada fazê isso agora essa hora.

Dilva:Mais quem é que tá batendo lá?

Voz masculina: Eu não sei quem é. Eu já... eu vô mandá alguém lá olha e já te ligo, tá?

Dilva: Tá bom...

Voz masculina: Tchau. (Fala com alguém ao fundo: inaudível).

Dilva: ... me liga pra mim podê entrá em contato Em seguida, a acusada Dilva entra em contato com a Delegada Jurema noticiando o fato, sendo que, ambas começam a especular de quem poderia estar à frente de tal operação, demonstrando os seus descontentamentos:

Telefone Interceptado – (47) 9975-0007 – Dilva Dolzan

Data: 08/11/07

Hora: 22:34:38

Interlocutor: (47) 9963-6592

Voz feminina 1: Alô!

Voz feminina 2: Dotora.

Voz feminina 1: Oi?

Voz feminina 2: Me ligaram que entraram lá na... na... na coisa deles.

Voz feminina 1: Aonde?

Voz feminina 2: Lá onde é que eles abriram agora novo em cima do cartório.

Voz feminina 1: Tá, quem entrô?

Voz feminina 2: Ele disse que é a Polícia Civil, mas ele não consegue dizê quem é.

Voz feminina 1: Mas quem da Polícia Civil?

Voz feminina 2: Pois é, ele não consegue chegá lá pra vê. Eles tão lá dentro.

Voz feminina 1: Sim, mas só tem um de plantão só na Polícia Civil.

Voz feminina 2: Pois é, mas que diabo, quem será?

Voz feminina 1: Pois agora.

Voz feminina 2: Será que é o Guilherme que já tá fazendo merda?

Voz feminina 1: Não... não... não, não é. Meu Deus.

Voz feminina 2: Que que nóis faiz?

Voz feminina 1: Uhm. Pois agora. Mais como é que eles sabem disso?

Voz feminina 2: É que alguém da... da... de dentro lá ligô pra eles.

Voz feminina 1: Tá, mas tava funcionando?

Voz feminina 2: Um funcionário, né?

Voz feminina 1: Tava funcionando?

Voz feminina 2: Só disse que é da... ãh?

Voz feminina 1: Tava funcionando?

Voz feminina 2: E tava funcionando. E colocaram essa semana.

Voz feminina 1: Pois é, mais é estranho isso. Aqui na delegacia só tem um plantão. O plantão não ia fechá a delegacia pra í lá.

Voz feminina 2: Não é o Zocatelli de novo, meu Deus do céu.

Voz feminina 1: Pois agora.

Voz feminina 2: Ai meu Deus! A senhora tentá conversá com o Guilherme pra vê se... o que que tá acontecendo.

Voz feminina 1: Mais ele não tá nem de plantão, o plantão é do dotor Uriel.

Voz feminina 2: Puta que pariu!

Voz feminina 1: Ai. Tá, eu vô dá uma ligada pro Guilherme pra vê o que que se... mais não, ele não é, eu tenho certeza que não é.

Voz feminina 2: Uhm.

Voz feminina 1: Pode sê pessoal do DEIC que tá aí, né?

Voz feminina 2: Mais só vê se ele consegue sondá. Vai vê que ele consegue sondá alguma coisa. Que ele falô que é gente daqui.

Voz feminina 1: Pois é, mas quem daqui?

Voz feminina 2: Pois é.

Voz feminina 1: Só tem um no plantão.

Voz feminina 2: Sei lá, madona dio. Tenta vê isso pra mim, depois tu me dá retorno pra mim dá retorno pra ele.

Voz feminina 1: Mais é... eu, como é que eu vô vê isso agora, não tem nem como, né, porque...

Voz feminina 2: Meu Deus.

Voz feminina 1: É, teria que vê maiores detalhes lá, né?

Voz feminina 2: Vô ligá pra ele pra vê se ele tem mais detalhes porque a... o DEIC tá por aqui?

Voz feminina 1: Não sei, era pra... teve aquela notícia semana passada, né? Eu não sei.

Voz feminina 2: Pois é.

Voz feminina 1: Hã. Só se tu pegasse o carro e passasse lá pra vê o que que tu enxerga lá de coisa.

Voz feminina 2: Tá bom, eu vô dá uma ligada, vô vê isso aí.

Voz feminina 1: É, ou eles que passem lá e enxerguem qualé... o que que tem lá de coisa.

Voz feminina 2: Ãhã.

Voz feminina 1: Né? Porque o Guilherme não é, eu sei que ele nem tá de plantão hoje.

Voz feminina 2: Pois é. Tá, eu vô tentá pegá mais dados deles.

Voz feminina 1: Então tá.

Voz feminina 2: Tá bom e depois eu te ligo.

Voz feminina 1: Tá bom.

Voz feminina 2: Tá bom? Tchau.

Voz feminina 1: Tá. Tchau.

Após, Dilva conversa novamente com Vinícius e o informa de que a Delegada Jurema já está a par da situação, bem como de que esta está estranhando aludida operação:

Telefone interceptado: (47) 9975-0066 Vinícius José Wodzinsky

Data: 08/11/07

Hora: 22:40:18

Interlocutor: (47) 9975-0007

Vini: Alô!

Voz feminina: Oi.

Vini: Áh.

Voz feminina: Tentô vê mais alguma coisa, Vini?

Vini: Áh, como?

Voz feminina: Visse... visse quem ma (...).

Vini: Não, claro... claro... claro, eles tão... já entraram, já tão lá dentro.

Voz feminina: Mais quem são as pessoas?

Vini: Tá, o... o...

Voz feminina: A dotora tá estranhando porque o Guilherme não é.

Vini: Tá, mas (...).

Voz feminina: No plantão tem só uma pessoa, só se for o pessoal do DEIC que vieram agora sem avisá.

Vini: Tá, daí não sei, eu sei... eu sei dizê que aquele ca... aquele cabeludinho da P-2 tá lá na frente.

Voz feminina: Então é a Polícia Militar.

Vini: Não é, não... não é... não é... não é, é a Civil. Não tem nenhum carro lá, não tem nada lá na frente, eles só bateram e entraram.

Voz feminina: Porque da Civil tem só um no plantão gente.

Vini: Tá, mas a... mas a... mas ela não pode í lá tentá vê que que tá acontecendo, não?

Voz feminina: Tá, mais onde é que é esse teu negócio?

Vini: Em cima do cartório.

Voz feminina: Qual cartório?

Vini: Cartório novo. Na frente da Macol.

Voz feminina: Tá. Não tem como mandá alguém? Eu... eu iria lá vê, mas pior que se alguém me vê els vão desconfiá, pra vê quem são as pessoas lá porque a dotora precisa sabê quem são as pessoas que tão lá dentro.

Vini: Tá, eu vô tentá, eu mandei a Geórgia lá, eu vô vê quem é que tá lá, tá?

Voz feminina: Vê e me passa pra mim passá pra dotora, ela tá aguardando.

Vini: Tá. Tchau.

Voz feminina: Tchau.

Após alguns minutos, Vinícius comunica Dilva de que quem está à frente da Operação é o Delegado Cláudio Monteiro, da DEIC, solicitando que a Delegada Jurema intervisse, mediante o recebimento de propina adicional, eis que lhe custaria muito mais perder as máquinhas caça-níqueis que tinha no local:

Telefone interceptado: (47) 9975-0066 Vinícius José Wodzinsky

Data: 08/11/07

Hora: 22:53:09

Interlocutor: (47) 9975-0007

Voz feminina: Alô!

Voz masculina: É Cláudio... Cláudio do DEIC, Cláudio Montero

Voz feminina: Ah, é o pessoal do DEIC que chegaram.

Voz masculina: Tá?

Voz feminina: Cláudio Montero?

Voz masculina: É. Mas disque tá tudo tranqüilo, era bom, acho que tem um jeito de í lá. Vê isso pra mim, vai. Alô!

Voz feminina: Eu vô falá com a dotora, vô explicá pra ela quem tá ali.

Voz masculina: Tá, é... vê... é, vê aí daí depois... daí depois tem jeito de nóis conversá, tá?

Voz feminina: Tá bom.

Voz masculina: Legal, tá- Legal mesmo, tá?

Voz feminina: Tá.

Voz masculina: Porque é novo aquilo lá, não tem como nós perdê aquilo lá, tá loco. Tá bom?

Voz feminina: Tá jóia.

Voz masculina: Tem como conversá, tá?

Voz feminina: Tá.

Voz masculina: Tchau.

Voz feminina: Tchau.

Assim, Dilva efetua contato com a Delegada Jurema, pedindo que faça o 'meio de campo', pois quem está chefiando a operação é o Cláudio Montero, da DEIC:

Telefone interceptado: (47) 9975-0007 Dilva Dolzan

Data: 08/11/07

Hora: 22:54:23

Interlocutor: (47) 9963-6592

Voz feminina 1: Alô.

Voz feminina 2: Dotora.

Voz feminina 1: Áh?

Voz feminina 2: Ele falô que é um tal de Cláudio Monteiro.

Voz feminina 1: Cláudio Monteiro?

Voz feminina 2: Diz que é do DEIC.

Voz feminina 1: Ah, então deve sê do DEIC. Aí... hum, fazê o quê?

Voz feminina 2: Parece que ele tá pacífico assim, mas ele pediu se não tinha aqui alguém que pudesse í lá pra tentá fazê o meio de campo, fazê alguma coisa.

Voz feminina 1: Que meio de campo?

Voz feminina 2: Não sei.

Voz feminina 1: Foi você que falô em meio de campo que nóis vamo fazê.

Voz feminina 2: Pois é.

Voz feminina 1: Tá, mas tá só esse carro?

Voz feminina 2: Pelo que ele me falô sim, porque a dele... a advogada Geórgia foi lá.

Voz feminina 1: Tá, então ela que vai lá e pergunte se ele tem Mandado pra entrá lá essas horas da noite.

Voz feminina 2: Uhum.

Voz feminina 1: Né?

Voz feminina 2: Que meu Deus de novo, agra que co... abriram de novo.

Voz feminina 1: Pois é, mas e quem é esse... esse Cláudio Monteiro aí que eu não sei nem quem é esse cara.

Voz feminina 2: Pois é.

Voz feminina 1: E quem disse que ele é policial civil, ele se apresentô como policial civil?

Voz feminina 2: Não perguntei isso pra ele pra vê se a Geórgia perguntô.

Voz feminina 1: Pois é, a Geórgia tá lá?

Voz feminina 2: A Geórgia tá.

Voz feminina 1: Tá, então ela que peça pra ele uma identificação e... e um Mandado (...).

Voz feminina 2: Se tem Mandado.

Voz feminina 1: É, peraí, é... é onze horas da noite, né?

Voz feminina 2: É.

Voz feminina 1: Tá? Aí..

Voz feminina 2: Tá bom.

Voz feminina 1: Tá, qualquer coisa daí diz pra ela que ela vai... ela pode ligá direto pra mim daí eu já vô vê o que que tá acontecendo.

Voz feminina 2: Tá bom.

Voz feminina 1: Tá?

Voz feminina 2: Ta jóia.

Voz feminina 1: Daí diz que ela pode ligá direto pra mim aí.

Voz feminina 2: Tá bom.

Voz feminina 1: Tá bom?

Voz feminina 2: Tchau.

Voz feminina 1: Tchau.

Ora, nessa conversa, percebe-se claramente que a Delegada Jurema já inicia toda a orientação em benefício de Vinícius José Wodzinsky, utilizando-se, por ora, da acusada Dilva, para esta, então, fazer contato com a advogada Geórgia, procuradora da família Wodzinsky.

Por sua vez, a acusada Dilva liga para o réu Vinícius e repassa as orientações recebidas da Delegada Jurema, notadamente, sobre a autorização dada para a advogada Geórgia ligar diretamente para o celular da Delegada:

Telefone interceptado: (47) 9975-0066 Vinícius José Wodzinsky

Data: 08/11/07

Hora: 22:56:40

Interlocutor: (47) 9975-0007

Voz masculina: Oi.

Voz feminina: Oi.

Voz masculina: Ãh.

Voz feminina: Ela pergun... ele se apresentô como policial pra ela?

Voz masculina: Ah, isso eu não sei.

Voz feminina: É pra fazê o seguinte, a dotora Jurema disse o seguinte...

Voz masculina: Ãh.

Voz feminina: ... pra ela pedi identificação.

Voz masculina: Ãh.

Voz feminina: E se tem Mandado de Busca.

Voz masculina: Tá, tá bom.

Voz feminina: E se não é pra a... a Geórgia daí ligá direto pro celular da dotora que a dotora vai coordená.

Voz masculina: Tá bom. Valeu, valeu.

Voz feminina: Tá bom?

Voz masculina: Tchau.

Voz feminina: Tchau.

De fato, assim procedeu a advogada da família Wodzinsky, uma vez que, às 22h59min07ss, ligou para a Delegada Jurema, a qual passou a lhe dar orientações de como proceder. Confira-se:

Telefone interceptado: (47) 9963-6592 Jurema Wulf

Data: 08/11/07

Hora: 22:59:07

Interlocutor: (47) 9929-9343

Delegada: Alô.

Voz feminina 2: (Fala com alguém ao fundo: bastante, agora (...)). Alô, delegada?

Delegada: Sim.

Voz feminina 2: É... pediram pra eu ligá pra dotora pra verificá informação sobre Mandado, né?

Delegada: Ãh.

Voz feminina 2: Mandado de Busca e Apreensão é necessário tê?

Delegada: É, nesse horário, né? Teria que tê. Quem é que tá... quem é que tá aí, dotora?

Voz feminina 2: É um delegado...

Delegada: É um dele...

Voz feminina 2: ... eu não vô gravá o nome desse delegado, Cláudio Montero.

Delegada: É delegado?

Voz feminina 2: É da DEIC, é delegado da Polícia Civil.

Delegada: Ah tá, ah tá... tá, é do DEIC, né?

Voz feminina 2: Ãhã.

Delegada: Bom, daí o DEIC é... é... infelizmente...

Voz feminina 2: É, na verdade é o que eu falei, não tem, tem que dexá os cara fazerem o trabalho deles, né?

Delegada: Sim... sim, com certeza.

Voz feminina 2: Até porque assim óh, é... é... é contravenção penal, né? É a mesma coisa...

Delegada: É, não tem o que fazê.

Voz feminina 2: ... que tu fazê uma denúncia que tenha menor dentro dum estabelecimento de prostituição, vão entrá.

Delegada: Exato... exato...

Voz feminina 2: Não interessa o horário.

Delegada: ...é, exatamente.

Voz feminina 2: Tá bom, então?

Delegada: É, então tá ok.

Voz feminina 2: Brigado pelo esclarecimento então.

Delegada: Tá bom, então. Tá ok.

Voz feminina 2: Tchau, tchau.

Delegada: Tá. Tchau" (fls. 4375-4382, como no original).

Até então pouco se tinha dado, a não ser alguma orientação de como proceder diante das investidas do Deic - uma vez que a acusada Jurema não podia intervir diretamente nas atividades daquela delegacia. Todavia, adiante deslocou-se para Balneário Camboriú, com o propósito de falar com seu superior e de algum modo resguardar os interesses dos demais acusados. O trecho destacado da conversa entre Dilva e Vinícius, apontado na sentença, é bastante claro:

"*Telefone interceptado: (47) 9975-0007 Dilva Dolzan*

Data: 09/11/07

Hora: 15:01:03

Interlocutor: (47) 9975-0066

Voz masculina: Oi.

Voz feminina: (Conversa de fundo: inaudível). Tá indo Fpolis pra falar com o chefe lá em Balneário, tá?

Voz masculina: Uhm.

Voz feminina: Pra sabê da situação do que ocorreu, do que que houve, do que não houve.

Voz masculina: Uhm.

Voz feminina: Depois ela vai pode conversá com vossa excelência. E é o seguinte, eu também preciso conversá com você mais tarde, mais pessoalmente, tá?

Voz masculina: Eu sei.

Voz feminina: E tá grampeado.

Voz masculina: Ãhã.

Voz feminina: Tá?

Voz masculina: Ãhã.

Voz feminina: O meu apartamento lá tá com um problema e daí eu tem que falá contigo pessoalmente.

Voz masculina: Uhum.

Voz feminina: Tá?

Voz masculina: Uhum.

Voz feminina: Então, aguarda, tá ok?

Voz masculina: Tá bom.

Voz feminina: Bejo. Tchau.

Voz masculina: Bejo. Tchau" (fls. 4383-4384, como no original).

Enfim, o que até então se revelava simples desdobramento da corrupção começa a tomar cor e forma; há então a primeira tentativa direta

de minimizar os rigores, usando a acusada Jurema da condição de delegada e dos meios de que dispunha.

Mas a ingerência foi ainda mais ousada; impedida novamente de avisar os acusados das ações do Deic, a denunciada Jurema encaminhou, na data de 14.11.07, e-mail ao Diretor de Polícia do Litoral, Del. Márcio Luiz Collato, reclamando a falta de informação das diligências realizadas. Assim o fez:

> "Senhor Diretor,
>
> Apesar de minha relutância inicial, repasso a Vossa Senhoria os informes que adiante seguem, acerca de fatos ocorridos na 15a Região Policial, os quais causaram desconforto e constrangimento à Autoridade Policial subscritora e demais colegas Delegados de Polícia aqui lotados, além de instalar um clima de desconfiança, desprestígio, desrespeito e falta de hierarquia entre funcionários e Delegados de Polícia.
>
> Passo ao relato:
>
> Na noite da última quinta-feira, 08 de novembro, por volta de 23:00 horas, na condição de Delegada Regional de Polícia, recebi telefonema da Advogada Dra Giorgia, que milita na Comarca de Jaraguá do Sul, a qual questionou acerca da presença de Policiais Civis de outra cidade ou Estado, que estivessem desenvolvendo trabalhos na cidade. Diante de minha resposta negativa, a Causídica questionou a respeito da presença de masculino que afirmava ser Delegado de Polícia do DEIC, realizando trabalho de apreensão de máquinas caça-níqueis em determinado local da cidade. Ponderando e, confesso, bastante constrangida, sugeri que a Advogada solicitasse a identificação funcional da referida pessoa e, caso restasse confirmado tratar-se efetivamente de Delegado de Polícia do DEIC, que o mesmo estava por certo desenvolvendo trabalho em cumprimento a Lei.
>
> O constrangimento a que me refiro se prende ao fato de que, na condição de Delegada Regional de Polícia, não recebi qualquer informação, por mais vaga que fosse, acerca da presença nesta região do Colega Delegado de Polícia, cujo nome me parece ser CLAUDIO ou CELIO, e demais integrantes de sua equipe, e ao ser questionada pela mencionada Advogada, e posteriormente pela imprensa e por Policiais Civis subalternos, senti-me resignada ao desconhecimento e a velada

manifestação (embora para mim bastante expressa), da demonstração de total falta de confiança e desrespeito ao trabalho profissional da subscritora e dos demais colegas Delegados de Polícia.

Não há que se questionar que a exploração das máquinas caça-níqueis se constitui em CONTRAVENÇÃO PENAL e, por isso mesmo, passível de combate efetivo da Polícia Civil. O que me indigna é a falta de respeito no que tange ao fato de uma Equipe do DEIC deslocar-se sigilosamente da Capital do Estado para, na calada da noite, realizar 'tão complexa missão', sem qualquer encaminhamento a nenhuma Unidade Policial da Região, deixando as Autoridades Policiais que aqui labutam no mais completo desconhecimento e, por que não dizer, perplexos pela clara manifestação de descaso para com nosso trabalho.

Não fosse a falta de efetivo, vez que contamos com apenas UM (01) Policial Civil por turno de plantão, tanto na Delegacia de Polícia da Comarca de Jaraguá do Sul, como na Delegacia de Polícia da Comarca de Guaramirim, e contar a 15a Região Policial com o MENOR EFETIVO POLICIAL CIVIL de todas as regiões do Estado, e agora com QUATRO DELEGADOS DE POLÍCIA, para uma população de mais de 200 MIL HABITANTES, e mais de 10 MIL BOLETINS DE OCORRÊNCIA, por certo estaríamos mais atuantes na 'complexa tarefa' de levantamentos de locais e a efetiva apreensão das abomináveis máquinas de caça-níquel.

Mas, ao contrário do sugerido pela anônima força-tarefa desenvolvida na 15a Região Policial, estamos nós a investigar casos de roubos, homicídios, furtos de grandes proporções, tráfico de entorpecentes e as questões corriqueiras do dia-a-dia enfrentadas por Delegados de Polícia que efetivamente desempenham funções junto a Delegacias de Polícia de Comarca, principalmente no que tange ao atendimento ao público, Inquéritos Policiais, Termos Circunstanciados, Autos de Prisão em Flagrante, Autos de Apreensão de Adolescentes, questões funcionais e administrativas e toda sorte de ocorrências que se manifestam diariamente.

Não bastasse tudo isso, na noite de ontem, ao participar de uma reunião do CONSEG no Município de Schroeder, Comarca de Guaramirim (quando mais três ocorriam no Município de Jaraguá do Sul), fui questionada pelo Comandante do 14º Batalhão da Polícia Militar de Jaraguá do Sul a respeito da presença do DEIC na tão famigerada noite do dia 08 de novembro p.p. Segundo o Comandante, ocorreu uma abordagem

a um veículo ocupado por diversos masculinos e, quando solicitado aos mesmo que se identificassem, houve a negativa por parte dos referidos, sendo necessária a intervenção do Oficial externo para que o desfecho não ocorresse de forma catastrófica, mesmo porque, segundo informes da Guarnição Policial Militar que efetuou a abordagem, os Policiais do DEIC encontravam-se desenvolvendo 'missão sigilosa'. Reconheço o sigilo da missão, já que não fui digna nem de ser informada, nem que de forma sutil e evasiva, a respeito da presença daquela Especializada.

Mais uma vez o constrangimento me assolou e, de forma mais digna e profissional possível, 'tentei' contornar a situação, apresentado justificativas vazias, as quais, por certo, não foram suficientes para convencer o referido Comandante do meu conhecimento acerca da 'missão sigilosa' e, por fim, alegando que houvera um confronto e desrespeito desnecessários entre os Policiais Civis da DEIC e a Polícia Militar desta cidade, informou-me o Comandante de que os fatos serão levados ao conhecimento superior.

Agora, só me resta aguardar um questionamento do Poder Judiciário e espero sinceramente que ele não venha.

Pior ainda, a confirmação de que um subalterno desta cidade foi 'consultado' e era conhecedor da ação que iria ser realizada, ao passo que os Delegados de Polícia de nada sabiam, nem que por ouvir dizer.

De toda sorte, manifesto expressamente meu descontentamento com o fato ocorrido e, afirmo que até o momento do envio desta missiva, não obtive, assim como os demais Delegados de Polícia lotados nesta Região Policial, qualquer contato formal ou informal do colega que desempenha atividades junto ao DEIC e por isso, ainda não posso informar com exatidão qual o trabalho desenvolvido naquela noite.

Deixo registrado aqui igualmente o meu desapontamento pela falta de hierarquia e principalmente respeito dentro da Instituição Policial Civil de Santa Catarina, a qual sirvo há dezessete (17) anos e a qual me dedico desde o primeiro dia de trabalho, tanto que há quase três anos, respondo cumulativamente pela Delegacia Regional de Jaraguá do Sul e pela Delegacia de Polícia da Comarca de Guaramirim, sem o recebimento de horas extras e sem me furtar em participar da escala de sobre-aviso da 15a Região, que, como dito anteriormente, agora conta com 04 Delegados de Polícia, porque há cerca de três anos, estávamos somente com 03 Delegados.

> Por derradeiro, Sr. Diretor, a comunidade da 15a Região Policial sentir-se-ia bastante agradecida se fosse designada uma Equipe da Especializada DEIC, para auxiliar nos trabalhos investigativos ao roubo ocorrido naquela mesma semana no Município de Massaranduba, aos inúmeros furtos, ao roubo ocorrido em relojoarias dos Municípios de Schroeder e Jaraguá do Sul, ao constante tráfico de entorpecentes que assola o País inteiro e, igualmente, na investigação dos diversos furtos de equipamentos eletrônicos ocorridos nos diversos estabelecimentos de ensino, notadamente estaduais, que ocorreram em nossa região, como é do conhecimento de Vossa Senhoria e que já foi objeto de manifestação da Secretaria de Desenvolvimento Regional desta cidade.
>
> E, desde já, confirmada e comprovada eventual participação de Policial Civil (um ou mais) subalterno da Comarca de Jaraguá do Sul, na referida 'missão sigilosa', desde já declaro o referido policial, cujo nome será apurado e repassado futuramente, à disposição para desempenhar seus valiosos trabalhos junto ao DEIC de Santa Catarina, já que a ele foram dispensados votos de confiança e respeitabilidade, qualidades inexistentes na figura da Autoridade Policial subscritora, demais Delegados de Polícia, investigadores, escreventes e comissários da 15a Região Policial.
>
> Se algum descrédito se atribui à Polícia Civil, e se atualmente nos encontramos desunidos ou desestruturados, há que se reconhecer que a maior parcela de culpa cabe a nós mesmo, enquanto subsistirem atitudes desta envergadura.
>
> Em obediência irrestrita à hierarquia, levo os fatos ao conhecimento de Vossa Senhoria, para Vossa sábia deliberação e providências que julgar convenientes.
>
> Att.
>
> JUREMA WULF – Delegada Regional de Polícia da 15a Região Policial e Delegada de Polícia da Comarca de Guaramirim." (fls. 635-637 - grifei).

Fora de contexto, o pedido poderia sugerir apenas certa insatisfação com o trabalho do Deic, já que de fato as operações dirigidas contra a jogatina ilegal não eram comunicadas às autoridades policiais locais. De todo modo, agora se sabe, a postulação tinha razões menos dignas; prestava-se unicamente a patrocinar o interesse dos acusados da família Wodzinsky,

com o fim de evitar maiores prejuízos com as apreensões decorrentes das missões sigilosas.

Conforme lembra Rogério Greco ao tratar do tipo, "*o que a lei penal proíbe, na verdade, é que o funcionário assuma a 'causa' do particular e pratique atos concretos que importem na sua defesa perante a administração publica*" (*Código Penal comentado*, Impetus, 2011, p. 912). A prática de advocacia administrativa, então, é flagrante; a recorrente Jurema - e como sempre com o auxílio da denunciada Dilva, responsável pelas intermediações do grupo - utilizou de sua condição e prerrogativas para ter acesso a operações confidenciais, e assim impedir aquelas ações de combate. Foi, enfim, o modo pelo qual atendeu o pedido de intervenção que lhe fora feito.

A propósito, embora bem caracterizada a conduta - já que a consumação independe de resultado naturalístico (Cezar Roberto Bitencourt, *op. cit.*, p. 1.101) - é de se destacar que, a partir da reclamação feita, o Delegado Geral de Polícia á época, sem saber dos desígnios da acusada, encaminhou e-mail em 17.11.07 solicitando que as operações realizadas pelo Deic fossem previamente comunicadas à autoridade policial local, ao Delegado Regional e ao Diretor (fl. 634).

Respondem, assim, e por isso devem ser apenadas as acusadas pela prática de advocacia administrativa: a acusada Jurema por se fazer valer de sua condição, bem como a denunciada Dilva, *longa manus* em todas as manobras de proteção às atividades ilícitas de jogos de azar - e aqui, como de costume, intermediadora.

É de se dizer, a propósito, que a condenação deve, como se fez na sentença, observar a disciplina do parágrafo único do art. 321 do Código Penal; afinal, o interesse era, a toda evidência, ilegítimo.

8. Do crime de formação de quadrilha (art. 288 do CP) imputado aos acusados José Wodzinsky, Vinícius José Wodzinsky, Everson Fernando Wodzinsky, Lídio Ceppli, Sílvio Antonio Sutil de Oliveira e Rubens Ancarria Junior

Aponta-se em face dos nominados a formação de quadrilha, em tese organizada em torno da prática ilegal de jogos de azar. O tipo em questão assim prescreve:

> "Quadrilha ou bando
>
> Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:
>
> Pena - reclusão, de um a três anos.
>
> Parágrafo único - A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado".

Do que se trouxe como prova não há dúvida quanto à autoria e materialidade do delito. Sobretudo com base no monitoramento telefônico feito, a que já fiz referência como fundamento à imputação de pena pela prática de crime contra a economia popular (fls. 776, 108-1090 e 1137-1138), além dos objetos apreendidos, destinados à prática de jogos ilícitos denunciam a atividade comum, destinada unicamente à propagação e mantença daquela atividade.

Bem lembra Luiz Regis Prado que o delito consuma-se no momento da associação, o que qualifica delito de perigo abstrato (*op. cit.*, p. 230). Ação alguma do grupo é então necessária para reconhecer-se o crime, desde que caracterizada a união. No caso, a reunião comum deflui daqueles diálogos e de toda a prova paralela, cujo assunto comum era manutenção dos jogos de azar. E disso se dessume mais: não só a associação resta bem demonstrada, mas sua efetiva vocação.

Essas atividades, por outro lado, tinham longo curso, como a associação que lhes patrocinava. Não se tratava de reuniões eventuais, mas com visível laço de continuidade, como exigia a atividade. Tratava-se, enfim, de associação vocacionada, contínua, estável e duradoura; cumpria, além disso, o requisito objetivo (compunham o grupo mais de três pessoas). É o que basta para induzir o juízo condenatório.

Daí, observo, considerando a alegação de nulidade da decisão porque seria genérica e abstrata que, teoricamente, o tipo se exaure pela associação vocacionada - do que se deu contorno primoroso na decisão. Além disso, fez-se remissão a tudo o que foi apurado, a cada conduta - mais que suficiente para justificar como fundamentação à imposição de pena. A configuração do crime nem exigiria tanto, pois como ambientado segue como coroação do amplo rol de condutas que se apurou contra os acusados.

Enfim, falar em generalidade e abstração, além de impertinente é apenas um exercício fácil e fugaz de contestação. Deixo de conhecer, por isso, da alegada ofensa ao art. 5.º, LIV, LV e LVII, e art. 93, IX, da CR, bem como aos arts. 156 e 381, III, do Código de Processo Penal.

No mais, discute-se a caracterização do grupo como organização criminosa, reconhecida na sentença. Embora o único efeito prático dessa distinção doravante seria a eventual imposição de regime de cumprimento de pena mais severo - a que já me antecipei para apontar a impropriedade - é oportuno destacar que, na ausência de algum rigor legal na conceituação (a Lei n.º 9.034/95 faz apenas catalogação dos grupos criminosos, sem distinção), a doutrina tem apontado como critério de distinção dos demais agrupamentos (quadrilha ou bando e associação de qualquer tipo) certa organização, com elementos de empresa. Assim, em tese a caracterização do grupo como organização criminosa exigiria alguma estrutura burocrática e hierárquica, com definição de papéis e comando; enfim, um empreendimento com certo rigor organizacional, distinguindo-se assim da simples

associação para um fim criminoso comum (Guilherme de Souza Nucci, *Leis penais e processuais penais comentadas*, vol. 2, RT, 2012, p. 86-87).

Parece ser também o que vem exigindo o STF, mesmo que não se perceba algum refinamento; na prática, se o grupo criminoso é vocacionado e há alguma evidência de organização estrutural, já se admite o reconhecimento daquela conformação, imputando agravamento de pena, por exemplo, àquele que é pego transportando droga, mesmo sem outros elementos mais criteriosos de participação no empreendimento criminoso (por todos, HC 101.265/SP, Rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa).

Observo mais: com o recente julgamento da AP 470/DF, o caso "mensalão", o STF firmou a tese de que o conceito de organização criminosa firma-se na própria condição do sujeito ativo, na forma como se praticam os delitos. Sobre o tema, ainda que tratando especificamente da lavagem de capitais (o que é indiferente), o relator, Min. Joaquim Barbosa, assentou:

> No que se refere especificamente à organização criminosa, filio-me à corrente de acordo com a qual, nesse caso, não se trata de um crime antecedente, mas sim da forma como o crime é cometido. Daí por que não se faz necessária a existência de um tipo específico de organização criminosa, para a aplicação do inciso VII do art. 1º da Lei 9.613/1998.
>
> É o que defende, por exemplo, José Paulo Baltazar Júnior
>
> 'O inciso [VII do art. 1º da Lei 9.613/1998] abre o rol de crimes antecedentes ao estabelecer que qualquer outro delito, ainda que não previsto especificamente nos incisos, possa ser considerado antecedentes da lavagem de dinheiro, quando praticado por organização criminosa, cuidando-se não de um crime antecedente, mas da forma como o crime é cometido, de modo que não compromete a aplicação do inciso o fato da inexistência de um tipo específico de organização criminosa na lei brasileira' (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Crimes federais, 7. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 779).
>
> Ademais, a positivação das organizações criminosas não é uma inovação no cenário jurídico brasileiro. Com efeito, a Lei 9.034/1995, alterada pela Lei nº 10.217/2001, dispõe justamente 'sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas

> por organizações criminosas' (original sem destaque)" (Item IV do voto do relator na AP 470/DF, fls. 122-123 - http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP470itemIV.pdf - grifos no original).

Mudando o que deve ser mudado, a leitura fácil do precedente revela que a caracterização da organização criminosa respeita ao *modus operandi* (a forma de atuação) do grupo, no que se vê implícito aqueles pequenos elementos de organização, já apontados.

E o que se tem, objetivamente, é bem mais. Da organização envolvendo os membros da família Wodzinsky e Lídio Ceppli, a prova da reunião de certa distribuição de funções já foi apontada, quando da análise particular de cada conduta; em relação aos acusados Silvio e Rubens basta a constatação, já observada, de participação e permanência no negócio, operacionalizando a atividade. Assim, há o bastante, também, para caracterizar a atividade de organização criminosa.

9. DOSIMETRIA

Diante desse novo panorama, e também considerando alegações bastantes pontuais lançadas nos recursos, a dosimetria requer algum retoque, correção que projeto analisando a pena tributável a cada um dos acusados, individualmente.

Inicio pelo bloco de acusados diretamente envolvido com a prática de jogos ilícitos (o núcleo "primário"), desde já observando, sobretudo em face do envolvimento de José, Vinícius e Éverson Wodzinsky que, mesmo sem tachar rótulos à atribuição e atividade de cada um, a prova, já apontei ao esmiuçá-la, não sugere participação de menor importância; nem tampouco disso se cogitou na sentença. O que se disse, eventualmente, é que

quando menos se falaria em participação, sem que assim se tenha afirmado a condição de quaisquer deles (que, para qualquer fim, são tidos autores, imediatos ou não). Logo, não se fala, em relação à responsabilidade a eles tributadas, de ofensa ao art. 93, IX, da CR, e art. 381, III, do CPP.

9.1. Da aplicação da pena ao acusado José Wodzinsky:

9.1.1. Da prática de jogo do bicho (art. 58 do Decreto-Lei n.º 3.688/41)

A culpabilidade é própria do tipo. O recorrente não ostenta antecedentes criminais (fls. 4193-4195). Não há elementos que permitam apreciar sua conduta social; tampouco que autorizem discutir sua personalidade. Os motivos são inerentes ao tipo. Há circunstâncias particulares de toda ordem, mas que refletem em condutas autônomas; por outro lado, a gestão do negócio, ao contrário do que posto na sentença, deve assentar-se na segunda fase, apenas, como particular agravante (impossível, assim, projetar-se em ambas as fases). As consequências, conquanto inspirem desdobramentos de toda ordem, também não extrapolam o habitual e o previsível. Assim, não se pode considerar, como condição de agravamento, o eventual ilícito fiscal que decorre da atividade criminosa (bem porque a figura compreende tipo específico, caracterizando particular crime contra a ordem tributária). O comportamento das vítimas não tem relevância na hipótese.

Considerando apenas uma circunstância negativamente, fixo a pena-base em 04 (quatro) meses de prisão simples, além de multa equivalente a 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase incide a agravante do art. 62, I, do CP, considerando a gestão da atividade criminosa pelo acusado. Apontado, como revelam as provas, o grande gestor do negócio - a própria banca de jogos leva seu nome, conforme destaquei - aumento a pena observando o que já fixado na sentença (2 meses), fixando-a em 06 (seis) meses de prisão simples.

Não havendo causas outras de aumento e diminuição de pena, torno-a definitiva em 06 (seis) meses de prisão simples, mais pena de 10 (dez) dias-multa. Mantenho a fixação do dia-multa em 2 (dois) salários mínimos. Afinal, o que se apurou tanto em relação às atividade ilícitas quanto o que se demonstrou em face do acervo patrimonial permitem, sem sobressaltos, concluir acerca da confortável capacidade financeira do recorrente.

Favoráveis que são as circunstâncias judiciais, e não se cogitando de reincidência (art. 6.º da LCP c/c o art. 33 do CP), fixo inicialmente o regime aberto.

Embora a magnitude do negócio pudesse incutir a impossibilidade de substituição da pena (art. 44), a sentença afastou o benefício sem fundamentação alguma (fls. 4412). Logo, considerando a pequena expressão da pena, promovo a substituição da pena por prestação pecuniária, que fixo 30 (trinta) salários mínimos. Considero não só a natureza e a perniciosidade da atividade, mas a importância do recorrente dentro do empreendimento.

Observo, no entanto, que o novo dimensionamento da pena induz o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa, tendo em vista que a publicação da sentença, último marco interruptivo, data de 16.10.10 (fl. 4443). Considerando que à época dos fatos a prescrição dos crimes cuja punição não alcançava 01 (um) ano se dava em 02 (dois) anos, ela deve ser reconhecida, com fundamento nos arts. 109, VI, e art. 110, § 1.º, do Código Penal.

9.1.2. Da prática de crime contra a economia popular (art. 2.º, IX, da Lei n.º 1.521/51)

A culpabilidade não foge ao ordinário. Não se observam antecedentes criminais (fls. 4193-4195). Nada apurou-se em torno de sua conduta social, ou mesmo de sua personalidade. Os motivos são os ordinários à figura criminosa. As circunstâncias, embora importem à configuração de outros crimes, nada alteram a conduta nesse panorama. As consequências, ainda que de certa repercussão e magnitude, não extrapolam o que pressupõe o tipo. O comportamento das vítimas não tem relevância na hipótese.

Feito o cotejo, fixo a pena-base em 06 (seis) meses de detenção, além de 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase deve-se considerar a particular posição de gestor do recorrente (art. 62, I, do CP), contexto em que mantenho o aumento lançado na sentença (3 meses), e fixo a pena provisória em 9 (nove) meses de detenção.

Sem outras causas de aumento ou diminuição, fixo a pena definitiva em 09 (nove) meses de detenção, além de multa equivalente a 10 (dez) dias-multa. A multa, pelas razões já expostas, é mantida à razão de 02 (dois) salários mínimos para cada dia-multa.

Tendo em conta as circunstâncias judiciais, (art. 33 do CP), fixo inicialmente o regime aberto; e, considerando que não se justificou objetivamente a negativa da substituição da pena, faço-a por pena de prestação pecuniária, no equivalente a 30 (trinta) salários mínimos, considerando a natureza e vultuosidade do empreendimento, bem assim a figuração do recorrente.

No entanto, considerando o montante de pena fixado, declaro a prescrição, nos termos do art. 109, VI, e art. 110, § 1.º, do Código Penal.

Observo que desde a publicação da sentença, último marco interruptivo (16.10.10, fl. 4443), transcorreram mais de dois anos (prazo que à época dos fatos regulava a prescrição na hipótese).

9.1.3. Da prática do crime de corrupção ativa (art. 333 do CP)

A culpabilidade tem contornos habituais. O recorrente não ostenta antecedentes criminais (fls. 4193-4195). A conduta social não foi investigada, assim como a personalidade. Os motivos, específicos, devem ser medidos na segunda fase; o mesmo se revela em relação às circunstâncias, a serem medidas em fase própria. As consequências, embora expressivas, são comuns ao tipo, a merecer destaque, no entanto, a concreção dos atos, em outra oportunidade. O comportamento das vítima não é objeto de relevo.

Com esse contorno fixo a pena-base em 02 (dois) anos de reclusão, e multa equivalente a 10 (dez) dias-multa.

Sem atenuantes, incidem concorrentemente nesta fase a agravante do art. 62, I, do CP, e também do inc. II, *b*, do mesmo artigo, tendo em conta que a vocação daquelas condutas dirigia-se a assegurar a prática de outros delitos. Evidentemente, nada obsta o concurso na hipótese, valorando-se indistintamente cada circunstância (bem porque não concorrem atenuantes, que eventualmente pudessem mitigá-las). Considerando a potencialidade daqueles atos, mantenho o aumento projetado (10 meses) e elevo a pena reclusiva para 02 (dois) anos e 10 (dez) meses.

Não há causa especial de diminuição, mas incide o agravamento previsto no parágrafo único do art. 333 do CP, razão pela qual majoro a pena em 1/3, elevando-a para 3 (três) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias, mais multa equivalente a 13 (treze) dias-multa.

Por fim, considerando a continuidade delitiva, e tendo em conta que o número de condutas extrapola vertiginosamente o limite para aplicação do percentual máximo fixado em lei (2/3), aplico-lhe e arbitro a pena final em 06 (seis) anos, 03 (três) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão, além de multa no montante de 21 (vinte e um) dias-multa (cada dia-multa equivalente a 02 salários mínimos, em face das razões já declinadas).

9.1.4. Da prática do crime de quadrilha ou bando (art. 288 do CP)

A culpabilidade é previsível em face do tipo. Não há antecedentes criminais (fls. 4193-4195). Não se observa nada em face da conduta social, e a personalidade não foi objeto de investigação. Os motivos são próprios, quais sejam, a vocação do empreendimento à prática de delitos. As circunstâncias, também não fogem o ordinário, senão no que constituem tipos próprios. As consequências, ainda que revelem amplitude e projeção, são aquelas comuns ao crime. O comportamento das vítimas não exerce qualquer gerência sobre prática delituosa.

Fixo então a pena-base em 01 (um) ano de reclusão.

Na segunda fase incide a agravante do art. 62, I, do CP, pelo que mantenho o aumento proposto (3 meses), e fixo a pena provisória em 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão.

Não há causas especiais de aumento ou diminuição, razão pela qual torno definitiva a pena em 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão.

9.1.II. Do regime inicial de cumprimento e da substituição e suspensão da pena

Somadas as penas, a reclusão alcança 07 (sete) anos, 06 (seis) meses e 16 (dezesseis) dias, além de multa equivalente a 21 (vinte e um) dias-multa. Assim, mesmo que não se possa aplicar automaticamente o regime fechado (pois é inviável, como dito, a incidência do art. 10 da Lei n.º 9.034/95), as circunstâncias do caso e a gravidade das condutas, já bem dedilhadas até aqui, não permitem a adoção de regime mais brando. Noto sobretudo que o acusado figurava como o grande dirigente das atividade ilícitas - cuja autoridade fazia impor, inclusive, na designação do negócio, identificado com trocadilho do próprio nome.

Por outro lado, a quantidade de pena também inviabiliza tanto a substituição quanto a suspensão da pena (arts. 44 e 77 do CP), e providência dessa ordem não é socialmente recomendável.

9.2. Da aplicação da pena ao acusado Vinícius José Wodzinsky:

Embora na fundamentação tenha cogitado da participação e responsabilidade do acusado também pela prática de jogo do bicho (art. 58 do Decreto-Lei n.º 3.688/41), assim procedi unicamente para ambientar os fatos - tanto que em preliminar reconheci a prescrição deduzida pelo recorrente quanto ao ilícito, e por isso deixo de calcular a pena em relação à contravenção.

9.2.1. Da prática de crime contra a economia popular (art. 2.º, IX, da Lei n.º 1.521/51)

A culpabilidade não revela anormalidade. O recorrente não ostenta antecedentes criminais (fls. 4196-4197). A conduta social não foi inves-

tigada, assim como a personalidade. Os motivos são próprios do tipo. As circunstâncias e consequências, ainda que expressivas (sobretudo no campo fiscal), não servem para agravamento da pena. O comportamento das vítimas é irrelevante.

Fixo assim a pena no seu mínimo legal - 06 (seis) meses de detenção, além de pena equivalente a 10 (dez) dias-multas.

Não se cogitou de agravantes ou atenuantes, nada obstante se observe certo gerenciamento por parte do acusado (ainda que a arquitetura das atividades não seja exemplarmente definida, apontou-se desde logo a ativa participação de pai e filhos no concerto dos negócios, do que a prova feita não deixou dúvidas).

Também não há causas de aumento e diminuição, razão pela qual torno definitiva a pena em 06 (seis) meses de detenção, mais multa equivalente a 10 dias-multa. Mantenho a fixação do dia-multa em 1/2 de salário mínimo, considerando o enriquecimento de fácil presunção a partir da movimentação financeira dos negócios.

Dada a quantidade de pena, promovo a substituição por prestação pecuniária, no equivalente a 10 (dez) salários mínimos, tendo em conta a situação financeira que se pressupõe a partir do exercício da atividade ilícita e da articulação dos negócios.

Considerada, enfim, a adequação da pena, e tendo em vista o período em que os fatos se situam, declaro a prescrição da pretensão punitiva (art. 109, VI, e art. 110, § 1.º, do Código Penal), tendo em vista que desde a publicação da sentença, último marco interruptivo (16.10.10, fl. 4443), transcorreram mais de dois anos.

9.2.2. Da prática do crime de corrupção ativa (art. 333 do CP)

A culpabilidade é comum ao tipo. Não há notícias de antecedentes criminais (fls. 4196-4197). A conduta social não foi apurada, nem tampouco a personalidade. Os motivos são inerentes ao tipo, cujo contorno deve ser feito em momento próprio, tanto quanto as consequências. As circunstâncias merecem melhor observação, pois a prova revela a gerência direta do acusado na efetivação das condutas (com ele tratavam diretamente as corrompidas). O comportamento das vítimas é irrelevante.

Considerando a manutenção de uma circunstância judicial negativa, mantenho a pena-base como fixada na sentença, em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e fixo multa no equivalente a 11 (onze) dias-multa.

Na segunda fase reconheço a agravante prescrita pelo art. 61, II, *b*, do CP, e mantenho o arbitramento da sentença, ordenando a pena reclusiva em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses.

Na terceira fase, ausentes causas especiais de diminuição, incide o particular agravamento do parágrafo único do art. 333 do CP, pelo que majoro a pena em 1/3 para então fixá-la em 3 (três) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias, além de 14 (catorze) dias-multa.

Por fim, considerando a reiteração de condutas e sua expressiva quantidade, majoro a pena em 2/3 (art. 71 do CP), para fixá-la em definitivo em 05 (cinco) anos, 11 (onze) meses e 03 (três) dias, bem como ao pagamento de multa equivalente a 23 dias-multa. Considerando a vultuosidade do empreendimento criminoso, revelada sobretudo em expressiva massa patrimonial, mantenho a fixação do dia-multa no equivalente a 1/2 (meio) salário mínimo, com os fundamentos deduzidos.

9.2.3. Da prática do crime de quadrilha ou bando (art. 288 do CP)

A culpabilidade é própria do tipo. Não há notícia de antecedentes criminais (fls. 4196-4197). Não se fez levantamento da conduta social, nem estudo da personalidade do recorrente. Os motivos não extrapolam o ordinário. As circunstâncias e consequências também são as previsíveis, e a eventual lesão ao Fisco não é motivo idôneo ao agravamento da pena. O comportamento das vítimas é irrelevante.

Fixo então a pena em 01 (um) ano de reclusão.

Não há circunstâncias agravantes ou atenuantes; tampouco se fala em causas de aumento ou diminuição, pelo que fixo em definitivo a pena em 01 (um) ano de reclusão.

9.2.II. Do regime inicial de cumprimento e da substituição e suspensão da pena

Somadas as penas, a reclusão alcança 06 (seis) anos, 11 (onze) meses e 03 (três) dias de reclusão, além de multa equivalente a 23 (vinte e três) dias-multa. Mantenho, para cumprimento inicial da pena, o regime fechado, tendo em conta que as circunstâncias judiciais não são todas favoráveis, e sobretudo porque o acusado é, segundo a prova coligida, o responsável pela maioria das ações nucleares, notadamente no campo da corrupção.

Por outro lado, a quantidade de pena também inviabiliza tanto a substituição quanto a suspensão da pena (arts. 44 e 77 do CP). A providência, ademais, não é recomendável, tendo em conta as circunstâncias e gravidade das condutas.

9.3. Da aplicação da pena ao acusado Éverson Fernando Wodzinsky:

Tal como procedi em relação ao acusado Vinícius, deixo também de cogitar da aplicação da pena pela prática da contravenção em face do recorrente Éverson, uma vez reconhecida a prescrição.

9.3.1. Da prática de crime contra a economia popular (art. 2.º, IX, da Lei n.º 1.521/51)

A culpabilidade é normal, conforme ao tipo. Não há antecedentes criminais (fls. 4198-4199). A conduta social não foi apurada, nem mesmo a personalidade. Os motivos são inerentes ao tipo. As circunstâncias e consequências, conquanto impressionem, não extrapolam os contornos da figura delitiva. O comportamento das vítimas é irrelevante.

Fixo assim a pena no seu mínimo legal - 06 (seis) meses de detenção, além de pena equivalente a 10 (dez) dias-multas.

Não há agravantes ou atenuantes, e também não observo causas de aumento e diminuição, razão pela qual torno definitiva a pena em 06 (seis) meses de detenção, mais multa equivalente a 10 dias-multa. Mantenho o valor unitário do dia-multa em 1/2 de salário mínimo, tendo em vista a portentosa arquitetura empresarial dos negócios, o que pressupõe condição financeira distinta.

Tendo em vista a quantidade de pena aplicada, opero a substituição da pena detentiva por prestação pecuniária, na ordem de 10 (dez) salários mínimos, pela fundamentação já deduzida acerca da capacidade econômica.

Reajustada a pena, e considerando os períodos em que se verificam as condutas, declaro a prescrição da pretensão punitiva (art. 109, VI, e art. 110, § 1.º, do Código Penal). Observo que desde a publicação da sentença,

último marco interruptivo (16.10.10, fl. 4443), transcorreram mais de dois anos (prazo que à época dos fatos regulava a prescrição na hipótese).

9.3.2. Da prática do crime de corrupção ativa (art. 333 do CP)

A culpabilidade é própria do tipo. O recorrente não ostenta antecedentes criminais (fls. 4198-4199). Não há indicativos da conduta social ou da personalidade. Os motivos são próprios da figura delitiva. As circunstâncias, dada a vocação particular, serão analisadas em outra fase, assim como as consequências. O comportamento das vítimas é irrelevante.

Dito isso, fixo a pena em 02 (dois) anos de reclusão, além de multa equivalente a 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, mantenho o agravamento fundado no art. 61, II, *b*, do CP, tendo em vista a finalidade dos atos de corrupção. Fixo assim a pena provisória em 2 (dois) anos e 04 (quatro) meses.

Na terceira fase incide a causa de aumento prevista no parágrafo único do art. 333 do CP, pelo que majoro a pena em 1/3 para então fixá-la em 03(três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias, além de 13 (treze) dias-multa. mantenho a pena de multa em 1/2 (meio) salário mínimo, com os fundamentos já apontados.

No mais, tendo em conta a reiteração de condutas, majoro a pena em 2/3 (art. 71 do CP), para fixá-la em definitivo em 05 (cinco) anos, 02 (dois) meses e 06 (seis) dias, bem como ao pagamento de multa equivalente a 21 dias-multa, e mantenho a fixação do dia-multa no equivalente a 1/2 (meio) salário mínimo considerando a dimensão do negócio e o enriquecimento dele proveniente.

9.3.3. Da prática do crime de quadrilha ou bando (art. 288 do CP)

A culpabilidade é a habitual. Não se apontam antecedentes criminais (fls. 4196-4197). A conduta social e a personalidade do recorrente não foram apuradas. Os motivos são os costumeiros ao tipo. As circunstâncias e consequências também são ordinárias. O comportamento das vítimas não imprime relevo no caso.

Fixo então a pena em 01 (um) ano de reclusão.

Não há circunstâncias agravantes ou atenuantes, ou mesmo causas de aumento e diminuição, razão pela qual torno definitiva a pena em 01 (um) ano de reclusão.

9.3.II. Do regime inicial de cumprimento e da substituição e suspensão da pena

Somadas as penas, a reclusão alcança 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 06 (seis) dias de reclusão, além de multa equivalente a 21 (vinte e um) dias-multa. Considerando a pena fixada para ambos os delitos, fixo o regime semiaberto para cumprimento inicial da pena.

Por outro lado, a quantidade de pena também inviabiliza tanto a substituição quanto a suspensão (arts. 44 e 77 do CP). Não é, de toda sorte, recomendável a concessão de alguma benesse.

9.4. Da aplicação da pena ao acusado Lídio Ceppli:

9.4.1. Da prática de jogo do bicho (art. 58 do Decreto-Lei n.º 3.688/41)

A culpabilidade é própria do tipo. O recorrente não apresenta antecedentes criminais (fls. 4200-4201). Nada se apurou em face de sua conduta social ou de sua personalidade. Os motivos são inerentes ao tipo. Há circunstâncias particulares, mas que desdobram outras condutas criminosas. As consequências, da mesma sorte, não justificam o agravamento. O comportamento das vítimas não tem relevância na hipótese.

Não lhe sendo desfavoráveis as circunstâncias, fixo a pena-base em 04 (quatro) meses de prisão simples, além de multa equivalente a 10 (dez) dias-multa.

Sem agravantes ou atenuantes, e mesmo ausentes causas de aumento ou diminuição, torno definitiva a pena em 04 (quatro) meses de prisão simples, mais pena de 10 (dez) dias-multa. Sem sinais palmares de que goze o recorrente de prestigiada condição financeira (bem porque, diferente dos membros da família Wodzinsky, o acusado coadjuva a atividade criminosa), fixo o dia multa em 1/10 de salário mínimo.

Favoráveis que são as circunstâncias judiciais, e não se cogitando de reincidência (art. 6.º da LCP c/c o art. 33 do CP), fixo inicialmente o regime aberto.

É viável a substituição da pena, que faço pela prestação de serviço à comunidade.

De todo modo, considero que, em face da pena aplicada e do transcurso do tempo, é o caso de se reconhecer a prescrição, na forma do art. 109, VI, e art. 110, § 1.º, do Código Penal. Ressalto que desde a publicação da sentença, último marco interruptivo (16.10.10, fl. 4443), fluíram mais de dois anos.

9.4.2. Da prática do crime de corrupção ativa (art. 333 do CP)

A culpabilidade é a habitual. O recorrente não registra antecedentes criminais (fls. 4200-4201). A conduta social não foi investigada, assim como a personalidade. Os motivos, particulares, serão apreciados na segunda fase; as circunstâncias também devem ser medidas em fase própria. As consequências, mesmo que de certa magnitude, não desbordam do tipo; no entanto, o particular direcionamento daquelas condutas será apreciado oportunidade própria. Não se cogita do comportamento das vítima.

Com esse contorno fixo a pena-base em 02 (dois) anos de reclusão, e multa equivalente a 10 (dez) dias-multa.

Sem atenuantes, incide nesta fase a agravante do art. 62, II, *b*, do CP, uma vez que a corrupção dirigia-se ao acobertamento de outras condutas igualmente ilícitas. E, levando em consideração a dimensão e magnitude das condutas, mantenho o agravamento lançado na sentença (04 meses) e elevo a pena reclusiva para 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses.

Não há causa especial de diminuição; por outro lado, cabe o agravamento previsto no parágrafo único do art. 333 do CP, razão pela qual majoro a pena em 1/3, elevando-a para 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias, mais multa equivalente a 13 (treze) dias-multa.

Enfim, observada a continuidade delitiva, observo que apenas 06 (seis) condutas restaram provadas, tal como a própria defesa deduziu. Assim, considerando o que ordinariamente se aplica à hipótese (AC 2008.001564-1, de Rio do Oeste, Rel. Desa. Salete Silva Sommariva), incremento a pena em metade, e a fixo em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses, além de multa no montante de 19 (dezenove) dias-multa (cada dia-multa equivalente 1/10 de salário mínimo).

9.4.3. Da prática do crime de quadrilha ou bando (art. 288 do CP)

A culpabilidade é própria, sem desbordos. Não há antecedentes criminais (fls. 4200-4201). Nada apurou-se acerca da conduta social, e a personalidade não foi investigada. Os motivos são aqueles ordinários do tipo. As circunstâncias, no que aparentemente destoam a normalidade configuram tipos autônomos. As consequências, mesmo que de certa magnitude, são aquelas comuns ao crime. O comportamento das vítimas não tem qualquer expressão.

Fixo então a pena-base em 01 (um) ano de reclusão.

Não foram apontadas circunstâncias agravantes ou atenuantes, ou mesmo causas de aumento e diminuição, pelo que torno definitiva a pena em 01 (um) ano de reclusão.

9.4.II. Do regime inicial de cumprimento e da substituição e suspensão da pena

Somadas as penas de reclusão a reprimenda alcança o montante de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, além de multa equivalente a 29 (vinte e nove) dias-multa. Considerando a pena fixada para ambos os delitos, fixo o regime semiaberto para cumprimento inicial da pena.

Por outro lado, a quantidade de pena também inviabiliza tanto a substituição quanto a suspensão da pena (arts. 44 e 77 do CP).

9.5. Da aplicação da pena ao acusado Sílvio Antonio Sutil de Oliveira:

9.5.1. Da prática de crime contra a economia popular (art. 2.º, IX, da Lei n.º 1.521/51)

A culpabilidade não foge ao ordinário. Não há antecedentes criminais (fls. 4202-4203). Nada se trouxe sobre a conduta social ou sobre a personalidade. Os motivos são os comuns ao tipo. As circunstâncias e consequências são as previsíveis nesse cenário. O comportamento das vítimas não tem qualquer reflexo.

Fixo assim a pena em 06 (seis) meses de detenção, além de pena equivalente a 10 (dez) dias-multas.

Não há agravantes ou atenuantes; tampouco se fala em causas de aumento e diminuição, razão pela qual torno definitiva a pena em 06 (seis) meses de detenção, mais multa equivalente a 10 dias-multa. Fixo o dia-multa em 1/10 de salário mínimo, considerando a ausência de elementos que justifiquem o acúmulo de posses.

Presentes os requisitos legais, substituo a pena por prestação pecuniária, na ordem de 05 (cinco) salários mínimos.

De todo modo, observo que, em face da pena aplicada e do transcurso do tempo, é o caso de se reconhecer a prescrição, na forma do art. 109, VI, e art. 110, § 1.º, do Código Penal. Afinal, desde a publicação da sentença, último marco interruptivo (16.10.10, fl. 4443), transcorreram mais de dois anos.

9.5.2. Da prática do crime de quadrilha ou bando (art. 288 do CP)

A culpabilidade é a previsível. Não se apontam antecedentes criminais (fls. 4202-4203). Não há indicativos da conduta social ou da personalidade. Os motivos não extravasam o que pressupõe o tipo. As circunstâncias são próprias, ou quando muito inspiram tipos penais específicos. As consequências também são ordinárias. É irrelevante o comportamento das vítimas.

Fixo então a pena-base em 01 (um) ano de reclusão, além de multa no montante de 10 (dez) dias-multa.

Não se cogita de agravantes ou atenuantes, e nem mesmo de causas de aumento ou diminuição, razão pela qual torno definitiva a pena em 01 (um) ano de reclusão.

9.5.II. Do regime inicial de cumprimento e da substituição e suspensão da pena

Considerada a pena fixada (01 ano de reclusão), estabeleço o regime aberto para cumprimento inicial da pena; e, tendo em conta a possibilidade de substituição, mantenho a prestação de serviço à comunidade, tal como firmado na sentença, embora particularmente me parecesse da conveniência de outra medida (que no entanto suponho inviável sob pena de prejudicar a situação do acusado).

9.6. Da aplicação da pena ao acusado Rubens Alcarria Junior:

9.6.1. Da prática de crime contra a economia popular (art. 2.º, IX, da Lei n.º 1.521/51)

A culpabilidade é comum ao tipo infringido. Não se tem notícia de antecedentes criminais (fls. 4204-4205). A conduta social e a personalidade não foram experimentadas. Os motivos não extrapolam os contornos do tipo. As circunstâncias e consequências são as ordinárias. O comportamento das vítimas é irrelevante.

Fixo assim a pena em 06 (seis) meses de detenção, além de pena equivalente a 10 (dez) dias-multas.

Não há agravantes ou atenuantes, nem mesmo causas de aumento e diminuição, razão pela qual torno definitiva a pena em 06 (seis) meses de detenção, mais multa equivalente a 10 dias-multa. Estabeleço o dia-multa no valor de 1/10 de salário mínimo, na ausência de indicativos da sua condição econômica.

Presentes os requisitos legais, substituo a pena por prestação pecuniária, na ordem de 05 (cinco) salários mínimos.

De todo modo, considero que, em face da pena aplicada e do transcurso do tempo, é o caso de se reconhecer a prescrição, na forma do art. 109, VI, e art. 110, § 1.º, do Código Penal; isso porque, desde a publicação da sentença, último marco interruptivo (16.10.10, fl. 4443), transcorreram mais de dois anos.

9.6.2. Da prática do crime de quadrilha ou bando (art. 288 do CP)

A culpabilidade é ordinária. O recorrente não registra antecedentes criminais (fls. 4204-4205). A conduta social e personalidade não foram objetos de investigação particular. Os motivos não desbordam o tipo. As

circunstâncias também são comuns ao tipo infringido, assim como as consequências. O comportamento das vítimas não assume nenhuma expressão.

Fixo então a pena-base em 01 (um) ano de reclusão.

Não se apontam agravantes ou atenuantes, ou causas de aumento ou diminuição, razão pela qual torno definitiva a pena 01 (um) ano de reclusão.

9.6.II. Do regime inicial de cumprimento e da substituição e suspensão da pena

Considerada a pena fixada, é cabível o regime aberto para cumprimento inicial da pena; e possível a substituição, mantenho a prestação de serviço à comunidade, pelo tempo de pena estabelecido.

9.7. Da aplicação da pena à acusada Jurema Wulf:

9.7.1. Da prática do crime de corrupção passiva (art. 317 do CP)

A culpabilidade desborda a normalidade. No caso, fala-se de crime praticado por delegada de polícia, cuja atribuição fundamental é o combate à criminalidade - não como faculdade, mas como dever de ofício. Nesse contexto, a culpabilidade toma corpo, porque dela se exige conduta de extrema retidão, justificando o agravamento da pena diante da prática criminosa (por todos, STJ, HC 163.422/MG, Rel. Min. Jorge Mussi). Não há notícia de antecedentes criminais (fls. 4185-4186). A conduta social e a personalidade não foram apuradas. Os motivos são os ordinários. As circunstâncias e consequências, embora odiosas, não extravasam

o que normalmente se espera da prática criminosa. Não se considera o comportamento da vítima.

Considerada uma circunstância judicial negativa, embora bastante relevante na hipótese, fixo a pena-base em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, mais multa equivalente a 13 (treze) dias-multa. Considerando a condição econômica então ostentada pela acusada, mantenho a fixação do dia-multa em 1/3 de salário mínimo.

Não há agravantes ou atenuantes, mantendo-se inerte a pena na segunda fase.

Incide, de toda sorte, causa especial de aumento de pena (art. 317, § 1.º, do CP), nos termos da fundamentação; também se aplica o aumento previsto no art. 327, § 2.º, do CP, tendo em vista a condição funcional ostentada pela recorrente à época dos fatos (ocupava o cargo de delegada regional), pelo que ordeno o aumento na ordem de 2/3 (1/3 para cada causa) e fixo a pena em 04 (quatro) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, além de multa equivalente a 21 dias-multa.

Observada a continuidade delitiva, conforme bem decantada tanto no voto quanto na sentença, aplico o agravamento em seu grau máximo (2/3), para então determinar a pena final em 07 (sete) anos, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, além de multa no montante de 26 (vinte e seis) dias-multa. mantenho a fixação do dia-multa no equivalente a 1/3 de salário mínimo, considerando a condição financeira então ostentada pela acusada.

Embora a quantidade de pena tecnicamente permita o regime intermediário para cumprimento inicial (o semiaberto), tenho que o caso inspire maior rigor, dada a gravidade das condutas. No mais, não lhes são favoráveis no todo as circunstâncias judiciais, e lhe censuram, também, as circunstâncias particulares do caso, pelo que fixo o regime fechado.

Inviável, de resto, tanto substituição quanto suspensão da pena (arts. 44 e 77 do CP), quer pelo montante aplicado, quer por não figurar recomendável na espécie.

9.7.2. Da prática do crime de advocacia administrativa

A culpabilidade, também aqui, foge o ordinário, dada a particular condição de delegada de polícia. Não se tem registro de antecedentes criminais (fls. 4185-4186). Não foram investigadas a conduta social e a personalidade. Os motivos, conquanto abjetos, são próprios do espécime delitivo. As circunstâncias e consequências, lamentáveis, não refogem os contornos do tipo. Não se cogita do comportamento da vítima.

Considerando o agravamento possível, fixo a pena-base em 05 (cinco) meses de detenção, além de multa no montante de 13 (treze) dias-multa.

Não se observam agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase, no entanto, incide a particular causa de aumento, prevista no art. 327, § 2.º, do CP, equivalente a 1/3, para ordenar a pena final em 8 (oito) meses de detenção, mais multa equivalente a 17 (dezessete) dias-multa. Mantenho a fixação do dia-multa em 1/3 de salário mínimo.

Dadas as circunstâncias, é inviável a substituição da pena; tampouco é recomendável a suspensão (arts. 44 e 77 do CP).

No entanto, considerado o montante de pena, reconheço a prescrição, nos termo do art. 109, VI, e art. 110, § 1.º, do Código Penal. Observo que desde a publicação da sentença, último marco interruptivo (16.10.10, fl. 4443), transcorreram mais de dois anos (prazo que à época dos fatos regulava a prescrição na hipótese).

9.8. Da aplicação da pena à acusada Dilva Dolzan:

9.8.1. Da prática do crime de corrupção passiva (art. 317 do CP)

A culpabilidade exacerba o tipo. Como agente pública, sobretudo por compor as linhas da polícia civil, tem por dever funcional a repreensão criminal, o que agrava sua condição. Não se revelaram antecedentes criminais (fls. 4188-4189). A conduta social e a personalidade não foram objetos de investigação. Os motivos são os ordinários, conquanto lamentáveis. As circunstâncias e consequências, ainda que repulsivas, estão conformes ao tipo. O comportamento da vítima não tem repercussão.

Observada uma circunstância judicial negativa, de considerável relevo no contexto, fixo a pena-base em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, mais multa no montante de 13 (treze) dias-multa. Levando em consideração o cargo ocupado, mantenho a fixação do dia-multa em 1/5 de salário mínimo.

Não há agravantes ou atenuantes; a pena, portanto, mantém-se inalterada na segunda fase.

Incide, por outro lado, a causa prevista no art. 317, § 1.º, do CP), conforme fundamentado no voto. Majoro assim a pena em 1/3 a fixo em 3 (três) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além de multa equivalente a 17 dias-multa.

Observada a continuidade delitiva, conforme bem dedilhada tanto no voto quanto na sentença, aplico o agravamento em seu grau máximo (2/3), para então determinar a pena final em 05 (cinco) anos, 11 (onze) meses e 03 (três) dias de reclusão, além de multa no montante de 28 (vinte e oito) dias-multa.

Neste caso também, a despeito da pena fixada entendo a necessidade e o cabimento de iniciar o cumprimento da pena pelo regime mais gravoso (fechado), consideradas as circunstâncias em se ambientam as condutas, já bem esmiuçadas no voto.

Tenho incabível, ainda, tanto substituição quanto suspensão da pena (arts. 44 e 77 do CP), quer pelo montante aplicado, que por não figure recomendável na espécie.

9.9. Da aplicação da pena ao acusado Édio Nei Dolzan:

9.9.1. Da prática do crime de corrupção passiva (art. 317 do CP)

A culpabilidade é própria. Há registro de antecedentes criminais (fls. 4188-4189), mas que revelam figura própria (agravante), e por isso é medida na fase subsequente. A conduta social e a personalidade não foram apuradas. Os motivos, ainda que reprováveis, não extrapolam o tipo. As circunstâncias e consequências, nada obstante a legítima censura, são comuns. O comportamento da vítima não assume relevo.

Não havendo circurstâncias judiciais negativas, fixo a pena-base em 02 (dois) anos de reclusão, além de multa no montante de 10 (dez) dias-multa. Na falta de dados objetivos mais precisos, revelando eventualmente uma condição econômica confortável, fixo o dia-multa em 1/10 de salário mínimo.

Não há atenuantes cogitáveis, mas a pena merece agravamento em face da reincidência (art. 65, I, do CP), pelo que majoro a pena em 04 (quatro) meses, mantendo o que posto na sentença, e fixo a pena provisória em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Na terceira fase, incide a causa de aumento prevista no art. 317, § 1.º, do CP, equivalente a 1/3. Fixo assim a pena final em 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, mais multa de 13 (treze) dias-multa.

Considerando a reincidência e a gravidade dos delitos, fixo o regime semiaberto para início do cumprimento da reprimenda. Nada obstante a quantidade de pena aplicada, não vislumbro na hipótese ser recomendável a substituição, mas sobretudo porque reincidente (art. 44, II, do CP).

10. Dos efeitos extrapenais das condenações

10.1. Da perda dos bens apreendidos

Os acusados investem ainda contra a pena de perdimento de bens e valores, sob o argumento de que não se fez prova da origem ilícita (bem porque a propriedade de muitos deles antecede o início das investigações).

No entanto, perda de bens observa dinâmica inversa; à exceção de alguma evidência bastante contundente da propriedade pretérita e desvinculada das atividades ilícitas, é sabido que compete ao acusado fazer prova da origem dos bens.

Não se trata, evidentemente, de singelo exercício de presunção da ilicitude; o que se tem em conta é a tentativa, em casos tais, de *purificar* o produto do crime (*producta sceleris*), cuja apuração não pode ser feita por quem acusa simplesmente, bem porque o início da atividade criminosa e da tentativa de lavagem dos ganhos não é algo que se possa precisar.

Logo, o argumento de que a aquisição de muitos bens antecedesse a constatação do ilícito é algo bastante ingênuo; afinal, quando deflagradas as investigações não se observou um negócio em gestação, mas uma

larga estrutura de atividades criminosas, muito bem arranjadas - do que se conclui, facilmente, a longa vida do empreendimento.

Por outro lado, se difícil apontar em investigação que bens foram angariados com algum trabalho lícito, seria, de outro vértice, de fácil apuração pelos acusados, que para tanto precisariam, apenas, declarar o nascedouro. Houve oportunidade, inclusive (os bens foram apreendidos há muito), mas que foi sumamente ignorada. Por outro lado, e por fim, a vertiginosa movimentação financeira do negócio não exige redobrada reflexão para que se conclua que considerável parte dos lucros eram vertidos em bens, na tentativa pouco sofisticada (conquanto comum) de conferir algum verniz de licitude ao dinheiro.

Sucede, tal como apontara Bobbio em analogia bastante grosseira, que de espécies animais não defluem flores ou estrelas (*Teoria do ordenamento jurídico*, UNB, 1989, pág. 158 e 159), e provar que os bens que compõem o acervo individual tem origem lícita, nesse contexto, encerra ônus dos acusados. Nenhum deles, no entanto, desnudou alguma fonte, lícita, compatível com suas posses - sejam depósitos bancários, sejam bens imóveis e móveis. Logo, na ausência de provas, a perda é medida que se impõe, e não se cogita, em outro passo, de ofensa ao art. 5.º, LVII, da CR, e art. 239 do CPP.

Observo, por fim, que a perda se deu a partir de liturgia rigorosa, em autos próprios, de livre acesso e contestação pelos acusados. Logo, é imprópria a dedução de irregularidade quanto à utilização de "prova" fabricada fora dos autos principais, pois que se fala em processo correlato. Eis porque não conheço da dedução de contrariedade ao art. 5.º, LIV, LV e LX, da CR, e art. 370, *caput*, do CPP.

10.2. Da perda do cargo

Às acusadas Jurema e Dilva aplicou-se, como efeito secundário, a perda do cargo então ocupado. Pela defesa da acusada Jurema foi cogitada a nulidade da decisão no ponto, por ausência de fundamentação. Definitivamente, não é o caso.

Da sentença, a propósito, consta:

> "Os crimes praticados por tais acusadas, sem exceção, implicam violação de dever para com a Administração Pública. Perceber dinheiro de organização criminosa para facilitar a prática de atividades ilícitas, como exploração de jogo do bicho e outras (Jurema), ou simplesmente embolsar tais quantias tendo conhecimento da origem e da finalidade do pagamento (Dilva), em ambos os casos locupletando-se ilicitamente, mercantilizando o cargo e faltando com o dever de apuração de infrações inerente à Polícia Judiciária, constituem atitudes de quebra de fidelidade funcional avessas à postura exigida na esfera do funcionalismo. Difundir informação sigilosa (Jurema e Dilva) com o objetivo de resguardá-la da atuação de outros órgãos do Estado, também representam menoscabo aos deveres funcionais e aos próprios postulados ético-jurídicos a que submetidos os agentes públicos (lato sensu). A sobreposição de interesses pessoais, quaisquer que sejam eles, aos deveres assumidos como servidores públicos, ainda comum em uma cultura com sentimento republicano não consolidado, adentra em franca colisão com o ordenamento jurídico(art. 1°, caput, da CF) e deve conduzir à perda dos cargos." (fl. 4431).

Seria o bastante para justificar a medida, e bem por isso não se cogitaria de ofensa ao 5.º, XXXV, LIV, LV, o art. 92, II, *b*, e o art. 93, IX, todos da Constituição da República, e arts. 381, III, 382 e 384, do CPP.

Talvez porque a fundamentação tenha por enredo a ética as razões da sentença passaram despercebidas. Convém, quem sabe, frisar, bem porque, não olvido, por vezes o óbvio precisa ser dito.

Todo agente público é, em última análise, uma célula da Administração. Ele a representa; é propriamente a mão do Estado, materializada.

Dele (do agente), por isso, exige-se rigorosamente a retidão da conduta, a imparcialidade e a impessoalidade na condução de seus atos, a alteridade que é a marca do próprio Estado na condição de organismo político.

Nessa perspectiva, toda fissura, toda falha causada pelos seus agentes significa, de algum modo, mesmo que muito fragmentado, a falência do próprio Estado. Quando ocorre algum desvio, é ele, o Estado, em última análise, quem deixa de cumprir o seu papel.

Em nossos dias, em que toda função de Estado é constantemente revisitada, e muito se indaga de sua funcionalidade e necessidade, desvios éticos são ainda menos toleráveis. Quer porque em sua gênese o Estado deve primar pela correção (em nosso caso, como princípio constitucional - art. 37, *caput*), quer porque a ética não é um valor abstrato ou genérico, mas inerente e particularizado em cada grupo e célula é que não se pode indulgentemente suavizar práticas incompatíveis não só com a condição de agente público, mas sobretudo com as razões do próprio Estado.

No caso, em relação às acusadas discutiu-se talvez o que há de mais odioso do ponto de vista ético: a prática desinibida de corrupção, lamentavelmente dirigida não simplesmente à satisfação de algum capricho alheio, mas ao acobertamento de inúmeras atividades ilícitas.

Ambas, ocupando cargos e funções que naturalmente identificam o Estado por uma de suas vocações mais importantes, fizeram-se valer de suas prerrogativas para satisfazer sentimentos particulares, para miseravelmente obter algum ganho em detrimento de suas funções e das atividades para as quais, sob juramento, prometeram defender a sociedade e representar o Estado.

O descaso com a insígnia é terrificante; a impessoalidade deu lugar a um sentimento de cumplicidade com a ilicitude e com seus feitores. Foi então que confundiram-se as sedes públicas com os quintais particulares, e a prática da corrupção tornou-se o pão de cada dia daquele ciclo de relações.

Seria essa prática odiosa em qualquer setor público - não há hipocrisia permitida: nenhum está infenso - mas ele é particularmente lamentável no seio de uma das instituições mais caras à manutenção da vida em sociedade. Se o Estado é em si um exercício de crença, como nos ensinam por séculos entre tantos Aristóteles, Maquiavel, Hobbes e Emmanuel Sieyès, condutas dessa natureza, pela descortinada incompatibilidade com as funções de Estado, fragilizam esse exercício de fé.

Bem porque dissociadas do mínimo de ética e impessoalidade que se exige de um agente público no exercício de suas funções é que a imposição de perda de cargo se impõe. Um plus mínimo, porém de obviedade insofismável, deve ser dito, a ser imposto a quem não honra as valorosas atribuições que ostenta.

Se bem justificada a perda do cargo, há particular questão a ser vista, em face da recorrente Dilva. Ao que sediz, a acusada já teria alcançado a jubilação.

Evidentemente, a perda do cargo não se confunde com a cassação da aposentadoria. Cuida-se, enfim, de institutos distintos - eventualmente, aliás, incompatíveis no regime público - e os efeitos penais são, na ausência de lei, limitados ao cargo ocupado (por razões, ao que se pode inferir, bem evidentes: a incompatibilidade do infrator com o exercício de suas funções). A aposentadoria, por outro lado, que pressupõe requisitos distintos, e ressalvada a condição particular de militares (muito pontuais e específicas), não pode ser alcançada pela decisão penal, sobretudo como efeito automático. Sobre o tema, tem afirmado o STJ:

> "PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. CONDENAÇÃO CRIMINAL. EFEITOS. APOSENTADORIA. CASSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.
>
> 1. A Sexta Turma desta Corte não tem admitido a cassação da aposentadoria como consectário lógico da condenação criminal, em razão de ausência de previsão legal. Precedente.

> 2. Recurso em mandado de segurança a que se dá provimento" (RMS 31.980/ES. Sexta Turma. Rel. Min. Og Fernandes. Decisão de 30.10.12).

Observo, no entanto, que não se fez prova robusta da jubilação. Em razões de recurso chegou-se a mencionar a aposentadoria, ainda em junho de 2008, indicando, inclusive, a publicação do ato (fl. 5245). Mas nada foi juntado como prova.

De toda sorte, é insofismável que a decisão não alcançará a aposentadoria. Logo, nada impede que, se eventualmente houver logrado a jubilação, e venha a ter ameaçada a perda, poderá, sem embargo, opor esta decisão a bem de mantê-la.

11. Do pedido de liberação de bens

Pelos denunciados Walter Pinter, Claudir Odeli e Valdecir Balsanelli (fls. 4815 e segs.) foi requerida a liberação de seus bens, constritados em face da acusação de cooptarem-se com os acusados José, Vinícius e Éverson Wodzinsky com o intuito de ocultarem bens, tanto do patrimônio pessoal quanto destinados a implementação das atividades ilícitas. No entanto, sobreveio sentença de absolvição, e com ela o pedido recursal de liberação dos bens.

O que se tem na prática não é simples pedido de restituição de bens - bem porque para tanto não se exigiria formalidade (Guilherme de Souza Nucci, *Código de Processo Penal comentado, 2008*, RT, p. 130), e a apreciação do requerimento ficaria a cargo do juízo de primeiro grau, a quem cabe, por excelência, os atos de execução.

Observo da sentença que, não obstante a absolvição dos requerentes, foi decretada a perda de todos os bens em favor da União, sem distinção entre condenados e absolvidos (fls. 4429-4430).

Como nenhuma condenação pende em face dos postulantes, a perda de bens não é viável - à exceção, no entanto dos bens supostamente pertencentes a Claudir Odeli, já que motocicletas apreendidas em seu nome estavam a serviço da empresa constituída para o fim de assegurar a coleta de apostas (a Vinex). Como não se fez prova da propriedade lícita, e fica visível a fragilidade da propriedade (visto o contexto em que as motocicletas foram apreendidas), seus bens permanecem constritados.

Por outro lado, não conheço do pedido formulado em nome de Luciani Wodzinsky, com o mesmo fim. O petitório é articulado isoladamente, pela defesa dos recorrentes José, Vinícius e Éverson Wodzinsky, cujo patrocínio não alcança a denunciada Luciani Wodzinsky (esta tem procurador próprio, distinto). E, considerando que se cuida objetivamente de direito disponível - renunciável, então por excelência - não há razão para que se conheça de pretensão formulada por terceiro em seu favor, sem representação. Deve-se, enfim, respeitar a resignação da denunciada.

IV - Dispositivo

Isso posto, conheço em parte os recursos interpostos, e dou parcial provimento aos apelos para:

1) Absolver as recorrentes Jurema Wulf e Dilva Dolzan da acusação da prática de falsidade ideológica, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal;

2) Excluir a condenação imposta às recorrentes Jurema Wulf e Dilva Dolzan em razão das acusações de prevaricação e quebra de sigilo profissional, em face do reconhecimento da absorção pela prática de corrupção passiva;

3) Declarar a prescrição, em face da condenação imposta aos acusados Vinícius Wodzinsky e Éverson Fernando Wodzinsky, pela prática da contravenção de "jogo do bicho";

4) Reconhecer de ofício a prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa, em favor dos acusados José Wodzinsky e Lídio Ceppli, em face da condenação pela prática contravencional de "jogo do bicho";

5) Reconhecer de ofício a prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa, em favor dos acusados José Wodzinsky, Vinícius Wodzinsky, Éverson Fernando Wodzinsky, Sílvio Antonio Sutil de Oliveira e Rubens Alcarria Junior, em face da condenação pela prática de crime contra a economia popular (estelionato coletivo);

6) Reconhecer de ofício a prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa, em favor da acusada Jurema Wulf, em razão da condenação imposta pela prática de advocacia administrativa;

7) Condenar o acusado José Wodzinsky à pena de 07 (sete) anos, 06 seis meses e 16 dias de reclusão, mais multa equivalente a 21 (vinte e um) dias-multa, pela prática de corrupção ativa e crime de quadrilha ou bando. A pena será inicialmente cumprida no regime fechado;

8) Condenar o acusado Vinícius José Wodzinsky à pena de 06 (seis) anos, 11 (onze) meses e 03 dias de reclusão, e multa de 23 (vinte e três) dias-multa, pela pratica dos crimes de corrupção ativa e crime de quadrilha ou bando. A pena será cumprida inicialmente em regime fechado;

9) Condenar o acusado Éverson Fernando Wodzinsky à pena de 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 06 (seis) dias de reclusão, e multa equivalen-

te a 21 (vinte e um) dias-multa, pela prática de corrupção passiva e pelo crime de quadrilha ou bando. O cumprimento inicial se dará em regime semiaberto;

10) Condenar o acusado Lídio Ceppli à pena de 05 (cinco) anos e 08 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de multa de 19 (dezenove) dias-multa, pela prática de corrupção passiva e do crime de quadrilha ou bando. A pena deverá ser cumprida inicialmente no regime semiaberto;

11) Condenar o acusado Sílvio Antonio Sutil de Oliveira à pena de 01 (um) ano de reclusão, pela prática do crime de formação de quadrilha, a ser cumprida inicialmente no regime aberto. Converto a penalidade em prestação de serviço à comunidade, à razão de uma hora de trabalho por dia de condenação, nos termos a serem fixados pelo juízo da execução;

12) Condenar o acusado Rubens Alcarria Junior à pena de 01 (um) ano de reclusão, pela prática do crime de formação de quadrilha, a ser cumprida em regime aberto. Converto a penalidade em prestação de serviço à comunidade, à razão de uma hora de trabalho por dia de condenação, nos termos a serem fixados pelo juízo da execução;

13) Condenar a acusada Jurema Wulf à pena de 07 (sete) anos, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, além de multa no montante de 26 (vinte e seis) dias-multa, pela prática do crime de corrupção ativa. A pena deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado;

14) Condenar a acusada Dilva Dolzan à pena de 05 (cinco) anos, 11 (onze) meses e 03 (três) dias de reclusão, além de multa equivalente a 28 (vinte e oito) dias multa, pela prática de corrupção ativa. A pena deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado;

15) Condenar o acusado Édio Nei Dolzan à pena de 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, além de multa equivalente a

13 (treze) dias multa, pela prática de corrupção ativa. A pena deverá ser cumprida inicialmente no regime semiaberto.

16) Determinar a perda do cargo então ocupado pelas acusadas Jurema Wulf e Dilva Dolzan, sem alcançar a eventual jubilação;

17) Determinar a perda dos bens sequestrados e a liberação daqueles pertencentes aos acusados absolvidos, nos termos do voto.

É como voto.

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.089297-4, de São Bento do Sul

Relator: Des. Volnei Celso Tomazini

APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. CRIME DE HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO E CRIME DE TORTURA. SENTENÇA QUE CONDENOU O RÉU E ABSOLVEU A ACUSADA.

RECURSO DO RÉU. SUSCITADA NULIDADE EM RAZÃO DO CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA, CONTUDO, QUE NÃO FOI ATACADA PELO RECURSO CABÍVEL. MAGISTRADO QUE FUNDAMENTOU DEVIDAMENTE O DECISUM. AINDA, PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DE TESTEMUNHA, QUE NÃO PRESENCIOU OS FATOS, NEGADO PELO JUÍZO A QUO. DESNECESSIDADE DA OITIVA DA TESTEMUNHA. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ. PRELIMINAR AFASTADA. NULIDADES INEXISTENTES.

RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. PROVAS ACOSTADAS AOS AUTOS QUE SUSTENTAM A TESE DEFENSIVA DE INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO DELIBERADA PELA MÃE DA VÍTIMA DO HOMICÍDIO. VERSÃO ACOLHIDA PELO CONSELHO DE SENTENÇA. SOBERANIA DO TRIBUNAL POPULAR (CF/88, ART. 5º, XXXVIII, "C"). ABSOLVIÇÃO DA RÉ QUE DEVE SER MANTIDA. RECURSOS DESPROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.089297-4, da comarca de São Bento do Sul (3ª Vara), em que é apelante L. A. da S. e outro, e apelada S. de F. L. dos S.:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, desprover ambos os recursos. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Ricardo Roesler (Presidente) e Des. Sérgio Rizelo. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Odil José Cota.

Florianópolis, 30 de abril de 2013.

Volnei Celso Tomazi

RELATOR

RELATÓRIO

No Juízo da 3ª Vara da comarca de São Bento do Sul, L. A. da S. e S. de F. L. dos S. foram denunciados como incursos nas sanções penais previstas no art. 121, § 2º, incisos I, II, III e IV, c/c art. 61, inciso II, letras "f" e "h", todos do Código Penal, e art. 1º, inciso II, da Lei n. 9.455/1997, c/c §§ 3º e 4º, inciso II, do mesmo dispositivo legal (L.) e art. 13, § 2º, alínea "a", c/c art. 29, caput, ambos do Código Penal c/c 121, § 2º, incisos I, II, III e IV, c/c art. 61, inciso II, letras "f" e "h", todos do Estatuto Repressor, e art. 1º, inciso II, da Lei n. 9.455/1997, c/c §§ 3º e 4º, inciso II, do mesmo dispositivo legal (S.), pela prática dos fatos assim narrados na exordial acusatória:

> Conforme se extrai do caderno indiciário que embasa esta inaugural, aproximadamente desde outubro de 2010, os ora denunciados L. e S. viviam maritalmente, estando a morar, junto com quatro filhos que S. tivera em relacionamentos anteriores, numa casa situada na [...].
>
> E justamente no interior dessa morada, na tarde de 16 de maio de 2011, o denunciado L., de forma brutal e criminosa, causou prematuramente a morte de sua enteada mais nova, qual seja, a menina A. B. L. de F. de apenas 1 ano e 5 meses de idade.
>
> À ocasião, externando um inequívoco dolo homicida, L., sem deixar à pequena vítima qualquer possibilidade de defesa, literalmente espancou A. B., atacando-a com violentíssimos golpes na região do tronco, além de, dentre outras agressões, tê-la derrubado no chão, apertado seu pescoço, machucado sua face, puxado seus cabelos e jogado-a contra uma cama.
>
> Findado o ataque, e nitidamente para tentar livrar-se da responsabilidade sobre o ocorrido, L. conduziu a vítima ao Corpo de Bombeiros de Campo Alegre, onde solicitou ajuda sob o argumento de que A. B., tão somente, afogara-se com leite e não estava conseguindo respirar.
>
> Ato contínuo, percebendo que a criança já estava sem sinais de vida, o bombeiro responsável pelo dito atendimento levou-a até o hospital local, onde então se constatou que A. B., em razão da conduta de L., veio a óbito, tendo o respectivo Laudo de Exame Cadavérico apontado, como causa da morte, "traumatismo abdominal-anemia aguda".

Cumpre salientar, que a ação homicida do denunciado L. deu-se, basicamente, sob uma dupla e intolerável motivação. Primeiro, em virtude de o denunciado ter se irritado com o fato de a criança ter acordado chorando de seu sono vespertino, o que, por certo, é algo totalmente insignificante para justificar o cometimento de tão odioso crime. Segundo, por L. ter um repugnante sentimento de raiva contra a inocente vítima, derivado do fato de A. B. ser, por óbvio sem ter "culpa" alguma, fruto de um relacionamento anterior de S.

A propósito, a frieza, a falta de piedade humana e a brutalidade demonstradas pelo denunciado ao ceifar a vida da pequena A. B. foram impressionantes.

Além de ter machucado a vítima em outras partes de seu corpinho, L. investiu com tanta violência contra o tronco da menina que, fora as diversas lesões internas e externas observadas no tórax e no abdômen conforme o Laudo de Exame Cadavérico de fls. 50/57, chegou a fraturar duas costelas de A. B., como atesta o Laudo de Exame Complementar de fls. 182/184.

Não bastasse, há que se registrar que parte do ataque fatal foi praticado sob os olhos dos irmãos da vítima chamados L. e K., que presenciaram o agir de L. sem ter como livrar a pequena das "garras" de seu agressor. Aliás, em meio aos pedidos desesperados de L. para que parasse de agredir A. B., o denunciado, sadicamente, "mostrava o dedo do meio para ele" (fl. 140).

2. Entretanto, o homicídio cometido pelo denunciado L. foi apenas o último capítulo de uma história de violência bestial praticada contra A. B., no interior de seu próprio lar.

Na verdade, ainda que sem animus necandi, o denunciado há algum tempo se valia da autoridade de padrasto da menina para, pelos mesmos motivos acima expostos, castigá-la pessoalmente, submetendo-a a intenso sofrimento físico e mental.

Já nos idos de fevereiro de 2011, uma feminina que cuidou por quatro dias de A. B. percebeu sinais visíveis dessa tortura, embora tenha se rendido às explicações de L. de que tudo fora fruto de acidentes domésticos acontecidos com a menina.

Com efeito, a cada dia que tinha contato com a criança, a dita feminina, de nome S. de J. T. dos S. F., encontrava no corpo de A. B. uma nova

lesão, valendo ressaltar que chegou a ver a menina "com os dois olhos roxos", com "alguns hematomas" nos braços, com "mordidas em região próxima a mão", com "uma parte alta", tipo galo, em região de couro cabeludo próximo a testa e com "um coágulo bem mole, mas não de sangue" próximo à nuca (fl. 156).

Não bastasse, em data posterior, o denunciado agrediu violentamente a perna esquerda de A. B., provocando a fratura em região proximal da tíbia acusada pericialmente à fl. 51 e que, também pericialmente, foi diagnosticada como típica de "abuso infantil (Criança Espancada)".

Próximo do dia 1º de maio de 2011, L. investiu contra a indefesa vítima a ponto de causar-lhe uma "fratura da ulna e do rádio esquerdo (antebraço)" (fl. 51), que por perícia foi reconhecida como característica de "abuso infantil" (criança espancada)" (fl. 183).

No dia 11 de maio de 2011, o denunciado, de maneira desumana, queimou os dedos polegar e mínimo da mão direita da menina em um fogão que guarnecia a residência, daí advindo à vítima uma "lesão abrasiva com perda de substância e solução de continuidade da pele em 1º dedo da mão direita" e um "ferimento acometendo mais de 50% do 5º dedo da mão direita" (fl. 50).

Tudo isso, sem contar outras diversas agressões que L. levou a efeito contra A. B., como pisões propositais nos dedos dos pés da criança, tapas e chutes pelo corpo.

3. E urge salientar que, seja no que concerne à tortura, seja no concerne ao homicídio alhures noticiado, o denunciado L. sempre contou com uma colaboração imprescindível, representada pela criminosa e inaceitável omissão da co-denunciada S., que por ser mãe de A. B. e com ela conviver, devia e podia agir para evitar as atrocidades que aconteceram com sua filha, mas para proteger seu amásio, propositadamente, nunca tomou qualquer atitude nesse sentido.

As lesões praticadas por L. eram freqüentes, variadas e em diversas regiões do corpo, tanto que o laudo de fls. 50/52 identifica A. B. como vítima da "Síndrome da Criança Espancada".

E nesse contexto, é óbvio que Sirlei percebia que sua pequena estava sendo agredida pelo padrasto, porém, ao invés de fazer algo para que as agressões cessassem, ainda inventava versões inverídicas para justificar os machucados provocados por L. em A. B..

> Acerca do crime de homicídio, cabe salientar que, cerca de um mês antes do fato, S. tirou A. B. de uma creche que a menina frequentava desde meados de fevereiro (fls. 61/62), deixando-a, sobretudo a partir do final do mês de abril, sob os "cuidados" quase que exclusivos do co-denunciado L.
>
> Desde então, as sevícias só aumentaram e era perceptível que a agressividade de L. rumava para o dolo homicida.
>
> Mas mesmo assim, S., dolosamente, manteve-se omissa, colaborando de maneira criminosa para o delito contra a vida cometido por L. (fls. I-V).

Concluída a fase do *judicium accusationis*, ambos os réus foram pronunciados. Entretanto, a decisão de pronúncia reconheceu inexistente, em relação ao réu L., a qualificadora do motivo torpe e a qualificadora do resultado morte no crime de tortura. Em relação à ré S., o decisum retirou as mesmas qualificadoras, além de entender inexistente a qualificadora do motivo fútil.

Após, os réus foram levados a julgamento perante o Tribunal do Júri. O réu L. foi condenado à pena de vinte e cinco anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, por infração ao art. 121, § 2º, incisos II, III e IV, do Código Penal, c/c art. 1º, inciso II, e § 4º, II da Lei n. 9.455/1997, em concurso material. De outro norte, a ré S. de F. dos S. foi absolvida do cometimento dos crimes tipificados no art. 121, § 2º, inciso III e IV e 4ª do Código Penal, e art. 1º, inciso II, da Lei n. 9.455/1997, com fulcro no art. 386, inciso VIII, do Código de Processo Penal.

O Ministério Público apelou, alegando, em síntese, que a absolvição de S. foi manifestamente contrária à prova dos autos, razão pela qual pleiteou a anulação do Júri e um novo julgamento em relação à ré.

A defesa, por sua vez, em sede de apelação criminal, pugnou pela anulação do júri em virtude da existência de nulidade processual, o que implicou no cerceamento de defesa do réu.

Vertidas as contrarrazões por ambas as partes, os autos ascenderam a esta Corte para julgamento.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto Speck, que opinou pelo desprovimento do recurso do réu e pelo provimento do recurso ministerial.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos pelo Ministério Público e pela defesa, em razão da sentença que condenou o réu L. à pena de vinte e cinco anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, por infração ao art. 121, § 2º, incisos II, III e IV, do Código Penal, c/c art. 1º, inciso II, e § 4º, II da Lei n. 9.455/1997, em concurso material e, de outro norte, absolveu a ré S. de F. dos S. pelo cometimento dos crimes tipificados no art. 121, § 2º, inciso III e IV e 4ª do Código Penal, e art. 1º, inciso II, da Lei n. 9.455/1997, com fulcro no art. 386, inciso VIII, do Código de Processo Penal.

Conforme consta dos autos, o apelante L. torturava sua enteada A. B., de apenas 1 ano de idade, com socos, tapas, queimaduras, pisões, chutes, tudo conforme laudos juntados aos autos.

Extrai-se dos autos, também, que no dia 16 de maio de 2011, após levar sua companheira e seu enteado ao ponto de ônibus, retornou à sua casa, onde estava a vítima, sob os cuidados da babá. Em seguida, dispensou a cuidadora e, então, deu início às agressões contra a criança, com chutes e socos, chegando a quebrar uma costela da vítima, que começou a vomitar, depois de lhe ter sido dada a mamadeira. O réu, então, levou a ofendida ao Corpo de Bombeiros, que encaminharam a criança para o hospital, porém já sem vida.

Segundo afirma o órgão ministerial, a acusada S. deve ser submetida a novo julgamento perante o Tribunal do Júri, porquanto a decisão teria sido manifestamente contrária à prova dos autos.

O réu, por sua vez, suscitou a existência de nulidade processual antes da sessão de julgamento, que acarretou o cerceamento de defesa, de modo que pugnou pela anulação do júri.

Pois bem.

Recurso do réu

Inicialmente, não merece amparo a preliminar de cerceamento de defesa aventada pelo réu em face do indeferimento da realização da oitiva do réu com uso de "detector de mentiras" e a juntada do referido laudo.

Isso porque "sabe-se que o juiz é o destinatário das provas, as quais se prestam ao seu convencimento, de modo a estar sob a sua discricionariedade o afastamento fundamentado de provas que julgar protelatórias ou desnecessárias, conforme dicção do §1º do art. 400 do CPP" (ACrim (Réu Preso) n. 2009.021636-3, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. em 13.12.2010).

E, de acordo com os ensinamentos de Guilherme Nucci:

> "Não há que se deferir a realização de qualquer espécie de prova considerada irrelevante (desnecessária para a apuração da verdade relacionada à imputação), impertinente (desviada do foco principal da causa, embora possa ser importante para outros fins) ou protelatória (repetida ou já demonstrada por outras provas anteriormente produzidas" (*Código de Processo Penal Comentado.* 10ª ed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 774).

No presente caso, o Sentenciante fundamentou o indeferimento da medida por entender desnecessária e protelatória a sua realização, e ainda, por questionar a validade científica do detector de mentiras, além de afirmar que o exame não é comprovadamente eficaz (fls. 355-357 e 576-577).

Frise-se, das duas vezes em que a defesa requereu a realização da prova, o pedido foi indeferido e não houve nenhum recurso por parte do acusado.

Na terceira ocasião, a defesa do réu requereu a juntada de prova unilateralmente confeccionada, de modo que o órgão ministerial pleiteou o desentranhamento dos referidos documentos. Desta última decisão que determinou o desentranhamento, o réu apelou, cujo processamento foi denegado, em razão de que a decisão deveria ter sido atacada por meio de recurso em sentido estrito e não apelação.

Assim, porque operada a destempo, a pretensão foi abarcada pelos efeitos da preclusão.

Acerca do tema, já decidiu esta Câmara:

> PROCESSUAL PENAL - INSTRUÇÃO - INDEFERIMENTO PARA OUVIDA DE TESTEMUNHA ARROLADA INOPORTUNAMENTE - INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA - PRECLUSÃO. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO - FURTOS - TENTADO E CONSUMADO - CONTINUIDADE DELITIVA - RELATOS DAS VÍTIMAS, CONFORTADOS PELAS PALAVRAS DE POLICIAL QUE EFETUOU A PRISÃO DO AGENTE - RECONHECIMENTO PESSOAL -RES FURTIVA ENCONTRADA EM PODER DO RÉU - PROVAS SUFICIENTES PARA EMBASAR O DECRETO CONDENATÓRIO - DECISÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. (Ap. Crim. N. 2006.008107-7, da Capital, Rel. Irineu João da Silva, julgado em 18.4.2006 – grifou-se)

Assim sendo, não se pode falar de ocorrência de nulidade, tendo em vista que cabia à defesa a interposição de recurso correto no momento oportuno, o que não fez.

Aduziu o recorrente, também, que houve nulidade na decisão que indeferiu o pedido de substituição de uma testemunha de defesa. A defesa pugnou pela substituição de uma testemunha, que não foi encontrada, pelo operador do "detector de mentiras".

Contudo, não se verifica, no presente caso, a necessidade de trazer aos autos quem operou a máquina de "detector de mentiras", se esse mesmo exame, produzido unilateralmente, sem o crivo do contraditório, foi desentranhado destes autos. Veja-se:

> [...] indefiro, pela terceira vez, pelos mesmos argumentos expostos à fl. 355-357 e 576-577, sem mais delongas, a juntada da "perícia em tecnologia em análise de voz", ordenando assim o desentranhamento dos documentos de fls. 640-665 (art. 157 do CPP) [...] (fl. 764).

Utiliza-se, portanto, o mesmo argumento anteriormente exposto, ou seja, ao juiz é dado o poder discricionário para decidir acerca da necessidade da produção da prova requerida pela parte.

Demais disso, cabia à defesa recorrer no momento oportuno, quando a prova foi indeferida, a fim de demonstrar o seu prejuízo, o que não foi feito.

Desse modo, afasta-se o pedido de reconhecimento de nulidade suscitado pelo réu, razão pela qual se nega provimento ao recurso.

Recurso do Ministério Público

De acordo com o que sustenta o Ministério Público, a sentença absolutória em relação à ré S. deve ser anulada, de modo a determinar a realização de um novo julgamento, por ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Cediço que é cabível o recurso de apelação contra decisão proferida pelo Tribunal do Júri, desde que se adeque a uma das hipóteses contidas no art. 593, inciso III do Código de Processo Penal, *in verbis*:

> Art. 593. Caberá apelação, no prazo de 5 (cinco) dias:
>
> III – das decisões do Tribunal do Júri, quando:
>
> A) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;
>
> B) for a sentença do juiz presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;
>
> C) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança;
>
> D) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

No presente caso, fundamenta-se o recurso com base na alínea d do dispositivo em comento, ou seja, decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Assim, verifica-se que o exame por este juízo *ad quem* está estritamente vinculado à análise da possibilidade de o veredicto ter sido totalmente contrário à prova dos autos, de modo que não cabe a esta Corte a verificação de qual das teses, acusação ou defesa, seja a mais convincente, pois a escolha cabe exclusivamente aos Jurados.

Nos dizeres de Fernando Capez:

> [...] contrária à prova dos autos é a decisão que não encontra amparo em nenhum elemento de convicção colhido sobre o crivo do contraditório. Não é o caso de condenação que se apoia em versão mais fraca (RT, 562/442) (Curso de Processo Penal, Saraiva, São Paulo, p. 758).

Ainda, conforme leciona Eugênio Pacelli de Oliveira

> [...] o aludido dispositivo deve ser interpretado como regra excepcionalíssima, cabível somente quando não houver, ao senso comum, material probatório suficiente para sustentar a decisão dos jurados (Curso de Processo Penal, 14ª edição, Lumen Juris, Rio de Janeiro, p. 813).

Ou seja, permite-se a anulação com base nesse argumento, quando houver uma contrariedade explícita da decisão com o contexto probatório, o que não ocorreu no caso dos autos.

Na hipótese, não possui fundamento o reclamo ministerial, uma vez que, da análise do conteúdo fático-probatório apresentado, verifica-se a consonância entre a decisão dos jurados e os elementos colacionados aos autos.

Explica-se.

De início, cumpre destacar que a responsabilização criminal perquirida pelo Ministério Público em relação à ré S. reside no fato de que ela teria se omitido nos cuidados com sua filha, de modo que esta acabou sendo vítima de atos de violência que culminaram na sua morte, provocados pelo corréu L., companheiro da acusada.

Em relação à conduta omissiva e sua punição, o Código Penal assim dispõe:

> Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. [...]
>
> § 2º. A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e poderia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:
>
> a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
>
> b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
>
> c) com o seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Sobre o tema, Fernando Capez leciona:

> A omissão penalmente relevante é a constituída de dois elementos: o *non facere* (não fez) e o *quod debetur* (aquilo que tinha o dever jurídico de fazer). Não basta, portanto, o "não fazer", sendo preciso que, no caso concreto, haja uma norma determinando o que devia ser feito. Só dessa forma o comportamento omissivo assuma relevância perante o Direito Penal. A omissão é, assim, um "não fazer o que devia ser feito" [...] para que a omissão tenha relevância causal (por presunção legal), há necessidade de uma norma impondo, na hipótese concreta, o dever jurídico de agir. Só aí pode-se falar em responsabilização do omitente pelo resultado. [...]
>
> Como se nota, a omissão não é "um fazer", nem simplesmente "um não fazer", mas um não fazer o que concretamente podia e devia ser feito, de acordo com o procedimento que uma pessoa normal teria naquela mesma situação, que é o previsto na norma. [...]
>
> Nosso Código penal prevê três hipóteses em que estará presente o dever jurídico: a) quando houver determinação específica prevista em lei (dever legal); b) quando o omitente tiver assumido por qualquer outro modo a obrigação de agir (dever do garantidor); c) e quando o omitente, com seu comportamento anterior, criou o risco para a produção do resultado, o qual não impediu (dever por ingerência na norma). Ao contrário de outros sistemas, em que se deixa ao livre-arbítrio do juiz a análise, em cada caso concreto, acerca da presença de um dever moral de ação, o nosso Código optou por limitar os casos de dever de agir, tomando, contudo, o cuidado de não o limitar a um simples dever legal (in: Curso de direito penal: parte geral. v. 1. 15., São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 164-165).

Portanto, responderá por omissão aquele que tem o dever de cuidado, como é o caso dos pais em relação aos filhos.

Feitas essas considerações acerca da omissão, examinam-se as provas amealhadas nos autos no intuito de verificar se a decisão dos jurados, que absolveu a ré S. de F. L. dos S., foi manifestamente contrária à prova dos autos.

Cumpre destacar que o réu L. dos S. confessou a prática do crime na fase policial:

[...] que o declarante na data de hoje, estava em sua residência juntamente com sua companheira S. e os filhos dela (J. L., L., C., A. B.); que por volta das 14h o declarante saiu de sua residência juntamente com S. e J. L., para os levarem até o ponto de ônibus; que esclarece que S. e J. L. iriam para Jaraguá do Sul; que neste deslocamento o declarante deixou A. B., C. e L. F. com a M., sobrinha de S.; que esclarece que A. B. já estava dormindo uma vez que havia almoçado e mamado; que S. foi responsável pela alimentação da criança; que logo que o declarante retornou M. deixou A. B. aos cuidados do declarante; que por volta das 15h, enquanto L. foi dormir e, C. estava assistindo televisão, A. B. acordou chorando; que ao ouvir tal choro, o declarante ficou descontrolado e desferiu vários tapas no abdômen de A. B.; que esclarece que cessou a agressão quando A. B. parou de chorar, pois ficou inerte e somente olhando para o declarante; que então o declarante deu mamadeira novamente para A. B.; que A. B. começou a vomitar; que então o declarante interveio limpando os resíduos da boca e chorava, com uma respiração difícil; que o declarante acordou L. e chamou C. para todos irem juntos até o bombeiro; que chegando no corpo de bombeiros o declarante chamou pelo sargento informando que A. B. estaria afogada em seu próprio vômito e que necessitava de ajuda; que o bombeiro ao ver tal fato de imediato a colocou no interior da viatura e se deslocaram até o hospital; que o declarante em razão de aguardar A. B. ser atendida, resolveu ir até em casa deixando os outros filhos aos cuidados da tia da S.; que ao retornar ao hospital o declarante foi abordado por E. que lhe fez diversos questionamentos; que momentos depois o declarante foi conduzido até a Delegacia de Polícia de Campo Alegre para os devidos esclarecimentos; [...] que em conversa o declarante acabou esclarecendo todas as marcas que detinha no corpo de A. B.; que afirmou que as lesões no polegar e no dedo mínimo de A. B. foram feitas por queimaduras junto do fogareiro do fogão; que esclarece que quando A. B. chorava o declarante acendia o fogo, esperava esquentar e colocava os dedos de A. B. para queimar; perguntado se tal atitude se repetia com frequência, repetiu que o fez por duas vezes, cada uma delas com um dedo diferente; que praticava tal conduta no intento de fazer A. B. parar de chorar; que costumava também espancar com chinelo o abdômen de A. B., justificando assim as manchas naquele local; que quanto as lesões nos dedos do pé, o declarante esclarece que eram feitas por pisões nos dedos de A. B.; que quanto as marcas nas pernas o declarante afirma que há cerca de dois dias acabou dando vários tapas com força nas pernas de A. B.; que todas as lesões detinham

> o fim de fazer com que A. B. parasse de chorar; que esclarece que sua raiva às vezes eram motivadas por ciúmes de A. B. ser filha de outro relacionamento de S.; [...] (fl. 37-37v.).

Contudo, durante o Plenário do Júri, negou que tivesse sido ele o autor do crime. Sobre o dia dos fatos, afirmou que ao chegar em casa, a A. B. estava dormindo, depois de ter tomado a mamadeira. Nesse momento, enquanto estava na cozinha fazendo o café, o C. chegou gritando, dizendo que A. B. estava se afogando. Foi então que viu o nenê cheio de vômito e decidiu levá-la até o corpo de bombeiros. Não soube explicar porque não levou ao hospital. Disse que não percebeu que ela estava sem sinal vital. Os bombeiros levaram a vítima até o hospital. Ainda, sustentou que confessou o crime para o Delegado de Polícia, porque foi ameaçado de que seria espancado (CD fl. 1106).

J. L., filho mais velho da ré e irmão da vítima, asseverou que L. contava que A. B. se machucava sozinha e eles acreditavam. Acrescentou que a mãe nunca autorizou L. a repreender ou bater em seus filhos. Ainda, confirmou a história apresentada pela mãe, acerca da queda do banheiro que ocasionou na lesão no braço de A. B.

L., segundo filho da acusada, que tem deficiência auditiva e não fala, quando indagado em juízo, através de intérprete, confirmou as agressões a que sua irmã era submetida por L. (CD fl. 324).

A testemunha protegida n. 1, afirmou na fase judicial:

> [...] que afirma residir próximo a casa de S. e indagada afirma que frequentemente ouvia A. B. chorando, somente percebia tal situação quando L. deixava de ligar o som da residência em volume extremamente alto; que, esclarece que tal som era realmente em volume alto, o que com certeza impediria que se ouvisse qualquer grito ou choro da criança; que sempre ouvia dizer que as lesões de A. B. eram causadas por quedas freqüentes, desculpa essa sempre proferida por S.; que acredita que não há como S. não ter tido conhecimento dos ferimentos de A. B., bem como de sua causa real; [...] (fl. 270).

A acusada S., por sua vez, salienta que não percebeu as lesões na filha. A ré declarou perante à autoridade policial:

> [...] que a interrogada relata que há aproximadamente 9 meses convive com L. na mesma casa e afirma que não sabia que este estaria maltratando sua filha A.; que L. demonstrava ser um bom pai e a interrogada confiava nele, que apenas notava que L. falava em tom alto; que em relação às agressões sofridas por A., relata não ter percebido que sua filha estaria sendo agredida, pois trabalhava fora e quase não ficava em casa; que quando chegava do trabalho não percebia as agressões; que houve uma queda da interrogada com A. e que a criança estava com a perna inchada, mas soube que foi o braço da menina que quebrou; [...] que não percebeu a interroganda que sua filha A. trazia marcas no corpo antes da queda que sofreu com a filha no banheiro, que A. apenas chorava; que sobre seu filho L., afirma que este teria lhe feito um gesto que ela não conseguia compreender acenando com as mãos, que não foi informada pelo filho das agressões pois afirma que não entende os gestos que seu filho faz para se comunicar; relata que viu L. fazer um gesto para L. com o dedo, dizendo você vai ver; [...] que sobre as queimaduras de A. nos dedos da mão dia 11.05.2011, relata ter percebido o dedo machucado e soube por L. que a menina havia apertado na porta e juntamente com L. faziam curativos; que não percebeu que a marca fosse de uma queimadura, mas a pele estava arrancada; que acreditava sempre no que L. lhe dizia mas relata não saber distinguir uma lesão de queimadura de uma lesão de ferimento causado por uma porta; que sobre uma ferida no dedo de A. relata não ter percebido que a criança estava com os dedos queimados; que relata a interroganda ter notado uma marca de mordida na filha e que C. e L. disseram que foi C. quem fez isso; [...] que todas as pessoas que cuidavam de A. disseram para a interroganda que quando L. chegava para pegar ela a menina chorava e L. respondeu que era manha da menina; que perguntou para ele porque a criança demonstrava ter medo dele, L. dizia que ela era manhosa, acreditava em tudo que L. lhe dizia; que achava que as marcas roxas seriam das crises de convulsão que A. estava sofrendo; [...] afirma ter sido a interroganda indagada por S. juntamente com L. sobre o fato de que A. estava com os olhos roxos, e L. lhe disse que a criança havia batido na parede e novamente acreditou em L.; [...] (fls. 160-163).

Ressalte-se, quando ouvida na sessão de julgamento, reiterou as declarações prestadas à polícia e durante a fase de pronúncia. Afirmou que

não imaginava que seu companheiro maltratava a filha e disse que ele a tratava bem quando estava perto da acusada. Ainda, que quando a criança chorava, ela pensava que fosse de saudade dela, porque S. chegava em casa somente depois da meia-noite. Questionada sobre as lesões em sua filha, afirmou que quando a levou no posto médico, em razão das convulsões que a menina tinha sofrido, o médico lhe disse que a criança poderia ter epilepsia, e que algumas manchas roxas poderiam aparecer. Confirmou, ainda, que a mancha roxa nas costas é marca de nascença. Reiterou a versão de que caiu com a filha no banheiro, quando a menina quebrou o bracinho (CD fl. 1106).

Em que pese a existência de depoimentos testemunhais que dão conta de que S. sabia das agressões cometidas por L. e, ciente da violência sofrida por sua filha, se omitiu, verifica-se que os jurados optaram pela versão da ré, de que não fazia idéia do que estava acontecendo.

Diante das provas testemunhais, é possível observar que não há dissonância entre a prova colacionada ao processo e o veredicto proferido pelo Conselho de Sentença. Isso porque os jurados elegeram a versão para o fato que entenderam mais plausível, especialmente no que diz respeito à ausência de omissão dolosa por parte da mãe da vítima.

Sendo assim, a manutenção da decisão é medida que se impõe, porquanto outra interpretação corresponderia em verdadeira ofensa à soberania dos veredictos, que é assegurada pela Constituição Federal, de modo que não se justifica a desconstituição da sentença emanada dos jurados que acolhe uma das teses ventiladas.

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> "PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO. PRETENDIDA ANULAÇÃO DO JULGAMENTO COM FUNDAMENTO NO ART. 593, III, D, DO CPP. ALEGAÇÃO DE QUE A DECISÃO FORA CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS AFASTADA PELO TRIBUNAL A QUO.

> EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS DE PROVA QUE AMPARARAM A OPÇÃO DO JÚRI POPULAR POR UMA DAS VERSÕES APRESENTADAS. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. VIA IMPRÓPRIA. ORDEM DENEGADA.
>
> A anulação do julgamento pelo Tribunal do Júri sob o fundamento previsto no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal exige que o veredicto atente contra as evidências dos autos, revelando-se incoerente e arbitrário, sem nenhum respaldo no conjunto probatório" (HC n. 69567/DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, j. 14.6.07).

Conforme se extrai da jurisprudência desta Corte:

> [...] Muito embora o Código de Processo Penal estabeleça a possibilidade de interposição de recurso de apelação sob fundamento de decisão manifestamente contrária à prova dos autos (CP, art. 593, III, "d"), sem que se incorra em violação ao princípio constitucional da soberania dos veredictos (CF/88, art. 5º, XXXVIII), tal argumento somente se justifica quando a decisão do conselho de sentença se encontrar em total dissonância com o contexto probatório, o que não ocorre na hipótese de constar nos autos mais de uma versão a ser conferida aos elementos de prova, vindo os jurados a optar por uma delas que, ao seu ver, representa maior plausibilidade. (Apelação Criminal n.2011.048404-2, de Chapecó, Relatora: Desa. Salete Silva Sommariva, j. 19.12.2011).

Destarte, não há falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos, como pretende a acusação, de modo que se mantém a absolvição da ré S. de F. L. dos S.

É o voto.

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

HABEAS CORPUS

Habeas Corpus n. 2013.026843-7, de Correia Pinto

Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho

HABEAS CORPUS – PRISÃO PREVENTIVA – CRIMES DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA, FALSIDADE IDEOLÓGICA E PECULATO – VEREADORES QUE, EM TESE, FALSIFICARAM NOTAS FISCAIS REFERENTES A HOSPEDAGENS NÃO REALIZADAS E APROPRIAM-SE INDEVIDAMENTE DE DINHEIRO PÚBLICO – OPERAÇÃO CONHECIDA COMO "FARRA DAS DIÁRIAS" – PRISÃO FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E NA GARANTIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – HIPÓTESES QUE, NO CASO CONCRETO, CORRESPONDEM ÀS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO, CONSISTENTES EM AFASTAMENTO DO CARGO E PROIBIÇÃO DE ACESSO À CASA LEGISLATIVA – SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA EXTREMA – IMPOSIÇÃO, ADEMAIS, DE FIANÇA QUE SE FAZ NECESSÁRIA – AVALIAÇÃO DA PERICULOSIDADE DOS PACIENTES, DAS REITERADAS INFRAÇÕES, DO DESCASO COM A COISA PÚBLICA, DAS CONDIÇÕES FINANCEIRAS DE CADA UM E DO VALOR DO DANO CAUSADO AO ERÁRIO,

PARA FINS DE VALORAR A FIANÇA – AGENTES FORAGIDOS – CONDIÇÃO NÃO ANALISADA PELO JUÍZO *A QUO* – DETERMINAÇÃO, PORTANTO, PARA QUE SE APRESENTEM EM 24 (VINTE E QUATRO) HORAS, SOB PENA DE REVERTER A MEDIDA EM PRISÃO PREVENTIVA – COMPARECIMENTO QUINZENAL EM JUÍZO E PROIBIÇÃO DE SE AUSENTAREM DA COMARCA, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – PEDIDO DE ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2013.026843-7, da comarca de Correia Pinto (Vara Única), em que é impetrante Odir Marin Filho, e paciente Amauri Fracaro e outros:

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conceder parcialmente a ordem para substituir a prisão preventiva pelas seguintes medidas cautelares: a) suspensão do exercício de função pública; b) proibição de acesso às dependências da Câmara Legislativa; c) pagamento de fiança nos valores assim fixados: Claudemir, no valor de 22 (vinte e dois) salários mínimos; Horácio, no total de 20 (vinte) salários mínimos; Amauri, em 4 (quatro) salários mínimos; Daniel, em 2 (dois) salários mínimos. Considerando que todos os pacientes estão foragidos e que essa condição não foi analisada pelo Juízo *a quo* - nem mesmo por ocasião do indeferimento da revogação da prisão preventiva -, Amauri, Claudemir, Daniel e Horácio devem se apresentar no Juízo de Correia Pinto em 24 (vinte e quatro) horas para ficarem cientes das condições da medida, que será levada a termo pelo Magistrado, sob pena de, se ultrapassado tal prazo, ser restabelecida a prisão preventiva. Na mesma ocasião, cada um informará o endereço no qual poderá ser encontrado; d) comparecimento quinzenal

em Juízo, para que justifiquem suas atividades; e) somente poderão se ausentar da comarca mediante autorização do Magistrado de primeiro grau.

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. Gercino Gerson Gomes Neto.

Florianópolis, 14 de maio de 2013.

Moacyr de Moraes Lima Filho

RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de Amauri Fracaro, Claudemir Pereira dos Santos, Daniel Angelo dos Santos Souza e Horácio Morais, ao argumento de estarem a sofrer constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da Vara Única da comarca de Correia Pinto.

Em linhas gerais, discorre que os pacientes foram denunciados como incursos nas sanções dos arts. 299, par. único, 312 e 288, todos do Código Penal, tendo-lhes sido decretada a prisão preventiva.

Sustenta, porém, que tal decisão carece de fundamentação concreta nos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, motivo pelo qual postula a concessão do pedido de ordem, a fim de que seja revogada a medida extrema (fls. 2/24).

Indeferida a liminar (fls. 223/224) e prestadas as informações (fls. 227/228), a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr.

Gercino Gerson Gomes Neto, manifesta-se pela denegação do *writ* (fls. 268/278).

VOTO

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em favor de Amauri Fracaro, Claudemir Pereira dos Santos, Daniel Angelo dos Santos Souza e Horácio Morais, presos preventivamente pelo suposto cometimento dos crimes de formação de quadrilha, falsidade ideológica e peculato.

1 A constrição cautelar, inicialmente, embasa-se no fundamento da garantia da ordem pública, *in verbis*:

> Assim, a medida extrema se afigura necessária notadamente em relação aos denunciados Daniel Ângelo Santos de Souza, Amauri Fracaro, Claudemir Pereira dos Santos, Júnior César da Silva, Edison Portela Alvez e Horácio Morais, pois atualmente estão no exercício dos cargos de vereadores do Município de Ponte Alta, sendo que Edilson Portella Alves é suplente e está exercendo a vereança em razão da prisão do Vereador Cléber Miranda de Souza em outro processo, como bem salientou *dominus littis*.
>
> Isso significa dizer que se permanecerem soltos é grande a probabilidade de continuarem a consumar as intenções espúrias e, por conseguinte, voltarem a delinquir, posto estarem atuando diuturnamente na Casa Legislativa, tendo fácil acesso ao esquema criminoso. Isso porque que faz parte do munus a realização de viagens fora do Município para contatos políticos com outros órgãos públicos, o que facilita a prática ilícita já que, pelo constante no presente caderno indiciário, não demonstraram qualquer preocupação com a coisa pública.
>
> Relevante registrar que Claudemir Pereira dos Santos é o atual presidente da Câmara de Vereadores do Município de Ponte Alta e ordenador de despesas, o que, por si só, justifica a adoção da providência extrema em relação a ele. Vale ressaltar que, ao que tudo indica, ele foi um dos que mais se enriqueceu ilicitamente em detrimento da coletividade.

Com efeito, verifica-se que o mencionado argumento é condizente àquele previsto como medida cautelar diversa da prisão, consistente na

"*suspensão do exercício da função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais*" (art. 319, VI, do CPP).

Renato Brasileiro esclarece que se trata de medida cautelar específica, cuja utilização está voltada, precipuamente, a crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública, e crimes contra a ordem econômico-financeira, recaindo sobre o agente que tiver se aproveitado de suas funções públicas para a prática do delito (*Manual de processo penal.* v. 1. Niterói: Impetus. p. 1433).

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 228.023/SC, entendeu que se aplica *"aos detentores de mandato eletivo a possibilidade de fixação das medidas alternativas à prisão preventiva previstas no art. 319 do CPP, por tratar-se de norma posterior que afasta, tacitamente, a incidência da lei anterior"*, de modo a preservar, naquele caso, o afastamento de prefeito municipal.

Extrai-se da ementa:

> PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO. PREFEITO MUNICIPAL. AFASTAMENTO CAUTELAR DO CARGO. APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DO ART. 319 DO CPP. POSSIBILIDADE. LEI POSTERIOR. DECISÃO DE AFASTAMENTO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. [...].
>
> 1. Aplica-se aos detentores de mandato eletivo a possibilidade de fixação das medidas alternativas à prisão preventiva previstas no art. 319 do CPP, por tratar-se de norma posterior que afasta, tacitamente, a incidência da lei anterior.
>
> 2. A decisão de afastamento do mandatário municipal está devidamente fundamentada com a demonstração de suas necessidade e utilidade a partir dos elementos concretos colhidos dos autos. [...].

Diante desses argumentos, levando-se em conta que o fundamento do decreto preventivo consiste exatamente naquele que pode sustentar

uma medida cautelar diversa da prisão, deve ser considerado insuficiente para embasar a prisão cautelar.

Logo, aplica-se aos quatro pacientes a medida cautelar diversa da prisão consistente em suspensão do exercício de função pública, porquanto há justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais.

Acerca do tema o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 236.462, de relatoria do Min. Marco Aurélio Bellizze, firmou entendimento de que "*a providência de afastamento cautelar do cargo [...] já se presta para tanto, especialmente se considerarmos que os crimes imputados ao paciente possuem intrínseca ligação com a função pública que exerce*". E arremata: "*caso haja receio de contumácia criminosa, entendo suficiente, ao menos nesse momento e levando em consideração o que consta do acórdão, o afastamento cautelar do cargo, pois, a meu juízo, já retira, por si só, a potencial capacidade de lesão à ordem pública*" (j. em 26/6/2012).

No mesmo sentido, consulte-se: STJ, *Habeas Corpus* n. 189.626, rel. Min. OG Fernandes, j. em 9/3/2011; STJ, *Habeas Corpus* n. 106.642, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 24/6/2008; STJ, Habeas Corpus n. 68.670, rel. Min. Felix Fischer, j. em 27/2/2007; TJSC, *Habeas Corpus* n. 2006.032541-2, rel. Des. Tulio Pineiro, j. em 26/9/2006.

2 Lado outro, o fundamento de que "*a providência extrema igualmente se faz indispensável, na presente hipótese e em relação aos seis vereadores que estão no cargo atualmente, por conveniência da instrução, haja vista que existe nos autos uma comunicação de perda de documento feito pelo servidor da Câmara dos Vereadores, dando conta do sumiço do setor contábil de alguns documentos relativos às diárias concedidas a um dos denunciados (Horácio Morais) referente ao mês de dezembro de 2012*", não mais existe.

Em primeiro lugar, porque diz respeito a apenas um dos pacientes (Horácio). Ademais, as investigações se findaram e não há mais risco de

extravios de documentos, porquanto o que embasa a denúncia foi apreendido e está nela descrito.

Afora isso, para salvaguardar o mesmo bem jurídico, tem-se a medida cautelar prevista no art. 319, II, do Código de Processo Penal, que deve incidir no caso concreto, para proibir o acesso dos quatro pacientes às dependências Câmara Municipal de Vereadores do município de Ponte Alta.

3 Nada obstante isso, tem-se que tais medidas cautelares – afastamento do cargo e proibição de acesso à Câmara de Vereadores – ainda mostram-se insuficientes.

Isso porque a hipótese também recomenda a fixação de fiança (art. 319, VIII, do CPP), de comparecimento periódico em Juízo, a fim de justificar as suas atividades (art. 319, I, do CPP) e proibição de se ausentarem da comarca sem autorização judicial (art. 319, II, do CPP).

Primeiramente, para a fixação da fiança, que tem por objetivo "*assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial*", e, ainda, garantirá o pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se eventualmente condenados, deve-se observar as seguintes balizas:

> Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites:
>
> [...]
>
> II - de 10 (dez) a 200 (duzentos) salários mínimos, quando o máximo da pena privativa de liberdade cominada for superior a 4 (quatro) anos.
>
> [...]
>
> Art. 326. Para determinar o valor da fiança, a autoridade terá em consideração a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, bem como a importância provável das custas do processo, até final julgamento.

No caso concreto, os pacientes respondem pelos crimes previstos nos arts. 288, 312 e 299, com penas máximas cominadas em 3 (três), 12 (doze) e 3 (três) anos, respectivamente. Logo, preenchido o requisito temporal constante do art. 325, II, do CPP.

Em relação ao valor a ser fixado, analisa-se a condição pessoal de cada paciente.

Claudemir Pereira dos Santos, que ostenta a qualidade de Presidente da Câmara de Vereadores de Ponte Alta, apoderou-se indevidamente de R$ 12.950,00 (fl. 129). Mostra-se com periculosidade acentuada, porquanto, na titularidade da vaga de vereador, do qual se esperaria objetivamente uma conduta proba e ilibada, atuou em detrimento da população de Ponte Alta, mostrando total descaso com a coisa pública. Suas condições sociais mostram-se mais elevadas a dos outros pacientes, uma vez que é remunerado tanto pelo título de vereador quanto pelo fato de ser Presidente da Casa Legislativa. Assim, fixa-se o valor de 22 (vinte e dois) salários mínimos a título de fiança.

O paciente *Horácio Morais* beneficiou-se de R$ 12.600,00 (fl. 130). Da mesma forma, é propenso à apropriação do público pelo particular, em detrimento dos contribuintes e, ainda, ostenta o cargo de servidor municipal. Por essas razões, a fiança resulta fixada em 20 (vinte) salários mínimos.

Amauri Fracaro, com a sua conduta, causou um dano que alcança a monta de R$ 2.100,00 (fl. 129), mostrando ser pessoa com deformidade de caráter incompatível com a natureza da função exercida. A fiança, pois, resulta em 4 (quatro) salários mínimos.

Por fim, o paciente *Daniel Ângelo dos Santos de Souza* apropriou-se de R$ 700,00. Considerando o desprezo à coisa pública, mas que, no entanto, atingiu montante menor ao dos outros pacientes, estabelece-se a fiança em 2 (dois) salários mínimos.

Torna-se a dizer: a fiança, nos termos do art. 336 do Código de Processo Penal, servirá ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa, se eventualmente condenados.

Assim, muito mais proveitosa é essa medida, tanto ao erário quanto à população do município de Ponte Alta, que, ao final do processo, em caso de condenação, terão a devolução dos valores indevidamente apropriados pelos pacientes no exercício da função pública, e que serão aplicados nas políticas sociais básicas de que tanto necessita aquele pequeno Município.

Por outro lado, advindo eventual decreto condenatório, a prisão poderá ser reestabelecida definitivamente, se for o caso.

4 De resto, estabelece-se que os pacientes deverão comparecer em Juízo, quinzenalmente, para informar e justificar as suas atividades, a teor do art. 319, I, do Código de Processo Penal e, ainda, somente poderão se ausentar da Comarca com autorização do Juízo, conforme art. 319, IV, do referido Diploma.

Acentua-se que nova prisão preventiva pode ser decretada a qualquer momento, se surgirem fatos novos que a autorize, como, por exemplo, tentativa de obstruir a ação penal, ameaça a testemunhas, desaparecimento de documentos, não comparecimento aos atos processuais para os quais serão chamados ou violação de qualquer das medidas cautelares acima delineadas (art. 282, § 4º, do CPP).

Por último, acerca da afirmativa do Magistrado de que a tranquilidade da sociedade se agravaria se os acusados fossem soltos, "uma vez que será mais uma dentre tantas outras ações que são depositadas nas prateleiras dos cartórios criminais, aguardando a prescrição" (fl. 96), convém tecer um breve comentário.

Isso porque a celeridade processual constitui um direito fundamental (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal) e, além disso, o serviço

público, inclusive o prestado pelo Poder Judiciário, deve-se pautar pelos princípios insertos no art. 37, caput, da Constituição Federal, dentre eles a eficiência, de forma que defeitos na máquina judiciária, por si só, não podem fundamentar a prisão cautelar como meio de dar uma imediata resposta à sociedade. Assim, recomenda-se que a instrução do processo termine em prazo razoável.

À luz do exposto, substitui-se a prisão preventiva para fixar as seguintes medidas cautelares:

a) suspensão do exercício de função pública;

b) proibição de acesso às dependências da Câmara Legislativa;

c) pagamento de fiança nos valores assim fixados: Claudemir, no valor de 22 (vinte e dois) salários mínimos; Horácio, no total de 20 (vinte) salários mínimos; Amauri, em 4 (quatro) salários mínimos; Daniel, em 2 (dois) salários mínimos. Eventual pedido de parcelamento deverá ser analisado pelo Juízo *a quo*.

Considerando que todos os pacientes estão foragidos e que essa condição não foi analisada pelo Juízo a quo – nem mesmo por ocasião do indeferimento da revogação da prisão preventiva –, Amauri, Claudemir, Daniel e Horácio devem se apresentar perante o Magistrado de Correia Pinto no prazo de 24 (vinte e quatro) horas para ficarem cientes das condições da medida, que será levada a termo pelo Magistrado, sob pena de, se ultrapassado tal prazo, a medida ser restabelecida a prisão preventiva. Na mesma ocasião, cada um informará o endereço no qual poderá ser encontrado;

d) comparecimento quinzenal em Juízo, para que justifiquem suas atividades;

e) somente poderão se ausentar da comarca mediante autorização do Magistrado de primeiro grau.

Comunique-se, com urgência o MM. Juiz *a quo*, bem assim o Delegado de Polícia local, para as providências cabíveis, destacando-se que o defensor fica intimado desta decisão na presente sessão.

APELAÇÃO CRIMINAL

Apelação Criminal n. 2012.005333-8, de Pomerode

Relator: Des. Leopoldo Augusto Brüggemann

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PECULATO (ART. 312, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL). AGENTE DE SERVIÇOS GERAIS DO PODER JUDICIÁRIO QUE SUBTRAI QUATRO LITROS DE LEITE DO FÓRUM. ÉDITO CONDENATÓRIO. RECURSOS DAS PARTES.

RECURSO DA DEFESA. ANÁLISE DAS PRELIMINARES PREJUDICADA. EXEGESE DO ART. 249, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL C/C O ART. 3º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

MÉRITO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. HABITUALIDADE NÃO COMPROVADA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CARÁTER FRAGMENTÁRIO DO DIREITO PENAL. SUBTRAÇÃO DE QUATRO LITROS DE LEITE, AVALIADOS EM CERCA DE NOVE REAIS. VALOR INSIGNIFICANTE DA *RES*. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO. AUSÊNCIA DE PERICULOSIDADE DO AGENTE. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA BENESSE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

ABSOLVIÇÃO DECRETADA, POR FUNDAMENTO DIVERSO.

INSURGÊNCIA DA ACUSAÇÃO CONTRA A PENA PREJUDICADA.

RECURSO DEFENSIVO CONHECIDO E PROVIDO. RECURSO MINISTERIAL PREJUDICADO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2012.005333-8, da comarca de Pomerode (Vara Única), em que são apelantes e apelados Eni Hertel e o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por maioria de votos, dar provimento ao recurso defensivo para absolver a acusada por outro fundamento, vencido o Exmo. Des. Alexandre d'Ivanenko que não reconhecia a aplicação do princípio da insignificância, e, por votação unânime, julgar prejudicado o apelo ministerial. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 18 de junho de 2013, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Torres Marques, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Alexandre d'Ivanenko. Funcionou pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Gilberto Callado de Oliveira.

Florianópolis, 21 de junho de 2013.

Leopoldo Augusto Brüggemann

RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca de Pomerode, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Eni Hertel, dando-a como incursa nas sanções do art. 312, § 1º, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, pela prática das condutas assim descritas na inicial acusatória:

> No dia 22 de outubro de 2003, por volta das 12h30min, nesta cidade, Rui Carlos Rodrigues, Policial Militar que prestava serviço no Fórum da Comarca de Pomerode/SC, recebeu ligação anônima dando conta de que a acusada Eni Hertel, Agente de Serviços Gerais, Servidora Pública do Poder Judiciário, lotada nesta Comarca, constantemente saía do Fórum entre 11 e 12h levando consigo sacolas com leite, papel higiênico e, às vezes, com saco plástico preto de lixo, sem poder identificar o que continha em seu interior.
>
> Que naquele dia, 22.10.03, se a Polícia quisesse *"pegá-la em flagrante"*, era só fiscalizar o carro da irmã da acusada, de nome Rosita Hoffmann, pois próximo ao meio dia a acusada havia colocado uma sacola com produtos do Poder Judiciário no interior do veículo de Rosita.
>
> Diante da denúncia, o Policial levou os fatos ao conhecimento de seu superior, que o orientou a repassar à Juíza da Comarca.
>
> Na sequência, o Policial trouxe os fatos ao conhecimento da MMª Juíza, que por sua vez orientou ao policial Rui Carlos Rodrigues e a então Secretária do Foro, Marlise Ittner, para diligenciar no interior do veículo e na residência da acusada, se esta aquiescesse, sem alardes e discretamente, a fim constatar a existência de bens de consumo (mantimentos e de higiene) pertencentes ao Poder Judiciário em poder da denunciada.
>
> O veículo referido (de Rosita) não foi encontrado no SAMAE, onde Rosita trabalhava, então o policial, a Secretária do Foro e o Oficial de Justiça se deslocaram até a residência da acusada Eni Hertel e, após o consentimento desta, ingressaram na residência e encontraram um litro de leite longa vida desnatado marca Tirol, já aberto, da mesma marca,

> tipo, lote, data de fabricação e prazo de validade do leite utilizado no Fórum. No banheiro da residência encontraram três rolos de papel higiênico marca Neve, também da mesma marca utilizada pelo Fórum, conforme identificado no Processo Administrativo nº 002/2003, fl. 20.
>
> Na oportunidade, a acusada também foi indagada acerca do pacote que havia colocado dentro do veículo da irmã Rosita, sendo que a acusada alegou se tratar de panos sujos pertencentes ao Fórum, que havia levado para lavar.
>
> Em retorno ao Fórum, por volta das 15h, próximo ao Colégio Dr. Blumenau, encontraram com o veículo de Rosita, que na oportunidade era conduzido por João Meurer, e então o policial pediu para verificar se havia alguma sacola no interior do veículo, com as características da denúncia, e acabou por encontrar uma sacola com quatro litros de leite longa vida semi desnatado da marca Tirol, com a mesma data de fabricação, prazo de validade e lote do leite pertencente ao Poder Judiciário, conforme identificado no Processo Administrativo nº 002/2003, fl. 20.
>
> Com essa conduta, a acusada Eni Hertel inúmeras vezes subtraiu, em proveito próprio (peculato-furto), leite, papel higiênico, entre outros bens não identificados do Poder Judiciário, valendo-se da facilidade que lhe proporcionou a qualidade de Servidora Pública do Poder Judiciário, que tinha acesso ao depósito do material de limpeza e gêneros alimentícios utilizados no Fórum (fls. I-III).

Concluída a instrução do feito, a denúncia foi julgada parcialmente procedente para condenar a acusada às penas de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, em seu mínimo legal, por infração ao disposto no art. 312, *caput*, do Código Penal (fls. 396-412).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, no qual requereu, preliminarmente, a apuração da prática do crime de denunciação caluniosa pelo promotor de justiça, alegando que não haveria suporte à deflagração

da presente ação penal. Ainda em preliminar, suscitou a inépcia da denúncia, alegando "ausência de materialidade e autoria"; a preclusão para o oferecimento dessa peça, porque ultrapassado o prazo legal; a suspeição das testemunhas de acusação; o cerceamento de defesa, em razão da falta de intimação da distribuição da carta precatória na comarca de São José, para a inquirição do Promotor de Justiça João Carlos Joaquim (fl. 282), e também em decorrência do indeferimento de dois pleitos: o de adiamento da oitiva da testemunha Marilda Marcondes de Matos e o de expedição de ofício ao departamento de saúde deste Tribunal para que enviasse parecer psiquiátrico e psicológico relativo à acusada. No mérito, pugnou pela absolvição da ré, por falta de prova tanto da materialidade como da autoria, destacando que o processo administrativo instaurado contra ela resultou em sua absolvição (fls. 440-454).

Também inconformado, o Ministério Público apelou, pugnando pela majoração da pena-base, considerando-se grave a culpabilidade, dada a repercussão do crime na comarca, e fútil o motivo do crime. Ainda, postulou a aplicação da agravante prevista no art. 61, II, *c*, do Código Penal e o reconhecimento da continuidade delitiva (fls. 418-424).

Juntadas as contrarrazões (fls. 482-496), ascenderam os autos a esta instância, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Ivens José Thives de Carvalho, opinou pelo desprovimento do apelo defensivo e parcial provimento do recurso da acusação, para reconhecer a continuidade delitiva e aumentar a pena à razão de um sexto (fls. 498-508).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação contra decisão que julgou parcialmente procedente a denúncia e condenou Eni Hertel às sanções previstas pelo art. 312, *caput*, do Código Penal.

Os apelos devem ser conhecidos, porquanto presentes os respectivos pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Do recurso da defesa

Das preliminares

Inicialmente, deixa-se de examinar as nulidades arguidas pela defesa, pois, como é sabido, "quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta" (CPC, art. 249, § 2º).

É o caso, conforme adiante se verá, por incidência da regra contida no art. 3º do Código de Processo Penal.

Do pleito absolutório

Busca a defesa a absolvição da acusada, por ausência de prova da materialidade, alegando não ter havido apreensão dos objetos de que teria a acusada se apropriado, bem como por falta de provas da autoria.

O reclamo deduzido merece acolhida, mas por diverso fundamento.

Dispõe o art. 312, *caput*, do Código Penal:

> Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:
>
> Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

In casu, não há dúvida de que a acusada, Eni Hertel, ao tempo do fato descrito na denúncia, era Servidora Pública Estadual, exercendo o cargo de Agente de Serviços Gerais no Poder Judiciário de Santa Catarina.

Pois bem.

Narra a denúncia, em resumo, que Eni Hertel, na qualidade acima referida, lotada na comarca de Pomerode, valendo-se da facilidade que lhe proporcionava o cargo, subtraiu, inúmeras vezes, em proveito próprio, leite e papel higiênico do fórum, levando-os ao veículo da irmã. Ainda, descreve que foram apreendidos quatro litros de leite no citado automóvel e um litro de leite e três rolos de papel higiênico em sua residência, todos os produtos com a mesma marca, lote, data de fabricação e validade daqueles utilizados pelo Judiciário.

Ao final, o juízo singular reconheceu a subtração de quatro caixas de leite e condenou a ré pela prática do delito de peculato simples.

Inicialmente, convém analisar a materialidade e a autoria do fato.

A materialidade está comprovada somente em relação às quatro caixas de leite apreendidas no veículo da irmã da ré, conforme o termo de apreensão de fl. 20 do processo administrativo apenso, pois aquelas têm, além da marca e data de fabricação e validade, idêntico lote e número de série em relação às do fórum.

O mesmo, contudo, não ocorre em relação aos três rolos de papel higiênico apreendidos na residência da ré, pois o termo de fl. 20 certifica apenas a sua marca Neve, não apresentando nenhuma peculiaridade que autorize a conclusão de que pertenciam ao Poder Judiciário. Ora, o produto pode ser encontrado em qualquer supermercado do país.

No tocante à autoria, não há dúvidas.

Instada em seu interrogatório judicial, a acusada nada trouxe em sua defesa, optando por permanecer em silêncio (fls. 308-310).

Ouvida em juízo, a testemunha Rui Carlos Rodrigues, Policial Militar, afirmou que, na época do fato, trabalhava no fórum e recebera informação anônima no sentido de que a acusada estaria subtraindo bens do Poder Judiciário, colocando-os no veículo da irmã; que levou o fato ao conhecimento da juíza Iraci, que determinou fosse averiguado o fato; que apreenderam quatro caixas de leite no veículo da irmã da acusada (fls. 248-250).

A testemunha Marlise Ittner, à época secretária do foro, disse ter acompanhado o policial na diligência e confirmou a localização das quatro caixas de leite no veículo da irmã da acusada, conduzido por João Meurer Filho. Asseverou que os produtos tinham o mesmo lote, data de fabricação e validade dos produtos estocados no fórum, o que verificou pessoalmente. Registrou, por fim, que a apelante tinha livre acesso àqueles bens (fls. 209-212).

João Meurer Filho, pessoa que conduzia o veículo da irmã da apelante, confirmou que fora abordado pelo policial Rui e que, a pedido deste, efetivamente localizara quatro caixas de leite no banco de trás (fls. 246-247).

Ainda, tem-se o depoimento da testemunha Iraci Satomi Kuraoka Schiocchet, juíza de direito, que destaca as versões contraditórias apresentadas pela acusada logo após a apreensão dos produtos em seu poder:

> [...] que conversou com a acusada, solicitando-lhe explicações sobre os bens encontrados; que chamou a atenção a calma demonstrada pela acusada e as versões por ela apresentadas, pois para Marlise havia dito que os produtos eram comprados do mesmo fornecedor do fórum, sendo demonstrado a ela que não era mais possível, pois os produtos eram mandados diretamente do Tribunal de Justiça, disse a depoente que havia comprado eles no mercado MAROPI; que dito a acusada que então bastava solicitar a relação de suas compras a aquele mercado, após algumas desculpas passou a dizer que se lembrara que os produtos eram sobras do estoque do bar do marido da acusada, que já estava fechado há mais de um ano; que diante das contradições a depoente disse para a acusada que em caso de confissão, eventual punição administrativa seria mais branda e menos constrangedora; que a acusada solicitou alguns dias para pensar a respeito; quer passados alguns dias a acusada retornou ao fórum, disse que havia consultado seu advogado e sido orientada a não confessar; que assumiu a comarca de Pomerode em 2001; que nunca teve nada contra a acusada, até tinha carinho especial por ela [...] (fls. 213-215).

Corrobora as declarações retrotranscritas o depoimento de Isold Sasse, que trabalhava no mesmo local da irmã da apelante, denominado SAMAE, o qual, inquirido no processo administrativo disciplinar apenso, afirmou que Eni Hertel, corriqueiramente, levava sacolas até a empresa (fl. 100).

Também ouvida no processo administrativo, afirmou outra funcionária da citada empresa, Sueli Luiz:

> [...] que a depoente se recorda que a investigada em várias oportunidades ia até o SAMAE, para conversar com Rosita, e na maioria das vezes guardar uma sacola no carro de Rosita, entretanto, não sabendo ao certo o seu conteúdo; que a depoente afirma que a investigada ia até o SAMAE duas ou três vezes por semana; [...] que se recorda ainda de um fato ocorrido dois meses antes do acima citado, quando Eni veio até o SAMAE e solicitou a depoente que colocasse um saco de lixo preto de 50 litros, dentro do carro de sua irmã Rosita, e avisar para esta não esquecer de levar para casa; que a depoente nesse momento antes de colocar o saco de lixo no carro olhou para ver o que tinha dentro, podendo observar que havia muitos pacotes de papel higiênico da marca NEVE [...] (fl. 112-113 do apenso).

Dessa forma, o contexto probatório está a indicar que a apelante, valendo-se de facilidade que lhe proporcionava a qualidade de funcionária pública, subtraiu quatro caixas de leite pertencentes ao fórum da comarca de Pomerode, em prejuízo do erário público.

Sobre o crime de peculato, preleciona Julio Fabbrini Mirabete:

> Consuma-se o crime quando o agente transforma a posse em propriedade, ou seja, quando inverte a posse em domínio. Na maioria dos casos, essa disposição é revelada por uma conduta externa do agente, incompatível com a vontade de restituir ou de dar o destino certo à coisa (venda, desvio, ocultação, negativa de devolução etc.) (*Código Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1.144) (grifou-se).

A teor do recurso da acusação, no qual há pedido de reconhecimento da continuidade delitiva, convém destacar que não restou suficientemente demonstrada a prática delituosa por mais de uma vez.

Isso porque, como visto, ficou demonstrada a materialidade delitiva apenas no tocante a uma ação, qual seja, a subtração de quatro litros de leite, motivo pelo qual não pode ser acolhido o pleito ministerial.

Muito embora comprovadas a materialidade e a autoria da conduta, o caso não resiste à análise da tipicidade material, logo, *venia*, não há como ser mantido o decreto condenatório lavrado contra a acusada.

Como é sabido, o princípio da insignificância, decorrente do caráter fragmentário do direito penal, atua como causa supralegal de exclusão da tipicidade e recomenda considerar-se penalmente atípica a conduta criminosa que, a despeito de se subsumir formalmente ao tipo incriminador, é inapta a lesar o titular do bem jurídico tutelado e a ordem social.

É o caso dos autos.

Desde logo, ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a aplicabilidade do princípio da insignificância mesmo em casos de crime contra a Administração Pública.

À guisa de ilustração, colacionam-se os seguintes precedentes:

> *Habeas Corpus*. 2. *Subtração de objetos da Administração Pública, avaliados no montante de R$ 130,00 (cento e trinta reais). 3. Aplicação do princípio da insignificância, considerados crime contra o patrimônio público. Possibilidade. Precedentes. 4. Ordem concedida* (HC 107370/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 26/04/2011, o grifo não é do original).

AÇÃO PENAL. *Delito de peculato-furto. Apropriação, por carcereiro, de farol de milha que guarnecia motocicleta apreendida. Coisa estimada em treze reais. Res furtiva de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Circunstâncias relevantes. Crime de bagatela. Caracterização. Dano à probidade da administração. Irrelevância no caso. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada.* HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento (HC 112388/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Rel. Para o acórdão Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, j. 21/08/2012, o grifo não é do original).

Da mesma forma, já deliberou este Tribunal Estadual:

APELAÇÃO CRIMINAL. PECULATO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. PROVAS DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA. *RÉU QUE NUMA ÚNICA OPORTUNIDADE APROPRIOU-SE E VENDEU SEIS QUILOS DE ALUMÍNIO RECICLADO, RECOLHIDOS DAS RUAS, E QUE SE DESTINAVAM A APAE. ÍNFIMO VALOR DO MATERIAL. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE A AÇÃO PRATICADA E A SANÇÃO INFLIGIDA. APLICAÇÃO AO CASO CONCRETO, APESAR DE TRATAR-SE DE DELITO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, PARA ABSOLVER O APELANTE.*

"O sistema jurídico há de se considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade.

O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja

> ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social" (HC n. 84687/MS, rel. Min. Celso de Mello, j. em 26.10.04, disponível em <www.stf.gov.br/jurisprudência> acesso 12 ago. 2008) (Apelação Criminal n. 2008.030122-9, de Xaxim, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 12/08/2008, grifou-se).
>
> PROCESSO-CRIME - *PREFEITO MUNICIPAL - CRIME DE DANO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO - ÍNFIMO VALOR - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA* - DENÚNCIA IMPROCEDENTE (Processo Crime n. 2003.024575-8, de Timbó, rel. Des. Torres Marques, j. 21/09/2004, grifou-se).

No caso concreto, o valor da *res* é notadamente ínfimo. De uma perfunctória análise de preço, infere-se que o litro do leite da marca Tirol gira em torno de R$ 2,20, de modo que o produto do crime, na atualidade, somaria a importância de *R$ 8,80 (oito reais e oitenta centavos)***.**

Salta aos olhos, portanto, a inexpressividade da lesão ao bem jurídico na espécie.

Ademais, nenhuma condenação ostenta a apelante, conforme certidão acostada à fl. 64, sendo, portanto, diminuta a sua periculosidade.

Dessa forma, o caso comporta a aplicação do postulado da insignificância, o que se faz de ofício, para afastar a tipicidade da conduta e absolver a denunciada, forte no art. 386, III, do CPP.

Não se olvida que o dano, em crimes desta natureza, muito mais que material, é verdadeiramente moral. Todavia, em que pese a inegável infração à moralidade pública, o caso em espécie destaca-se dos demais pela

singeleza da conduta, que não carece da intervenção penal, extremamente grave e, por conseguinte, desproporcional.

Ainda, faz-se anotar que, por ocasião do julgamento da Apelação Criminal n. 2011.078810-8, este Relator manifestou-se pela inaplicabilidade do princípio da insignificância a crime praticado contra a Administração Pública, porém aquela hipótese, diferentemente, não era marcada pela inexpressividade, muito pelo contrário: o prejuízo do erário alcançou quase o triplo do salário mínimo da época – cerca de R$ 800,00 (oitocentos reais).

Ex positis, o voto é no sentido de conhecer do recurso defensivo e dar-lhe provimento, para absolver a acusada, por diverso fundamento; e julgar prejudicado o recurso ministerial quanto à pena irrogada.

É o voto.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Alexandre d'Ivanenko

Ousei dissentir da douta maioria, não obstante o respeito que devoto aos demais membros desta Câmara, por entender que não deveria ter sido reconhecido o princípio da insignificância.

Isso porque, conforme destacado no voto vencedor, estão presentes a materialidade e a autoria do delito, e, apesar de entendimento contrário, em se tratando de crime contra a administração pública, tenho ser inaplicável o mencionado princípio.

Entendo que, por mais que o valor dos objetos subtraídos seja de pequena monta, há de ser resguardada a moral administrativa.

Neste sentido, colhem-se decisões do Tribunal da Cidadania:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. *PECULATO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE.* PRECEDENTES. 1. O entendimento firmado nas Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que *não se aplica o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo,* uma vez que a norma visa resguardar não apenas o aspecto patrimonial, mas, principalmente, a moral administrativa. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no REsp 1275835/SC, rel. Min. Adilson Vieira Macabu, Quinta Turma, j. 11.10.2011). (grifado)
>
> *HABEAS CORPUS*. CRIME MILITAR. *PECULATO*. DESCLASSIFICAÇÃO. POSSE OU DETENÇÃO DA COISA EM RAZÃO DO CARGO DE POLICIAL MILITAR. CIRCUNSTÂNCIA FIRMADA NA ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE DEMOVÊ-LA. *PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE*. DELITO CONTRA ADMINISTRAÇÃO MILITAR. *RES* RESTITUÍDA. ALEGAÇÃO EM CONFRONTO COM AQUILO FIRMADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ORDEM DENEGADA. [...] 3.

> Princípio da insignificância. Este Sodalício assentou o entendimento de ser inaplicável tal princípio aos delitos praticados contra a administração pública, *haja vista, nesses casos, além da proteção patrimonial, o resguardo da moral administrativa*. *In casu*, não obstante o valor irrisório da coisa, é impossível a aplicação do princípio da insignificância, uma vez que o delito fora praticado contra a Administração Militar. 4. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada (STJ, HC 109.639/SP, Rel. Min. Vasco Della Giustina, Sexta Turma, j. 6.9.2011). (grifado)
>
> HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. *PECULATO-FURTO. [...]. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE*. [...] 4. Segundo o entendimento das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, *é inaplicável o princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, pois, nesses casos, a norma penal busca resguardar não somente o aspecto patrimonial, mas a moral administrativa, o que torna inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão*. 5. Ordem denegada. Pedido de reconsideração da liminar julgado prejudicado. (STJ, HC 165.725/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 31/05/2011, DJe 16/06/2011). (grifado)

Por essas razões, mantinha a condenação da apelante.

Florianópolis, 24 de junho de 2013.

Alexandre d'Ivanenko

Desembargador

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 Balneário Piçarras
Av. Eulálio da Trindade, 26 — Centro
CEP: 88380-000 — Piçarras
Telefone: (47) 3347-4007

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 de Capital (Central)
Av. Governador Gustavo Richard, 434 — Centro
CEP: 88020-901 — Florianópolis
Telefone: (48) 3287-6500

Fórum Bancário da Capital
Rua Anita Garibaldi, 365, Ed. Artur Silveira — Centro
CEP: 88020-120 — Florianópolis
Telefone: (48) 3287-5700

Fórum Des. Eduardo Luz
Rua José da Costa Moellmann, 197 — Centro
CEP: 88020-170 — Florianópolis
Telefone: (48) 3287-6900

Fórum Distrital do Continente
Rua São José, 300 — Estreito
CEP: 88075-310 — Florianópolis
Telefone: (48) 3287-5100

Fórum Distrital do Norte da Ilha
Campus da UFSC
Av. Desembargador Vitor Lima, 183 – fundos – Serrinha
CEP: 88040-400 — Florianópolis
Telefone: (48) 3287-5000

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) 3321-4000

Fórum da Comarca de Concórdia
Rua Dr. Maruri, 865 — Centro
CEP: 89700-000 — Concórdia
Telefone: (49) 3441-1500

Fórum da Comarca de Coronel Freitas
Rua Minas Gerais, 586 — Centro
CEP: 89840-000 — Coronel Freitas
Telefone: (49) 3347-3300

Fórum da Comarca de Correia Pinto
Rua Vitória Régia, 254 — Pro-Flor
CEP: 88535-000 — Correia Pinto
Telefone: (49) 3243-6300

Fórum da Comarca de Criciúma
Av. Santos Dumont, s/n — Milanesi
CEP: 88804-301 — Criciúma
Telefone: (48) 3431-5200

Fórum da Comarca de Cunha Porã
Rua Benjamin Constant, 832 — Centro
CEP: 89890-000 — Cunha Porã
Telefone: (49) 3646-3000

Fórum da Comarca de Curitibanos
Rua Antônio Rossa, 241 — Centro
CEP: 89520-000 — Curitibanos
Telefone: (49) 3245-4500

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 do Oeste
Rua Nereu Ramos, 388 — Centro
CEP: 89610-000 — Herval do 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) 3341-9300

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 Meleiro
Rua José Mezari, 281 — Jardim Itália
CEP: 88920-000 — Meleiro
Telefone: (48) 3537-8300

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) 3287-5500

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 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) 3646-1700

Fórum da Comarca de Santa Cecília
Rua XV de Novembro, s/n — Centro
CEP: 89540-000 — Santa Cecília
Telefone: (49) 3244-6505

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) 3287-5200

Fórum da Comarca de São José do Cedro
Rua Padre Aurélio, 235 — Centro
CEP: 89930-000 — São José do Cedro
Telefone: (49) 3643-6600

Fórum da Comarca de São Lourenço do Oeste
Rua Dom Pedro II, 966 — Centro
CEP: 89990-000 — São Lourenço do Oeste
Telefone: (49) 3344-8200

Fórum da Comarca de São Miguel do Oeste
Rua Marcílio Dias, 2.070 — Sagrado Coração
CEP: 89900-000 — São Miguel do Oeste
Telefone: (49) 3631-1500

Fórum da Comarca de Seara
Rua do Comércio, 171 — Centro
CEP: 89770-000 — Seara
Telefone: (49) 3452-8700

Fórum da Comarca de Sombrio
Rua Edílio Antônio da Rosa, 974 — Centro
CEP: 88960-000 — Sombrio
Telefone: (48) 3533-6700

Fórum da Comarca de Taió
Rua Expedicionário Rafael Busarello, 484 — Centro
CEP: 89190-000 — Taió
Telefone: (47) 3562-8000

Fórum da Comarca de Tangará
Rua Luís Menoncin, s/n — Centro
CEP: 89642-000 — Tangará
Telefone: (49) 3532-7500

Fórum da Comarca de Tijucas
Rua Florianópolis, 130 — Centro
CEP: 88200-000 — Tijucas
Telefone: (48) 3263-8000

Fórum da Comarca de Timbó
Av. Getúlio Vargas, 736 — Centro
CEP: 89120-000 — Timbó
Telefone: (47) 3281-1700

Fórum da Comarca de Trombudo Central
Rua Emílio Graubner, s/n — Vila Nova
CEP: 89176-000 — Trombudo Central
Telefone: (47) 3544-8100

Fórum da Comarca de Tubarão
Rua Wenceslau Brás, 560 — Vila Moema
CEP: 88701-901 — Tubarão
Telefone: (48) 3621-1500

Fórum da Comarca de Turvo
Rua Nereu Ramos, 609 — Centro
CEP: 88930-000 — Turvo
Telefone: (48) 3525-8000

Fórum da Comarca de Urubici
Rua Nereu Ramos, n. 200 — Centro
CEP: 88650-000 — Urubici
Telefone: (49) 3278-6900

Fórum da Comarca de Urussanga
Rua Barão do Rio Branco, 115 — Centro
CEP: 88840-000 — Urussanga
Telefone: (48) 3441-1300

Fórum da Comarca de Videira
Rua Vítor Meirelles, s/n — Ed. Brasil-Austria — Matriz
CEP: 89560-000 — Videira
Telefone: (49) 3533-4700

Fórum da Comarca de Xanxerê
Rua Victor Konder, 898 — Centro
CEP: 89820-000 — Xanxerê
Telefone: (49) 3441-7100

Fórum da Comarca de Xaxim
Rua Rui Barbosa, 385 — Centro
CEP: 89825-000 — Xaxim
Telefone: (49) 3353-9600

ÍNDICE NUMÉRICO

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

2012.053647-8 – Joinville 90

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

2011.042525-1 – Rio do Sul..... 528
2012.011858-6 – Brusque 434
2012.046647-0 – Garuva..... 348

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

2013.002477-0/0001.00 – Turvo..... 610

AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA

29.039 (STF) – Santa Catarina 48

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO

730.044 (STF) – Santa Catarina 52

AGRAVO REGIMENTAL EM PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

2013.006306-4/00001.00 – Concórdia..... 81

APELAÇÕES CÍVEIS

2007.058863-9 – Videira..... 540
2010.004467-0 – Itajaí 403
2010.046111-3 – Lages..... 522
2010.077380-5 – Capital..... 273
2010.078665-1 – Imbituba..... 359
2011.035188-4 – Balneário Camboriú..... 461
2011.068277-2 – Capital..... 581
2012.001918-5 – São José..... 477
2012.028671-7 – Criciúma..... 560

2012.050589-9 – Itajaí 505
2012.050933-0 – Rio do Sul..... 416
2012.056609-3 – Caçador 383
2012.057325-6 – Capivari de Baixo..... 596
2012.062374-0 – Itajaí 500
2012.064587-0 – Içara..... 246
2012.075438-2 – Criciúma..... 342
2012.075650-6 – Itajaí 422
2012.091593-5 – Joaçaba 485
2013.021677-5 – São Bento do Sul..... 324

CONFLITO DE COMPETÊNCIA
123.948 (STJ) – Santa Catarina 61

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
2009.048699-1/0001.00 – Itapema..... 378

EMBARGOS INFRINGENTES
2012.014220-2 – Mafra..... 141
2012.087348-6 – Ponte Serrada..... 623

HABEAS CORPUS
2013.026843-7 – Correia Pinto 995

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA
2007.064876-0/0002.00 – Capital..... 203

RECURSO ESPECIAL
1.101.153 (STJ) – Santa Catarina 67
1.265.401 (STJ) – Santa Catarina 75

ÍNDICE POR ASSUNTO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

— Improbidade administrativa – Ilegitimidade do Ministério Público. Coisa julgada devido à decisão do Tribunal de Contas. Preliminares afastadas. Impressão e distribuição de cartões de felicitações custeados pelo erário. Afronta ao princípio da impessoalidade. Prescindibilidade de dolo específico para configurar ato ímprobo. Recurso desprovido. 596

AÇÃO COMINATÓRIA DE NÃO FAZER

— Conflito entre a denominação da requerente e o nome-fantasia da requerida, bem como entre as marcas posteriormente registradas no INPI – Colidência que não pode ser dirimida exclusivamente com base no critério da anterioridade. Necessidade de comprovação da ofensa ao direito de propriedade e da efetiva confusão no mercado. Prova de que a ré utilizava nome-fantasia antes da alteração do nome empresarial da autora. Marca concedida à demandante pela autarquia federal, sem observância de pressupostos essenciais. Empresas litigantes no mesmo ramo de atividade e no mesmo âmbito geográfico. Improcedência. Recurso provido. 461

AÇÃO DE COBRANÇA

— Transporte marítimo monomodal – Sobre-estadia de contêiner. *Demurrage*. Instituto de natureza indenizatória. Ausência de contestação. Revelia. Veracidade fática presumida. Prescrição. Inocorrência. Prazo trienal específico. Inaplicabilidade da norma geral. Recurso provido. 422

AÇÃO DE COBRANÇA

— Transporte marítimo – Cobrança procedente. Insurgência. Contêiner. Taxa. Sobre-estadia. Termo de compromisso. Recurso desprovido. 500

AÇÃO DE COBRANÇA DO SEGURO OBRIGATÓRIO

— Acidente de trânsito – Vítima que estava grávida. Óbito do feto. Discussão sobre a natureza jurídica do nascituro. Titularidade de direitos da personalidade. Impossibilidade de recebimento de direitos patrimoniais. Condição. Nascimento com vida. Recurso provido.....416

AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO NA EXECUÇÃO DE SENTENÇA

— Expurgos inflacionários – Sentença prolatada em ação coletiva. Ressarcimento dos poupadores referente aos planos econômicos "Bresser" e "Verão". Título judicial inexequível. Conflito entre coisas julgadas. Normas jurídicas concretas contrastantes. Sentença coletiva transitada em julgado que reconheceu a prescrição da pretensão autoral. Inconstitucionalidade do título executivo judicial. Vício não sujeito à preclusão. Extinção do cumprimento da sentença. Recurso desprovido. 485

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

— Aplicação em fundo de investimento de renda fixa – Alegação de existência de danos materiais e morais como decorrência do rebaixamento do valor atribuído às cotas. Alegação de gestão temerária por parte da instituição financeira que não encontra respaldo na prova produzida. Investimento com risco. Possível o surgimento de perdas. Pedido rejeitado. Recurso desprovido. 522

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

— Acidente de trânsito – Colisão na traseira de automóvel que trafega à frente. Inobservância de atenção e cautela na condução do veículo. Presunção de culpa não elidida. Danos emergentes comprovados. Ressarcimento devido. Procedência da pretensão regressiva no limite estabelecido na apólice securitária. Recurso parcialmente provido. 403

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

— Teste anti-hiv – Laboratório central de saúde pública. Resultados falso-positivos. Gestante e puérpera. Dever de cautela. Responsabilidade do ente público. Recurso provido parcialmente. 560

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS PATRIMONIAIS E MORAIS

— Tratamento odontológico – Imperícia do profissional na execução dos serviços. Conjunto probatório insuficiente a amparar fato constitutivo do direito do autor. Responsabilidade civil rechaçada. Recurso desprovido. 324

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

— Imóveis localizados dentro de parque municipal – Ausência de prova do apossamento pelo poder público municipal. Improcedência. Criação de parque ambiental que representa mera limitação administrativa. Indenização condicionada à comprovação do efetivo prejuízo. Terrenos localizados integralmente em área de restinga. Vegetação enquadrada como de preservação permanente. Ocupação condicionada à autorização do poder público. Ausência de prejuízo decorrente da criação do parque. Indenização indevida. Recurso desprovido. 581

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

— Negatória de paternidade – Revelia do menor demandado. Fortes dúvidas do autor acerca da paternidade do menor. Reconhecimento voluntário, ainda assim, da paternidade, em anterior demanda judicial. Coação por parte da autoridade judiciária. Alegação não comprovada. Exame de DNA. Vinculação genética afastada. Vinculação socioafetiva. Ausência ou ruptura não comprovadas. Sobreposição da verdade registral à verdade biológica. Recurso desprovido. 246

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

— Lei municipal – Sociedade de economia mista transformada na autarquia denominada Instituto de Trânsito e Transporte, com absorção da extinta Fundação Municipal de Vigilância. Transformação de empregos do regime celetista em cargos públicos de provimento efetivo estatutário. Possibilidade apenas para os que se submeteram a concurso público. Enquadramento de empregado em cargo público por transposição automática ao regime estatutário municipal. Similitude de atribuições. Inconstitucionalidade. Preliminar de ilegitimidade ativa ad causam. Rejeição. Recurso parcialmente provido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO. 90

AÇÃO ORDINÁRIA

— Indenização por danos materiais e morais – Procedimento de reprodução assistida. Inseminação artificial. Impossibilidade de certeza do sucesso do tratamento, com a garantia de gravidez. Prova inapta a demonstrar ato culposo ou falha na conduta do profissional. Improcedência da ação. Recurso desprovido. 342

AÇÃO ORDINÁRIA

— Remissão ilícita de conjunto-imagem – Trade dress. Julgamento sem resolução do mérito. Pretensão de reconhecimento do direito violado e do dever de indenizar devido à concorrência desleal caracterizada pela imitação do conjunto-imagem e do conceito ideológico. Acolhimento. Signos que compõem a marca mista flagrantemente utilizados pelas rés no intuito de aproveitar-se do seu prestígio. Configuração de concorrência parasitária e enriquecimento sem causa das rés. Danos morais. Violação ao direito reconhecido e outorgado às autoras pela autarquia competente. Danos materiais. Ausência de provas. Inviabilidade. Recursos das autoras parcialmente providos. Recurso adesivo das rés desprovido. Maioria de votos. 505

AÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

— Vereador – Exercício de função gratificada em empresa estadual. Possibilidade. Inexistência de afronta à Lei Orgânica do Município. Precedentes da Corte. Ato ímprobo não positivado. Recurso adesivo prejudicado e apelo provido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO.....540

AGRAVO REGIMENTAL EM PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

– *Vide* Recurso.

AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA

— *Vide* Recurso.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO

— *Vide* Recurso.

ALVARÁ JUDICIAL

— Cirurgia para transgenitalismo – Resolução n. 1.955/2010 do CFM. Normativo sem força cogente. Possibilidade de mitigação. Idade mínima de vinte e um anos alcançada no decorrer do processo. Vontade livre, consciente e esclarecida do interessado. Pareceres médicos, psicológico e estudo social favoráveis. Conceito de "exigência médica" verificado. Sentença reformada. Recurso provido.....383

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS

— Art. 19 90

ATO REGIMENTAL TJSC

— N. 69/2009 Art. 3º 90

CÓDIGO CIVIL

— Art. 2º 416
— Art. 11 141
— Art. 13 383
— Art. 104 273
— Art. 177 477
— Art. 186 324
— Art. 187 324
— Art. 205 422
— Art. 206, § 3º, V 477, 422
— Art. 249 273
— Art. 475 273
— Art. 515, § 3º 422
— Art. 840 273
— Art. 849 273
— Art. 927 324
— Art. 1.285 348
— Art. 1.378 348
— Art. 1.593 141
— Art. 1.601 246
— Art. 1.604 246

— Art. 1.609 246
— Art. 1.614 141
— Art. 2.028 477
— Art. 2.045 422

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

— Art. 2º 359
— Art. 3º, § 2º 203
— Art. 4º, VI 461
— Art. 6º, VIII 359
— Art. 14, § 3º 359
— Art. 14, § 4º 342
— Art. 81, III 485

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

— Art. 13 359
— Art. 20, *caput* 324
— Art. 20, § 3º 324
— Art. 20, §§ 3º e 4º 505, 378, 273
— Art. 20, § 4º 324, 461
— Art. 21, *caput* 477, 378
— Art. 21 505
— Art. 23 378
— Art. 37 359

— Art. 120, parágrafo único 61
— Art. 131 ..... 505, 273
— Art. 132, *caput* 403
— Art. 132 644
— Art. 134, III 596
— Art. 162, § 2º 273
— Art. 242, *caput* 403
— Art. 249, § 2º 1006
— Art. 267, I e VI 273
— Art. 267, V 581
— Art. 267, VI 505
— Art. 269, I 505, 581
— Art. 269, III 273
— Art. 273, *caput* e I 348
— Art. 295, III 273
— Art. 301, § 2º 485
— Art. 305 273
— Art. 319 246
— Art. 320, II 246
— Art. 333, I 342, 403, 359
— Art. 364 728
— Art. 383, parágrafo único 728
— Art. 462 505

— Art. 467 485
— Art. 471, I 434, 485
— Art. 475-J e N, I 485
— Art. 476 203
— Art. 485, IV 485
— Art. 486 273
— Art. 499 273
— Art. 512 81
— Art. 515, § 3º 422
— Art. 522 273
— Art. 523, § 1º 273
— Art. 523, § 3º 273
— Art. 525, I 610
— Art. 527, I 610
— Art. 535, I 378
— Art. 536 378
— Art. 543-C 67
— Art. 557 273
— Art. 557, *caput* 610
— Art. 557, § 1º-A 67, 273
— Art. 558 81
— Art. 1.107 383
— Art. 1.109 383

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 3º 1006
— Art. 76, II 728
— Art. 84 596
— Art. 120 644
— Art. 156 644
— Art. 158 728
— Art. 159, §§ 1º a 6º 728
— Art. 170 728
— Art. 180 644
— Art. 181 728
— Art. 184 728
— Art. 231 728
— Art. 239 728
— Art. 245, § 7º 728
— Art. 265 728
— Art. 282, § 4º 995
— Art. 312 644
— Art. 319, I, II, IV, VI, VIII 995
— Art. 325, II 995
— Art. 326 995
— Art. 336 995
— Art. 370, *caput* 728

— Art. 381, III 728
— Art. 382 728
— Art. 384 728
— Art. 386, III 1006
— Art. 386, VII 728
— Art. 386, VIII 977
— Art. 400, § 1º 977
— Art. 402 728
— Art. 413, § 1º 623
— Art. 457 728
— Art. 593, III 977
— Art. 600, § 4º 728

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (Lei n. 9.503/1997)

— Art. 29, II 403
— Art. 302 636

CÓDIGO PENAL

— Art. 1º 728
— Art. 13, § 2º, a 977
— Art. 14, II 716
— Art. 26 716
— Art. 29, *caput* 977, 728
— Art. 33, § 2º, b e § 3º 75

— Art. 44 728
— Art. 59 ..... 75, 728
— Art. 61, I 716
— Art. 61, II, h 716
— Art. 61, II, f e h 977
— Art. 62, I e II, b 728
— Art. 65, I 728
— Art. 65, III, d 67
— Art. 68 728
— Art. 71 ..... 67, 1006, 728
— Art. 77 728
— Art. 96, II 716
— Art. 97 716
— Art. 98 716
— Art. 107, IX 636
— Art. 109, VI 728
— Art. 110, § 1º 728
— Art. 121, § 2º, I, III e IV 623
— Art. 121, § 2º, I a IV 977
— Art. 121, § 5º 636
— Art. 144, § 1º, I, IV e § 4º 728
— Art. 147, *caput* 623
— Art. 155 728

— Art. 156 644
— Art. 213 67,716
— Art. 214 67
— Art. 217-A 67
— Art. 224, a e c 67
— Art. 226, II e III 67
— Art. 239 728
— Art. 273 644
— Art. 288 ..... 995, 728
— Art. 297 644
— Art. 299 728
— Art. 299, parágrafo único 995
— Art. 311 644
— Art. 312 ..... 995, 1006
— Art. 312, § 1º 1006
— Art. 317 728
— Art. 319 728
— Art. 321 728
— Art. 325 728
— Art. 327, § 2º 728
— Art. 333 728
— Art. 381, III 728

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

— Conflito instaurado entre juízos estadual e federal – Benefício previdenciário. Auxílio-acidente e aposentadoria por invalidez decorrentes de acidente de trabalho. Precedentes. Competência da justiça estadual. 61

CRIME CONTRA A ECONOMIA POPULAR

— Prática de jogos ilícitos de videoloteria com máquinas caça-níqueis – Concurso de crimes. Estelionato coletivo, corrupção ativa, corrupção passiva, prevaricação, falsidade ideológica, violação de sigilo profissional, advocacia administrativa e formação de quadrilha. Investigação pelo Ministério Público. Possibilidade. Interceptação telefônica. Legitimidade. Busca e apreensão. Prova derivada das interceptações. Legitimidade. Arguição de inúmeras preliminares, todas rechaçadas. Recursos providos parcialmente. 728

CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

— Tentativa de estupro – Réu semi-imputável. Internação em hospital psiquiátrico. Insurgência. Minoração da reprimenda. Viabilidade. Alteração da medida de segurança de internação para tratamento ambulatorial. Acolhimento. Recomendação de laudo pericial. Periculosidade social atual do acusado não constatada. Recurso provido. 716

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO CUMULADA COM DANOS MORAIS

— Recurso da instituição financeira – Prescrição da pretensão reparatória da autora. Ocorrência. Lapso entre a ciência da lavratura do protesto e o ajuizamento da demanda superior a três anos. Exegese do art. 206, § 3º, V, do atual Código Civil. Prefacial acolhida. Recurso provido.....477

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

— *Vide* Recurso.

EMBARGOS INFRINGENTES

— *Vide* Recurso.

—

CONSTITUIÇÕES

—

ESTADUAL-1989

— Art. 13, § 1º, c 90
— Art. 21, I 90
— Art. 24 90
— Art. 26, § 1º, I a III 90
— Art. 39, VII 90
— Art. 43 540
— Art. 71 IV, b 90
— Art. 83 XI, f 90
— Art. 85, VII 90
— Art. 96 90

FEDERAL-1988

— Art. 1º, *caput* 485
— Art. 1º, III 141
— Art. 5º, *caput* 485
— Art. 5º, IV 528
— Art. 5º, XII, LIV a LVI 728

— Art. 5º, II e LXIII 728
— Art. 5º, II e III 348
— Art. 5º, XV 596, 728
— Art. 5º, XVI 485
— Art. 5º, XV e XVI 52
— Art. 5º, XIX 461, 728
— Art. 5º, LVIII 995, 977
— Art. 5º, LIV a LVII 728
— Art. 5º, LXIII 728
— Art. 37, § 1º 596
— Art. 29, IX 540
— Art. 31 540
— Art. 37, *caput* 995, 728
— Art. 37, II e XIX 90
— Art. 37, XI 48
— Art. 37, § 6º 560
— Art. 37, XVI e XVII 540
— Art. 38 540
— Art. 38, III 540
— Art. 48, X 90
— Art. 54 540
— Art. 59, parágrafo único 90
— Art. 60, § 4º, inc. IV 485

— Art. 61, § 1º, II, e.....90
— Art. 92, II, b.....728
— Art. 93, IX.....644, 50, 528, 728
— Art. 102 52
— Art. 105, III, a e c.....67
— Art. 109, I, §§ 3º e 4º 61
— Art. 125, § 2º.....90
— Art. 127 596
— Art. 129 .....596, 728
— Art. 133 728
— Art. 135, § 1º.....90
— Art. 144, §§ 4º e 5º.....728
— Art. 170, *caput* e IV.....505
— Art. 170, III 348
— Art. 173, II.....90
— Art. 226, §§ 3º, 5º a 7º 141
— Art. 227 141
— Art. 236, § 3º.....48

EMENDA CONSTITUCIONAL

— N. 19/1998 90

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)

— Art. 27 141

— Art. 28, § 1º 141
— Art. 48 141

HABEAS CORPUS

— Crimes de formação de quadrilha, falsidade ideológica e peculato – Vereadores que, em tese, falsificaram notas fiscais referentes a hospedagens não realizadas e apropriaram-se indevidamente de dinheiro público. Operação "farra das diárias". Prisão fundada na garantia da ordem pública e na garantia da instrução criminal. Substituição da medida. Pagamento de fiança. Imposição necessária. Pacientes foragidos. Comparecimento quinzenal em juízo e proibição de se ausentarem da Comarca sem autorização judicial. Ordem concedida parcialmente. 995

HOMICÍDIO CULPOSO

— Direção de veículo automotor – Recurso Ministerial contra decisão que concedeu perdão judicial. Vítima bisavô e pessoa do convívio do causador do acidente fatal. Graves consequências morais experimentadas pelo réu em decorrência do evento autorizam a concessão da graça. Sentença mantida. Recurso desprovido. 636

HOMICÍDIO QUALIFICADO

— Júri – Crime de homicídio triplamente qualificado e crime de tortura. Sentença que condenou o réu e absolveu a acusada. Pretendida a nulidade em razão do cerceamento da defesa. Nulidades inexistentes. Recurso Ministerial. Alegação de decisão manifestamente contrária às provas dos autos. Inocorrência. Recursos desprovidos. 977

—

LEGISLAÇÃO ESTADUAL

—

LEIS

— N. 11.348/2000 728
— N. 12.069/2001 Art. 2º, VII 90
— N. 12.069/2001 Art. 10 90
— N. 12.069/2001 Art. 12 90
— N. 12.069/2001 Art. 17 90

—

LEGISLAÇÃO FEDERAL

—

DECRETOS

— N. 20.910/1932 203
— N. 81.240/1978 203

DECRETOS-LEIS

— N. 200/1967 Art. 5º, III 90
— N. 3.688/1941 Art. 58 728

LEIS

— N. 1.060/1950 Art. 12 477
— N. 1.521/1951 Art. 2º, IX 728
— N. 3.268/1957 Art. 2º e 4º 383
— N. 5.772/1971 Art. 65, XVII 505
— N. 6.194/1974 Art. 3º, I 416
— N. 6.368/1976 *Vide* Leis Antitóxicos.
— N. 6.435/1977 203
— N. 6.766/1979 81

— N. 7.347/1985 Art. 12, § 1º 81
— N. 8.069/1990 *Vide* Estatuto da Criança e do Adolescente.
— N. 8.072/1990 Art. 9º 67
— N. 8.072/1990 Art. 2º, § 1º 75, 728
— N. 8.078/1990 *Vide* Código de Defesa do Consumidor.
— N. 8.213/1991 Art. 103 203
— N. 8.429/1992 Art. 5º 596
— N. 8.429/1992 Art. 10, *caput* 596, 528
— N. 8.429/1992 Art. 11, *caput* 596, 528
— N. 8.429/1992 Art. 12 528
— N. 8.429/1992 Art. 17, §§ 6º e 8º 528
— N. 8.429/1992 Art. 17, § 7º 540
— N. 8.429/1992 Art. 21 596
— N. 8.437/1992 Art. 4º, § 3º 81
— N. 8.560/1992 141
— N. 8.560/1992 Art. 1º 246
— N. 8.625/1993 Art. 17 596
— N. 8.625/1993 Art. 25 596
— N. 8.625/1993 Art. 32, I 90
— N. 8.906/1994 Art. 7º, II 728
— N. 8.906/1994 Arts. 22 e 23 273
— N. 9.034/1995 Art. 10 728
— N. 9.279/1996 Art. 122 e 123 505
— N. 9.279/1996 Art. 124, V 461
— N. 9.279/1996 Art. 129 e § 1º 461
— N. 9.279/1996 Arts. 130, 136, I e 137 505
— N. 9.279/1996 Art. 209 505
— N. 9.296/1996 Art. 1º 728
— N. 9.296/1996 Art. 2º 644
— N. 9.296/1996 Art. 2º, I, II, III 728

— N. 9.296/1996 Art. 5º 644, 728
— N. 9.296/1996 Art. 6º e § 1º 728
— N. 9.437/1997 Art. 10, § 1º, III 67
— N. 9.455/1996 Art. 1º, II e § 4º 977
— N. 9.492/1997 Art. 12 477
— N. 9.503/1997 Vide Código de Trânsito Brasileiro
— N. 9.611/1998 Art. 2º 422
— N. 9.611/1998 Art. 22 422
— N. 9.868/1998 Art. 27 ..... 90, 728
— N. 10.826/2003 Art. 4º 644
— N. 10.826/2003 Art. 12 623
— N. 11.101/2005 Art. 41 434
— N. 11.101/2005 Art. 45, § 3º 434
— N. 11.101/2005 Art. 47 434
— N. 11.101/2005 Art. 56, § 4º 434
— N. 11.101/2005 Art. 58 434
— N. 11.101/2005 Art. 73, I a IV e parágrafo único 434
— N. 11.101/2005 Art. 94, II e III 434
— N. 11.343/2006 Vide Leis Antitóxicos.
— N. 11.464/2007 75
— N. 11.719/2008 Art. 399, § 2º 644
— N. 11.960/2009 560
— N. 12.010/2009 141
— N. 12.015/2009 67
— N. 12.651/2012 Art. 4º, I 348

LEI COMPLEMENTAR

— N. 197/2000 (Estadual) 728

— N. 109/2001 (Federal) 203
— N. 140/2011 (Federal) 81
—

LEGISLAÇÃO MUNICIPAL

—

LEIS

— N. 1.828/1981 Capital 581
— N. 1.349/1974 Joinville 90
— N. 3.496/1997 Joinville 90

LEI COMPLEMENTAR

— N. 378/2012 (Joinville) Art. 20 § 8º 90
— N. 378/2012 (Joinville) Art. 23, §§ 2º e 5º 90
— N. 378/2012 (Joinville) Art. 30, § 4º 90

LEIS ANTITÓXICOS

— N. 11.343/2006 Art. 33, *caput* 644
— N. 11.343/2006 Art. 33, § 4º 644
— N. 11.343/2006 Art. 35 644
— N. 11.343/2006 Art. 40, V 644
— N. 11.343/2006 Art. 42 644
— N. 11.343/2006 Art. 60 644
— N. 11.343/2006 Art. 63 644

MEDIDA CAUTELAR

— Preparatória – Homologatória de transação lavrada em exceção de suspeição de parcialidade do perito. Natureza do decisum alterada. Admis-

sibilidade da apelação em caráter excepcional. Mérito. Inadimplemento das condições previstas na transação. Circunstância que tornaria nula a sentença de homologação, por ter concedido eficácia de título executivo judicial a um pacto não cumprido. Tese afastada. Obrigação (de fazer fungível) sem termo certo. Mora inexistente. Inadimplemento não verificado. Ajuste de transação ratificado pelo suposto credor. Aplicabilidade. Desfazimento. Via adequada. Recurso adesivo provido e desprovidos os recursos principais. 273

NOTICIÁRIO

— Discurso proferido pelo Desembargador Sérgio Paladino em nome desta Corte em saudação ao novo Desembargador empossado no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 31

NOTICIÁRIO

— Discurso de posse do Dr. Sérgio Antônio Rizelo no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 35

NOTICIÁRIO

— Discurso proferido pelo Desembargador Pedro Manoel Abreu em nome do Tribunal de Justiça em saudação à posse de 58 novos Juízes de Direito Substitutos no quadro do Poder Judiciário de Santa Catarina. 40

PECULATO

— Serventuário do Poder Judiciário – Subtração de quatro litros de leite do fórum. Condenação. Autoria e materialidade demonstradas. Habitualidade não comprovada. Princípio da insignificância. Ausência de periculosidade do agente. Aplicação da benesse. Recurso defensivo provido, prejudicado o do Ministério Público. Maioria de votos. VOTO VENCIDO. 1006

PORTARIA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE

— 151/2009 560

RECURSO

— Agravo em pedido de suspensão de tutela antecipada – Agravo de instrumento julgado por órgão fracionário. Confirmação da decisão que concedeu antecipação da tutela. Efeito substitutivo. Competência das cortes superiores para análise da pretensão. Recurso não conhecido. 81

RECURSO

— Embargos infringentes – Investigação de paternidade cumulada com anulação de registro civil e alimentos julgada improcedente. Genitora do autor da ação que, durante a constância do casamento com o primeiro réu (pai registral do autor), manteve relacionamento com o segundo réu (suposto pai biológico do autor). Prova técnica robusta e convincente tocante à exclusão da paternidade atribuída ao pai registral. Insurgência do segundo réu (pai biológico) pela prevalência da paternidade socioafetiva no registro. Impossibilidade. Inexistência de pedido expresso, nesse sentido, do autor e do pai registral (primeiro réu). Ausência absoluta de provas sobre a pretensa relação socioafetiva. Indispensabilidade. Direito do autor (menor) de buscar a verdade real sobre esse particular. Recurso desprovido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO. 141

RECURSO

— Embargos de declaração – Aventada ocorrência de contradição e obscuridade. Acórdão que manteve a sucumbência recíproca para readequar a verba devida em favor do causídico da parte autora. Ausência de pedido para majoração da verba devida aos patronos dos réus no recurso interposto. Inexistência de contradição. Erro material no voto. Correção. Prequestionamento. Impossibilidade. Recurso provido parcialmente. 378

RECURSO

— Agravo de instrumento – Interposição contra decisão que recebeu petição inicial em ação civil pública por atos de improbidade administrativa. Inocorrência de nulidade. Investigação promovida pelo Ministério Público. Irrelevância. Prevalência do interesse público. Recurso desprovido. 528

RECURSO

— Agravo de instrumento – Decisão que não reconheceu irregularidade pela não computação dos votos dos credores com garantia real. Recuperação judicial em falência. Necessidade de formulação do pedido de falência em autos apartados, de forma autônoma e paralela ao pedido de recuperação judicial. Recurso provido. 434

RECURSO

— Recurso regimental no recurso extraordinário com agravo – Ação revisional. Contrato de abertura de crédito bancário rotativo. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Matéria infraconstitucional. Inexistência de ofensa ao art. 93, IX, da CF. Recurso desprovido. 52

RECURSO

— Recurso regimental na medida cautelar em mandado de segurança – Despacho que concedeu medida liminar pela incidência do teto remuneratório máximo dos servidores públicos aos interinos responsáveis pelas serventias extrajudiciais. Reconsideração monocrática. Cassação da medida liminar anteriormente concedida. Agravo prejudicado. 48

RECURSO

— Agravo de instrumento – Direitos reais. Passagem forçada. Encravamento de imóvel. Existência de caminho marginal, sobre mata ciliar de curso d'água, que se revela penoso, impraticável, substancial e ambientalmente

inadequado. Necessidade de trânsito forçado pelo imóvel dos agravados. Risco de dano irreparável. Impossibilidade de fazê-lo por outro lugar. Presença dos requisitos necessários à antecipação de tutela. Recurso provido.....348

RECURSO

— Agravo em agravo de instrumento – Decisão monocrática que negou seguimento, liminarmente, ao recurso. Ausência de procuração outorgada ao advogado do agravado. Alegação de que a peça faltante poderia ser suprida mediante conversão do julgamento em diligência. Impossibilidade. Princípio da duração razoável do processo. Preclusão consumativa. Decisão mantida. Recurso desprovido.....610

RECURSO-CRIME

— Embargos infringentes – Tribunal de Júri. Réu pronunciado por homicídio triplamente qualificado. Motivo torpe, meio cruel e surpresa. Ameaça e posse irregular de arma de fogo. Decisão, por maioria de votos, de manter as três qualificadoras admitidas na pronúncia. Pretendida a prevalência do voto vencido, que visava afastar a qualificadora do meio cruel. Inviabilidade. Análise postergada ao conselho de sentença. Recurso rejeitado. Maioria de votos. VOTO VENCIDO.....623

RECURSO–CRIME

— Recurso especial –. Atentado violento ao pudor. Regime de cumprimento da pena privativa de liberdade. Lei n. 11.464/2007. Irretroatividade. Pena-base acima do mínimo legal. Necessidade de verificação pelo juízo de primeiro grau. Recurso parcialmente provido..... 75

RECURSO–CRIME

— Recurso especial – Estupro, atentado violento ao pudor. Grave ameaça. TJSC concedeu provimento parcial à prescrição do crime de disparo de arma de fogo. Reduziu a pena-base dos crimes de estupro e atentado violen-

to ao pudor. Afastou a majorante prevista no art. 9º da Lei n. 8.072/1990, o que possibilitou a progressão de regime. Irresignação Ministerial contra a decisão. Alegação de divergência jurisprudencial. Recurso provido para restabelecer a causa de aumento de pena. 67

RECURSO ESPECIAL

— *Vide* Recurso-Crime

REGIMENTO INTERNO DO TJSC

— Art. 151, § 2º 203

— Art. 158 203

— Art. 195, § 2º 81

REPARAÇÃO DE DANOS

— Casa lotérica que teria deixado de formalizar uma das apostas do requerente, procedendo, em vez disso, no duplo registro de outros dois jogos – Ônus da prova que compete ao insurgente. Simples preenchimento do volante não constitui prova para o direito reparatório. Dever do jogador de conferir os comprovantes entregues pela casa lotérica. Inobservância do apostador. Defeito na prestação do serviço não evidenciado. Recurso desprovido. 359

RESOLUÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

— N. 59/2008 644

— N. 81/2009 48

RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL MEDICINA

— N. 1.955/2010 383

— N. 1.955/2010 Art. 4º.....383

SÚMULAS/STF

— N. 501 61
— N. 685 90
— N. 15 61
— N. 54 560
— N. 291 203
— N. 306 477
— N. 330 728
— N. 444 716

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES

— Associação para o tráfico entre estados da Federação – Falsificação de documento público e adulteração de sinal identificador de veículo. Clonagem. Autoria e materialidade do crime de tráfico demonstradas. Apreensão de 4kg de cocaína e 200g de maconha. Veículo clonado. Origem ilícita não demonstrada. Inversão do ônus da prova. Falsificação de documento. Fornecimento de fotografia para confecção de documento falso. Crime caracterizado. Recursos dos réus desprovidos. 644

UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

— Previdência privada – Revisão do ato concessivo do benefício. Prescrição quinquenal. Controvérsia sobre as parcelas pretéritas e sobre o próprio direito. Incidente conhecido. Controvérsia pacificada. Maioria de votos. VOTO VENCIDO.....203

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Alexandre d'Ivanenko 635, 1020
Altamiro de Oliveira 505
Carlos Alberto Civinski 644
Cid Goulart 551
Denise Volpato 245
Eládio Torret Rocha 348
Fernando Carioni 324, 191
Gaspar Rubick 528
Gerson Cherem II 477
Gilberto Gomes de Oliveira 273
Gilmar Mendes 48
Henry Petry Junior 383, 166
Jaime Luiz Vicari 416, 190
Jaime Ramos 90
Jairo Fernandes Gonçalves 244
Jânio Machado 522
João Henrique Blasi 540
Joel Dias Figueira Júnior 403, 194
Jorge Luis Costa Beber 378, 192
José Carlos Carstens Köhler 485
José Inácio Schaefer 500
José Volpato de Souza 581
Júlio César Knoll 596
Leopoldo Augusto Brüggemann 1006
Luiz Cézar Medeiros 560
Luiz Fernando Boller 359

Luiz Zanelato 610
Marcus Tulio Sartorato 141
Maria do Rocio Luz Santa Ritta 342, 225
Marli Mosimann Vargas 623
Moacyr de Moraes Lima Filho 995
Mauro Campbell Marques 61
Newton Varella Júnior 716
Odson Cardoso Filho 191
Og Fernandes 67
Paulo Roberto Camargo Costa 434
Paulo Roberto Sartorato 636
Ricardo Roesler 728
Rodrigo Cunha 422
Ronei Danielli 203, 195
Ronaldo Moritz Martins da Silva 461
Rosa Weber 52
Sebastião Reis Júnior 75
Sérgio Antônio Rizelo 34
Sérgio Paladino 81, 31
Trindade dos Santos 246, 243
Volnei Celso Tomazini 977

SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTICA:83845701000159
Assinado de forma digital por SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTICA:83845701000159
Dados: 2024.07.05 12:37:26 -03'00'